

RECEBIDO EM: 14/06/2018

APROVADO EM: 28/09/2018

“ÚLTIMA PALAVRA PROVISÓRIA”: DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA DA REVISÃO JUDICIAL E DEFERÊNCIA AO LEGISLADOR

***“PROVISIONAL FINAL INTERPRETATION BY THE
COURT”: THE COUNTER-MAJORITARIAN DIFFICULTY
OF JUDICIAL REVIEW AND DEFERENCE TO THE
LEGISLATOR***

Taiz Marrao Batista da Costa

Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Master of Laws pela Georgetown University. Advogada da União no Departamento de Assuntos Internacionais da Procuradoria-Geral da União/AGU.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Tensão entre Poder Constituinte da Maioria e Poder de Revisão Judicial; 2 Poder de Revisão Judicial Forte, Poder de Revisão Judicial Fraco e Deferência ao Legislador na ADI 5105; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: Na Constituição da República Federativa do Brasil, dotada de supremacia em relação às demais leis, está sedimentada a prerrogativa conferida ao Poder Judicial para analisar a constitucionalidade das leis, invalidando normas que repute incompatíveis com o texto constitucional. O Poder Judiciário brasileiro exerce controle de constitucionalidade ou poder de revisão judicial forte, com a guarda da Constituição atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Neste artigo, objetivou-se, a partir de uma perspectiva crítica inspirada no clássico diagnóstico de tensão entre constituição e democracia e na dificuldade contramajoritária ínsita ao poder conferido aos juízes para invalidar atos do parlamento, analisar a postura de deferência ao legislador adotada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 5105 como alternativa à supremacia judicial. Através da análise dos fundamentos da decisão, à luz dos ensinamentos de Mark Tushnet acerca dos modelos de *strong-form* e *weak-form judicial review*, foi possível concluir que, embora a postura de deferência ao legislador não torne o regime de controle de constitucionalidade brasileiro fraco, esta técnica decisória deu cumprimento aos mandamentos da Constituição que compatibilizam a guarda atribuída ao Supremo Tribunal Federal com a não vinculação do legislador aos precedentes.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de Constitucionalidade Forte. Dificuldade Contramajoritária. Última Palavra Definitiva. “Última Palavra Provisória”. Deferência ao Legislador.

ABSTRACT: The Brazilian Constitution, which is hierarchically superior to ordinary legislation, recognizes the Judicial Branch the power to exercise judicial review of legislation, declaring legislative acts contrary to the Constitution null and void. In Brazil, the Judicial Branch exercises strong-form judicial review and is expressly identified by the Constitution as its Guardian. In this paper, given the diagnosis of the unsurmountable tension between judicial power to enforce constitutional limitations and democratic self-governance (counter majoritarian difficulty), we aim at analysing the deference to the legislator of the Brazilian Supreme Court in ruling ADI 5105 as an alternative to judicial supremacy. Through the analysis of the reasoning of said precedent, in light of Mark Tushnet’s teachings on strong-form and weak-form review, we have concluded that, although deference to the legislature does not turn ours into a weak-form system of judicial review, it encompasses an alternative to judicial supremacy.

KEYWORDS: Strong-Form Judicial Review. Final Interpretation by the Court. Counter majoritarian Difficulty. “Provisional Final Interpretation by the Court”. Deference to the Legislator.

INTRODUÇÃO

It would appear, on political grounds, somewhat unrealistic to suppose that a Court whose members are recruited in the fashion of Supreme Court justices would long hold to norms of Right or Justice substantially at odds with the rest of the political elite (DAHL, 1957, p. 291).¹

O poder concedido aos juízes para controlar a compatibilidade entre os atos legislativos e a Constituição, fazendo valer as limitações constitucionais em detrimento da vontade da maioria dos representantes eleitos pelo povo, pode ameaçar o autogoverno democrático (TUSHNET, 2008, p. 20).

Como explica Tushnet, como as disposições constitucionais são frequentemente escritas em termos abertos, as cortes, no curso de suas decisões acerca da compatibilidade dos atos legislativos com a Constituição, conferem a tais termos significado, criando direito. Todavia, às disposições constitucionais podem ser dadas interpretações alternativas e igualmente razoáveis, significados alternativos aos conferidos pelas cortes e tão razoáveis quanto os escolhidos por elas.

“But why should the Court’s reasonable interpretation prevail over the legislature (also) reasonable one?” (TUSHNET, 2008, p. 21). A prevalência da interpretação razoável das cortes repousa em escolha no design constitucional que, como revela Tushnet, tem em sua origem mudanças sociais e políticas que tiveram lugar no século XX, notadamente a democratização política, que reduziu a prevalência das tradicionais elites sociais nas posições de liderança, o que teria feito decair o modelo de supremacia do parlamento (TUSHNET, 2008, p. 19-20).

Na revisão judicial forte, prevalece a alternativa interpretativa razoável da corte sobre alternativas interpretativas igualmente razoáveis do parlamento, exercendo o Poder Judiciário a tarefa de guarda da Constituição, garantia de estabilidade contra as mutações da ordem constitucional, proteção do povo contra si mesmo (BASTOS, 2010, p. 103-104).

Neste artigo, analisaremos, à luz dos ensinamentos de Tushnet sobre *strong-form* e *weak-form review*, a fundamentação teórica da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5105 e a postura deferente adotada pelo

1 Pareceria pouco realista, em termos políticos, supor que uma Corte cujos membros são recrutados nos moldes do recrutamento dos ministros da Suprema Corte determinaria normas de direito ou justiça substancialmente opostas ao restante da elite política (tradução do autor).

Supremo Tribunal Federal (STF) no julgado, em que utilizou o conceito de “última palavra provisória” para referir-se à interação entre Poder Legislativo e Poder Judiciário no controle de constitucionalidade das leis.

1 A TENSÃO ENTRE PODER CONSTITUINTE DA MAIORIA E PODER DE REVISÃO JUDICIAL

[...] se na história da democracia e das constituições democráticas a tensão entre poder constituinte e poder constituído nunca atingiu uma síntese, devemos nos concentrar precisamente nesta negatividade e neste vazio de síntese para tentar compreender o poder constituinte (NEGRI, 2002, p. 23).

A construção política da vida social em comum, do Estado, é tarefa contínua, instável e necessariamente coletiva. Como ensina Negri, a potência constituinte é o movimento permanente de transformação, de criação do novo no horizonte da história (GUIMARAENS, 2004, p. 83-84) e, assim, a estatalidade da sociedade é movimento e não dado fixo (LINERA, 2010, 281).

O poder constituinte apenas pode ser adequadamente compreendido e realizado em termos dinâmicos, como permanente fundamento (causa) não aprisionável no texto jurídico. Infelizmente, contudo, o poder constituinte é, majoritariamente, entendido em termos estáticos, enquanto dado constitucional e, assim, deixa de ser causa, sendo despojado de sua potência constitutiva da realidade:

O poder constituinte, uma vez cumprida sua missão, é transformado em mero instrumento abstrato a legitimar os atos dos poderes constituídos; como sua finalidade única é lançar as diretrizes para o novo ordenamento jurídico, o poder constituinte deve retornar apenas como discurso de atualização da constituição no âmbito daqueles espaços ocupados pelos agentes estatais responsáveis por produzir, interpretar e aplicar o direito, ou seja, pelas assembleias ou cortes cujas decisões serão sempre justificadas pelo apelo à proteção do espírito da constituição, entidade etérea que, apenas aqueles autorizados a evocá-la detêm o saber para decifrar-lhe a vontade. (BASTOS, 2010, p. 56).

O movimento de constituição da realidade, se o queremos democrático, deve ser, necessariamente, coletivo.

O processo constituinte é, explicitamente, um projeto de criação. A democracia, qualificada por Maquiavel e Espinosa como ‘forma

absoluta' de governo, torna-se uma possibilidade efetiva: ela transforma a potencialidade teórica em projeto político. O projeto já não consiste em fazer com que o político corresponda ao social, mas em inserir a produção do político na criação do social (NEGRI, 2002, p. 425).

A constituição da vida comum será tão mais democrática quanto mais aberta à multiplicidade do corpo político-social for a tomada de decisões políticas fundamentais. O princípio democrático pressupõe esta abertura.

Se o caminho mais condizente com a abertura democrática é a ampliação das vozes constituintes, é necessário que se providencie a retirada do poder constituinte de sua condição reduzida de conceito constitucional. A ideia de se retirar a constituição do monopólio da guarda pelas cortes, explorada por Tushnet, coaduna-se com este impulso democratizador.

Ao reconhecermos o papel constituinte exercido, em grande parte do mundo, e também no Brasil, pelo Poder Judiciário, sobressai como atitude de resistência a reflexão acerca de alternativas de enfraquecimento do poder de revisão judicial. É neste esforço reflexivo que repousa a proposta deste artigo.

Como ensina Tushnet sobre os regimes de controle da inadequação entre os processos democráticos e os limites constitucionais, nos regimes de supremacia do parlamento, tal controle, em comparação com o que ocorre em regimes com revisão judicial, em especial com revisão judicial do tipo forte (*strong-form judicial review*), é exercido com preservação de maior parcela de auto governança democrática:

Two models of constitutionalism were on offer in the last century. One was the so-called Westminster model of parliamentary supremacy, in which democratically elected legislatures had power unconstrained by anything other than the cultural presuppositions embedded in a majority's will. The other was the United States ('U.S.') model of constrained parliamentarianism, as Bruce Ackerman has labeled it. In this model, the legislature's powers are limited by the terms of a written constitution that courts will enforce. Each model promoted some values of liberal constitutionalism and raised worries about others. The Westminster model maximally advanced democratic self-governance, but made it possible for empowered democratic majorities to violate rights that liberal system should protect. The U.S. model gave courts a wide-ranging power to invalidate legislation on the ground that the legislation violated those rights, but made it possible

for reckless courts to interfere needlessly with policy choices democratic majorities should be allowed to make. (TUSHNET, 2003, 814).²

No modelo de revisão judicial forte, o poder conferido aos juízes para assegurarem as limitações constitucionais pode significar a transferência da palavra final sobre decisões políticas fundamentais a um corpo minoritário não eleito. Como ensina Tushnet, a prevalência das interpretações constitucionais do Poder Judiciário sobre interpretações igualmente razoáveis dos representantes eleitos é afirmada pela Suprema Corte dos Estados Unidos em *Cooper v. Aaron*.

Courts exercise strong-form judicial review when their interpretative judgments are final and unreviewable. The modern articulation of strong-form judicial review is provided in *Cooper v. Aaron*, where the U.S Supreme Court described the federal courts as “supreme in the exposition of the Law of the constitution” and inferred from that a duty on legislatures to follow the Court’s interpretations. (TUSHNET, 2008, p. 21).³

Cooper v. Aaron, decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1958, envolvia a alegação da governadoria e do Legislativo do Arkansas, contestando a aplicação ao estado do entendimento firmado em *Brown v. Board of Education*, de que não haveria dever de obediência pelos oficiais do estado em relação às decisões de cortes federais, baseadas, em última instância, na interpretação constitucional esposada pela Suprema Corte. Em *Cooper v. Aaron*, a Suprema Corte negou aos poderes dos estados

-
- 2 Dois modelos de constitucionalismo estavam disponíveis no século passado. Um deles era o chamado modelo de supremacia do parlamento (modelo de Westminster), no qual o poder dos legisladores democraticamente eleitos estaria limitado apenas pelas pressuposições culturais ancoradas na vontade da maioria. O outro modelo era o modelo dos Estados Unidos de parlamentarismo limitado, conforme conceituado por Bruce Ackerman. Em tal modelo, os poderes do legislador são limitados pelos termos de uma Constituição escrita, interpretados e aplicados pelos Tribunais. Cada um dos modelos promovia alguns dos valores do constitucionalismo liberal e criava preocupações em relação a outros valores. O modelo de Westminster maximizava o avanço do autogoverno democrático, mas tornava possível o risco de violação por maiorias democraticamente empoderadas de direitos que o sistema liberal deveria proteger. O modelo dos Estados Unidos, por sua vez, concedia às Cortes um amplo poder para invalidar a legislação sob o argumento de que violaria direitos que deveriam ser protegidos, mas tornava possível o risco de que as Cortes interferissem de forma desnecessária em escolhas políticas que as maiorias democraticamente legitimadas deveriam ser capazes de fazer (tradução do autor).
- 3 As Cortes exercem a revisão judicial forte quando seus julgamentos interpretativos são finais e não sujeitos a revisão. A moderna articulação da revisão judicial forte aparece *Cooper v. Aaron*, caso no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos descreveu as cortes federais como supremas na exposição do Direito contido na constituição e inferiu disto um dever por parte dos legisladores no sentido de seguir as interpretações da Corte (tradução do autor).

a possibilidade de nulificar decisão de corte federal, pois o contrário despojaria a constituição do *status* de *supreme law of the land*:

Article VI of the Constitution makes the Constitution the ‘supreme Law of the Land’. In 1803, Chief Justice Marshall, speaking for a unanimous Court, referring to the Constitution as the ‘fundamental and paramount law of the nation’, declared in the notable case of *Marbury v. Madison*, that ‘It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is’. This decision declared the basic principle that the federal judiciary is supreme in the exposition of the law of the constitution [...]. It follows that the interpretation of the Fourteenth Amendment enunciated by this Court on the *Brown* case is the supreme law of the land, and Art. VI of the Constitution makes it of binding effect on the States [...]. (Cooper v. Aaron in ROTUNDA, 2011, p. 9-10).⁴

A decisão em *Cooper v. Aaron*, apontada por Tushnet como origem da articulação moderna da revisão judicial forte, apoiou-se em *Marbury v. Madison* e na compreensão de que caberia ao Poder Judiciário dizer o que o direito é e, no limite, de expor, de forma suprema, o que é a constituição. Bercovici observa, no cerne de *Marbury v. Madison*, a disputa entre o direito permanente da constituição, cuja guarda foi atribuída definitivamente, em *Cooper v. Aaron*, à Suprema Corte, e a representação política mutável. No célebre precedente, a Corte realiza a identificação entre as suas decisões e a vontade dos representados, “defende que sua voz é a voz do povo” (BERCOVICI, 2008, p. 179), erigindo-se como criadora permanente da constituição, como o único poder constituinte permanente. Assim, como explica Tushnet, em um sistema de revisão judicial forte como aquele que emergiu a partir das decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, a tensão entre o controle judicial de constitucionalidade e o autogoverno democrático é evidente:

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-government is

⁴ O Artigo 4 da Constituição erigiria a Constituição à posição de Lei Suprema. Em 1803, Marshall, representando a unanimidade da Suprema Corte, referindo-se à Constituição como Lei fundamental e suprema da Nação, declarou, no bojo do notável caso *Marbury v. Madison*, que seria a província e o dever do Poder Judiciário dizer o que o direito é. Tal decisão declarou o princípio básico de que o Judiciário federal é supremo na exposição do direito da Constituição [...]. Do que decorre que a interpretação da décima quarta emenda enunciada pela Corte no caso *Brown* é a lei suprema, dotada de efeito vinculante sobre os Estados, por força do artigo 4 da Constituição (tradução do autor).

obvious. The people have little recourse when the courts interpret the Constitution reasonably but, in 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 means (TUSHNET, 2008, 22).⁵

A transferência de poder do texto constitucional para a decisão judicial que opera o poder de revisão judicial forte, o poder final e definitivo conferido às cortes compostas por poucos não eleitos para dizer o que é a Constituição, revela a dificuldade contramajoritária que está na base do sistema de revisão judicial forte. A dificuldade contramajoritária é termo que diz respeito, justamente, à tal tensão entre a atuação do Poder Judiciário, poder composto por membros não eleitos, na interpretação dos limites contidos na Constituição e sua aplicação para invalidação dos atos legislativos e a atuação dos representantes do povo, com conseqüente interferência sobre o desenvolvimento do processo político majoritário. Como bem acentua Bickel, a revisão judicial trabalha contramajoritariamente (dificuldade contramajoritária da revisão judicial) ao possibilitar o estabelecimento de limites por uma minoria não eleita ao exercício legislativo pelo corpo de representantes eleitos pela maioria do povo, afetando a centralidade do processo eleitoral na teoria e na prática democráticas:

[...] nothing can finally depreciate the central function that is assigned in democratic theory and practice to the electoral process; nor can it be denied that the policy-making power of representative institutions, born of the electoral process, is the distinguishing characteristic of the system. Judicial review works counter to this characteristic. (BICKEL, 1962, p. 19).⁶

No contexto de revisão judicial forte, os ideais democráticos acabam em inevitável relação de tensão com a prática de limitação da atuação de legisladores eleitos, por juízes não eleitos. Em contrapartida, pondera Waldron, em países nos quais a legislação não pode ser invalidada pelo

5 Em um sistema de revisão judicial forte como o que emergiu das decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, a tensão entre o autogoverno democrático e o poder judicial de impor as limitações constitucionais é óbvia. O povo tem poucos recursos quando as Cortes interpretam a Constituição razoavelmente, mas, sob o ponto de vista diverso e razoável de uma maioria, erroneamente. Podemos emendar a Constituição ou esperar que os juízes se aposentem ou faleçam para substituí-los por juízes que possuam um melhor entendimento sobre o que a Constituição significa (tradução do autor).

6 Nada pode depreciar a função central que é atribuída pela teoria e prática democráticas ao processo eleitoral. Não é possível negar que o poder de elaboração de políticas das instituições representativas, que nasce do processo eleitoral, é a característica constitutiva do sistema. A revisão judicial trabalha contrariamente a esta característica (tradução do autor).

Poder Judiciário na forma do *judicial review*, os representantes eleitos pelo povo poderão e, conseqüentemente, em circunstâncias não disfuncionais nos corpos legislativos, o próprio povo poderá decidir de forma final, pelos procedimentos legislativos ordinários, sobre as questões políticas fundamentais da comunidade (WALDON, 2006, p. 1349).

2 PODER DE REVISÃO JUDICIAL FORTE, PODER DE REVISÃO JUDICIAL FRACO E DEFERÊNCIA AO LEGISLADOR NA ADI 5105

[...] ¿Qué quiere decir que la Corte tiene la última palabra sobre el significado de la Constitución? ¿Qué significa que la Corte es suprema? ¿La interpretación constitucional de la Corte debería ser última, única, prioritaria, o una más entre otras interpretaciones? (SALDIVIA, 2010, 176).⁷

Diante da dificuldade contramajoritária da revisão judicial forte, Tushnet se concentrou em pensar alternativas que possam enfraquecer a modalidade e atenuar as ameaças ao autogoverno democrático.

Apesar de parecerem, à primeira vista, considerando-se a prática constitucional em nosso país e à profunda influência que o constitucionalismo norteamericano teve por aqui, elementos indissociáveis, o reconhecimento de direitos fundamentais não precisa estar acompanhado da atribuição de imutabilidade a tais direitos e, tampouco, exige a atribuição de guarda de referida imutabilidade a um corpo de juízes não eleitos. Como coloca Juliano Zaiden Benvindo, “[...] entre reconhecer a relevância da existência de um tribunal exercendo a jurisdição constitucional e concluir que ele tem a “última palavra”, há um salto deveras largo” (BENVINDO, 2014, p. 88).

Portanto, uma coisa é o reconhecimento de direitos fundamentais, outra é a atribuição de imutabilidade aos direitos positivados e outra é a atribuição de guarda de tal imutabilidade a um órgão contramajoritário. O casamento entre tais decisões em design constitucional se deu, oficialmente ao menos, dado seu prenúncio no *Federalist* 78 e a evidência de sua prática antes da célebre decisão (TREATOR, 2005, 457-458), em *Marbury v. Madison*.

A percepção sobre a dissociação de tais elementos nos sensibiliza para a possibilidade de abertura democrática a partir de novas alocações de poder interpretativo e decisório.

7 O que significa dizer que a Corte possui a última palavra sobre o significado da Constituição? O que significa ser a Corte suprema? A interpretação constitucional da Corte deveria ser última, única, prioritária, ou uma dentre as demais interpretações? (tradução do autor).

Tushnet propõe a observação de formas alternativas de revisão judicial, dando destaque ao que identifica como *weak-form judicial review*. Para o autor, em termos de design constitucional, as possibilidades mudaram no que tange às formas de estruturação do controle de constitucionalidade das leis quando os autores da Carta de Direitos e Liberdades de 1982 inventaram o poder de revisão judicial fraco (TUSHNET, 2003, p. 2784-2785).

The mark of weak-form review is not that the scope of judicial review is narrow. Courts in weak-form systems have the power to evaluate all legislation to determine whether it is consistent with all the constitution's provisions without exception. Rather, the mark of weak-form review is that the ordinary legislative majorities can displace judicial interpretations of the constitution in the relatively short run. Weak-form review responds to the concern that strong-form review allows courts with an attenuated democratic pedigree to displace decisions taken by bodies with stronger democratic pedigrees (TUSHNET, 2003, p. 2786).⁸

Para Tushnet, a diferença entre os sistemas forte e fraco de revisão judicial residiria no fato de que, em modelos de revisão judicial forte, as interpretações judiciais da Constituição são imodificáveis pelo legislativo no curto e no médio prazo (TUSHNET, 2006, p. 4). Em sistemas de revisão judicial fraca, ao revés, o corpo legislativo faria prevalecer sua interpretação constitucional ainda que incompatível com a interpretação constitucional recentemente esposada pelo Poder Judiciário.

Tushnet ilustra tal controle judicial dos atos legislativos sem atribuição de prevalência à interpretação da corte através dos artigos 1º e 33 da Carta de Direitos e Liberdades de 1982. O artigo 1º, aponta, autorizaria restrições legais aos direitos e liberdades positivados na Carta, estabelecendo que estão sujeitos aos limites razoáveis que a lei prescrever quando demonstravelmente justificáveis em uma sociedade livre e democrática. Já o artigo 33, explica Tushnet, prevê que o poder legislativo poderá determinar que leis permaneçam eficazes e aplicáveis por períodos renováveis de cinco anos, apesar (“notwithstanding”) de

8 A marca da revisão judicial fraca não decorre de ser uma revisão judicial restrita. As Cortes, em sistemas de revisão judicial fraca, possuem o poder de avaliar toda a legislação para determinar se é consistente com as determinações constitucionais. A marca da revisão judicial fraca é, antes, a capacidade de maiorias legislativas ordinárias poderem substituir interpretações judiciais da Constituição em um tempo relativamente curto. A revisão judicial fraca responde à preocupação no sentido de que a revisão judicial forte permite que as Cortes, que possuem baixo grau de legitimidade democrática, substituam as decisões tomadas pelas instituições de maior legitimidade democrática (tradução do autor).

sua incompatibilidade judicialmente declarada com dispositivos da Carta (TUSHNET, 2006, 5).

Vislumbrando na linguagem da Carta abertura para respostas pelo corpo legislativo às decisões judiciais de controle de constitucionalidade, Tushnet aponta que, apesar de, na prática, tais dispositivos não estarem funcionando na operação de um sistema de revisão judicial fraca eficiente, seria possível descrever, a partir deles, um sistema que fosse eficiente, ilustrando tal modelo com o exemplo a seguir reproduzido.

Suponhamos que a Suprema Corte decida que uma norma que regula a publicidade de cereais com elevado teor de açúcar, cujo público alvo são crianças, seria inconstitucional. Para a Corte, embora o objetivo de promover a saúde, com a diminuição do consumo infantil de açúcar, seja legítimo, a regulação tal qual editada pelo Legislativo seria mais ampla do que o necessário para o atingimento do objetivo, prejudicando desarrazoadamente a liberdade de expressão.

Tushnet descreve que, diante de tal decisão, a Carta de Direitos e Liberdades de 1982 proporcionaria ao corpo legislativo duas respostas. O legislador poderia optar por uma resposta nos moldes do artigo 1º da Carta, reforçando as evidências que melhor demonstrassem e justificassem o escopo e a extensão da norma a fim de afastar a aplicação da limitação. Tushnet nota que, nesta resposta, o corpo legislativo não questiona a correção da interpretação que a Corte atribuiu à Carta, mas apenas discorda da aplicação de tal interpretação à norma em debate, esforçando-se por demonstrar por que a violação que a Corte vislumbra seria justificável, tudo a partir da compreensão que a própria Corte tem sobre o que é necessário demonstrar para se justificar tal violação. Assim, o autor aponta que a resposta nos moldes do artigo 1º da Carta não envolve um diálogo entre cortes e legisladores sobre o significado da Carta.

O autor sinaliza que, ao revés, a resposta nos moldes do artigo 33 pode servir para criar um verdadeiro diálogo entre os poderes. No exemplo, o dispositivo permitiria que o parlamento revertesse a decisão da Corte porque, na visão do parlamento, o artigo da Carta que protege a liberdade de expressão não abarcaria o discurso comercial. Em tal contexto, explica, a resposta do legislador estaria embasada na discordância entre os poderes sobre o próprio significado da constituição.

[...] if the courts have the last word, as with strong-form review, the people run the risk of losing their ability to govern themselves

by regulating fundamental rights pursuant to their reasonable interpretation of the constitution's constraints on self-governance. Weak-form review offers a solution to this problem. Courts are given the opportunity to explain why a challenged statute is unconstitutional. Having done so, they step aside and let the legislature respond. To the extent that courts have some advantage over legislatures in constitutional interpretation, and that legislators recognize the existence of such an advantage, the legislative deliberations will be informed but not controlled by what the courts have said. But, in the end, if enough legislators believe that the court's constitutional interpretation is not as good as their own, weak-form review allows the legislators to have their way—putting the people in a position to govern themselves while simultaneously operating within the bounds set by the constitution (TUSHNET, 2006, p. 10).⁹

Como explica Tushnet, é nesta possibilidade de desacordo entre os poderes sobre o significado dos direitos fundamentais positivados, sem a atribuição da última palavra às cortes, que repousa a superioridade da revisão judicial fraca enquanto alternativa de controle judicial dos atos legislativos que permite maior compatibilização entre os limites do constitucionalismo e a abertura da democracia.

Jeremy Waldron adota distintos parâmetros no tema. Para o autor, em um sistema de revisão judicial forte, as cortes podem decidir não aplicar uma lei a determinado caso ou modificar os efeitos de uma lei para compatibilizá-la com os direitos individuais, determinar a inaplicabilidade de determinada lei de forma geral, tornando-a letra morta e, em sistemas que concebem poderes de revisão ainda mais fortes, as cortes podem retirar do sistema jurídico atos legislativos que reputeem incompatíveis com a Constituição.

9 Se as cortes possuem a palavra final, como ocorre na revisão judicial forte, o povo corre o risco de perder sua capacidade de se autogovernar regulando os direitos fundamentais em conformidade com a sua interpretação razoável a respeito das limitações que a Constituição impõe ao autogoverno. A revisão judicial fraca oferece uma solução para este problema. Às Cortes é conferida a oportunidade de explicar por que a legislação seria inconstitucional. Tendo procedido de tal forma, as Cortes se retiram e deixam o Legislador responder. Na medida em que as Cortes possuem alguma vantagem sobre os legisladores no que concerne à interpretação Constitucional, e que os legisladores reconhecem a existência de tal vantagem, as deliberações legislativas serão informadas, mas não controladas, pelo que as Cortes disserem. Mas, ao final, se um número suficiente de legisladores acreditar que a interpretação constitucional da Corte não é tão boa quanto a deles, a revisão judicial fraca permite que os legisladores façam prevalecer sua interpretação – colocando o povo em uma posição de autogoverno, enquanto, simultaneamente, opera dentro dos limites colocados pela Constituição (tradução do autor).

O autor explica que, em contraste, nos sistemas de revisão judicial fraca, as cortes, ainda que possam analisar a compatibilidade da legislação com os direitos individuais protegidos, não podem se recusar a aplicá-la ou moderar sua aplicação. Assim, a nota distintiva entre modelos fortes e fracos não está, para Waldron, na definitividade da decisão da corte, mas na própria possibilidade de uma corte invalidar a legislação. Neste contexto, Waldron classifica o modelo canadense como modelo de revisão judicial forte, já que, naquele sistema, as cortes podem invalidar as normas, ainda que, posteriormente, o legislador possa responder à declaração de invalidade da norma, através do mecanismo descrito do artigo 33 (*legislative override*).

É de se observar que o autor justifica sua opção classificatória na prática canadense de pouco uso do mecanismo disposto no artigo 33, reconhecendo a vulnerabilidade que a disponibilidade formal do *legislative override* no sistema canadense promove em sua opção teórica (WALDRON, 2006, p. 1356-1357).

Como vimos, Tushnet, diferentemente, opta pela potencialidade das disposições da Carta canadense na criação de abertura interpretativa ao invés de limitar sua importância à prática e vislumbra o design canadense como modelo de revisão judicial fraca. No ponto, concordamos com Tushnet, pois o modelo canadense fornece expressa abertura para a discordância do legislador sobre o significado da norma parâmetro de controle, traço que não é característico do modelo forte de controle de constitucionalidade. Mas, ao mesmo tempo, entendemos ser importante perceber que, dentre as práticas que podem ser apontadas como de controle fraco de constitucionalidade existentes, o modelo canadense é a que apresenta mais aproximação em relação ao modelo forte (BERMAN, 2013, 186).

Neste panorama, onde aloçaríamos a revisão judicial praticada no Brasil? Nossa conclusão sobre o perfil de controle brasileiro se altera quando consideramos os fundamentos trazidos pelo STF no julgamento da ADI 5105?

A Constituição brasileira, dotada de rigidez, com rito próprio de emenda e previsão de cláusulas pétreas, e de superioridade em relação à legislação ordinária, sem dúvida, reconhece ao Poder Judiciário maior capacidade interpretativa que aos demais poderes da República. O peso superior às interpretações do Poder Judiciário é notório no vasto instrumental de controle judicial da legislação à disposição das cortes brasileiras, em especial do STF em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade.

Como examinamos em detalhes em outra oportunidade (COSTA, 2014, p. 187-253), nas últimas décadas, o poder de revisão judicial da Corte Suprema brasileira se intensificou, fechando-se paulatinamente os espaços de dissenso que havia no modelo concreto-difuso inicial. O controle de constitucionalidade originalmente forte e inspirado no *judicial review* norte-americano introduzido no país pelo Decreto Executivo 848 de 1890 se tornou cada vez mais forte ao longo do último século, em especial, a partir da Constituição de 1988, com a gradual expansão das hipóteses de decisão judicial vinculante e *erga omnes*.

Naquela oportunidade, à luz da classificação de Tushnet, pudemos concluir que o controle de constitucionalidade praticado no Brasil é forte, com tendências à concentração da decisão ainda mais preocupantes, sob o ponto de vista democrático, que aquelas verificadas no sistema de controle de constitucionalidade norte-americano.

Nesta oportunidade, cremos ser necessário verificar se esta conclusão se modificaria substancialmente à luz de uma decisão como a esposada na ADI 5105, em 1 de outubro de 2015. Ao decidir a ADI 5105, o STF afirmou que o desenho institucional da Constituição de 1988, apesar de conferir à Corte a guarda da Carta, não estabeleceu um modelo de supremacia judicial, não conferiu força definitiva, sob um viés material, às decisões da cúpula judicial. Neste sentido, apontou o tribunal que seus pronunciamentos “devem ser compreendidos como última palavra provisória” (STF, 2015, p. 3).

No julgado, o STF buscou harmonizar os dispositivos constitucionais, o espaço de capacidade constituinte conferido ao legislador com a guarda da constituição conferida ao tribunal, e, com isto, afastou interpretação que conferisse supremacia ou monopólio à cúpula judicial para decidir definitivamente sobre as questões constitucionais. Como se registrou no julgado, tendo em vista que os efeitos vinculantes conferidos pelo sistema às decisões do STF em fiscalização abstrata de constitucionalidade, por expressa previsão constitucional, não alcançam o Poder Legislativo, é forçoso que se reconheça a legitimidade da reversão legislativa da jurisprudência.

O Ministro Relator expôs que, diante da dificuldade contramajoritária do *judicial review*, à jurisdição constitucional incumbiria “a tarefa de encontrar o *ponto ótimo de equilíbrio*” entre estes os pilares sobre os quais se erige o Estado Democrático de Direito – democracia e constitucionalismo. Assim, nos termos do voto do relator, caberia à corte calibrar suas decisões

para, simultaneamente, não “tolher a autonomia pública dos cidadãos, substituindo as escolhas políticas de seus representantes por preferências pessoais dos magistrados” e não “chancelar o advento de um despotismo das maiorias” (STF, 2015, p. 15-16).

Para o Relator, o desenho institucional potencializaria a dificuldade contramajoritária ao outorgar expressamente ao STF a tarefa de definir a última palavra acerca do conteúdo da Carta Política. Assim, formalmente, a cúpula do Poder Judiciário deteria a última palavra e seus pronunciamentos não se sujeitariam a qualquer controle democrático. Entretanto, pondera que, a despeito do arranjo constitucional formal, não seria o caso de se concluir que haveria, materialmente, um modelo de supremacia judicial no Brasil, com a “última palavra definitiva” atribuível à cúpula judicial.

Para demonstrar que o Tribunal, sob o ponto de vista material e descritivo, não exerce supremacia judicial e que, apesar da atribuição de guarda, não subtrai do Legislador a faculdade de correção ou resposta, o relator inventariou casos paradigmáticos em que teria havido reação legislativa por emenda constitucional ou lei ordinária e concluiu que ao STF caberia, na prática da revisão judicial brasileira, tão somente proferir a “última palavra provisória”:

Da análise dos retromencionados arestos, e da postura institucional adotada pelo Supremo Tribunal Federal em cada um deles, pode-se concluir, sem incorrer em equívocos, que (i) o Tribunal não subtrai ex ante a faculdade de *correção legislativa* pelo constituinte reformador ou legislativo ordinário, (ii) no caso de *reversão jurisprudencial* via emenda constitucional, a invalidação somente ocorrerá, nas hipóteses estritas, de ultraje aos limites preconizados pelo art. 60, e seus §§, da Constituição, e (iii) no caso de *reversão jurisprudencial* por lei ordinária, excetuadas as situações de ofensa chapada ao texto magno, a Corte tem adotado um comportamento de autorrestrrição e de maior deferência às opções políticas do legislador. Destarte, inexistente, *descritivamente*, qualquer *supremacia judicial* nesta acepção mais *forte* (STF, 2015, p. 23).

Sob o ponto de vista prescritivo, acrescentou o relator ser prudente que não se atribua a qualquer órgão, seja ao Poder Judiciário, seja ao Poder Legislativo, a faculdade de pronunciar, em solução de definitividade, a última palavra sobre o sentido da Constituição. Como argumentou o relator, com o que concordamos, é o próprio texto constitucional de 1988 que desafia tal entendimento na medida em que, embora expressamente atribua a guarda do sentido constitucional ao Poder Judiciário, também

prevê expressamente que os efeitos vinculantes das decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade não atingem o legislador (STF, 2015, p. 24).

Legislators in a system of weak-form review on the constitutional level can require courts to exercise strong review, thereby relinquishing their own power to revisit the issues they remit to the courts. But, the courts in a weak-form system cannot themselves choose to exercise strong-form review. And, in parallel fashion, courts where the default position established by the constitution is strong-form review can decide for themselves to allow legislatures to “override” the courts’ decisions on some matters, by issuing decisions that, through a variety of doctrinal devices, are by their own terms merely provisional. But, legislatures in a strong-form system cannot require that courts make their decisions on some questions readily revisable (TUSHNET, 2003, p. 2787).¹⁰

Analisando a decisão, percebemos que, apesar de reconhecer a dificuldade contramajoritária da jurisdição constitucional e buscar afastar interpretações que consolidem uma supremacia ou monopólio interpretativo absoluto, o Tribunal não afasta, mas, ao contrário, a jurisprudência brasileiro não se altera diante da análise dos fundamentos e conclusões teóricas trazidas pelo STF na ADI 5105. Como explica Tushnet, cortes cuja posição padrão (*default*) seja exercer a revisão judicial de tipo forte podem decidir no sentido de permitir ao Poder Legislativo a prática da reversão jurisprudencial em determinados casos. Já os legisladores, em um sistema de revisão judicial forte, não podem requerer que as cortes tornem suas decisões prontamente modificáveis. Assim, em sistemas de revisão judicial forte, a decisão sobre o que está ou não aberto ao dissenso segue nas mãos do corpo jurídico contramajoritário, ainda que haja momentos de deferência por parte das cortes.

Em regimes de revisão judicial fraca, diferentemente, a alternativa do dissenso está permanentemente aberta ao legislativo, independentemente

10 Os legisladores, em um sistema de revisão judicial fraca, podem requerer que as cortes exerçam revisão judicial forte, renunciando ao seu poder de revisar as questões que submetem às cortes. Todavia, as cortes, em um sistema de revisão judicial fraca, não podem escolher exercer revisão judicial forte. E, paralelamente, quando a constituição estabelece como regra um sistema de revisão judicial forte, as cortes podem tomar a decisão de permitir aos legisladores superar as suas decisões, através da enunciação de decisões que são, através de uma variedade de recursos doutrinários, por seus próprios termos, meramente provisórias. Em contrapartida, os legisladores, em um sistema de revisão judicial forte, não poderão exigir que as cortes tornem suas decisões revisáveis.

da postura deferente ou juriscêntrica que resolva adotar a corte. Isto porque o design constitucional em sistemas de *weak-form review* não confere precedência à interpretação constitucional realizada pelo Poder Judiciário.

Apesar de não vislumbrarmos nos parâmetros decisórios particular abrandamento no modelo forte de controle de constitucionalidade delineado pela Constituição brasileira e consolidado na prática constitucional pátria, entendemos que a deferência ou autorrestrição adotada pelo STF no tema, contribui para que não se consolide uma postura tributária da supremacia judicial e violadora do texto constitucional, que, como vimos, não prevê a vinculação do legislador.

3 CONCLUSÃO

[...] não existe, em uma democracia constitucional, que prima pela cidadania, um órgão que possa arvorar-se o detentor da última palavra. Entretanto, o processo histórico brasileiro, nesses vinte e cinco anos de constitucionalismo, consubstanciou essa premissa (BENVINDO, 2014, 81).

Neste artigo, tivemos como premissa a compreensão de que a democracia pressupõe movimento e pluralidade, a constituição permanente e coletiva do real. A partir desta perspectiva, trabalhamos no marco da tensão entre poder de revisão judicial e poder constituinte da maioria.

Exploramos os escritos de Mark Tushnet sobre as alternativas ao poder de revisão judicial forte, compartilhando de seu interesse por formas de design constitucional que atenuem a dificuldade contramajoritária do controle dos atos legislativos pelas cortes. Vislumbramos em tal postura um democrático movimento de abertura e ampliação das vozes constituintes.

Diante do perfil forte de controle de constitucionalidade exercido no Brasil e do papel de guarda da constituição atribuído ao STF pela Carta, sobressai o interesse em se compreender a postura deferente do Tribunal no julgamento da ADI 5105 à luz dos ensinamentos de Tushnet.

A partir da análise, concluímos que, ainda que o controle de perfil forte não se altere essencialmente face à postura deferente adotada pelo STF, há mérito na adoção pela Corte Suprema do conceito de “última palavra provisória” para descrever a não vinculação definitiva do corpo legislativo às suas decisões, na medida em que esta postura confere respeito ao design constitucional de 1988, que não estabelece uma supremacia judicial, mas uma soberania compartilhada entre os Poderes da República.

REFERÊNCIAS

- BASTOS, Erico Araújo. *O oráculo do poder constituinte: reminiscências do poder moderador na atuação do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de mestrado. Programa de pós-graduação em direito do departamento de direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2010.
- BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história. *Revista de Informação Legislativa*, ano 51, n. 201, jan./mar. 2014.
- BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New York: The Bobbs Merrill Company INC, 1962.
- COSTA, Taiz Marrão Batista da. *Jurisdição constitucional: poder constituinte, controle de constitucionalidade e força vinculante dos precedentes judiciais*. Curitiba: Juruá, 2014.
- DAHL, Robert A. Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. *Journal of Public Law* 6, 1957.
- GUIMARAENS, Francisco. *O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- LINERA, Álvaro Garcia. Crise estatal e época de revolução. (cap. VI). In: *A Potência Plebeia: a ação coletiva e identidades indígenas, operárias e populares na Bolívia*. Tradução de Mouzar Benedito, Igot Ojeda. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 279-349.
- NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.
- ROTUNDA, Ronald D. *Modern Constitutional Law: cases and notes*. West, 2011.
- SALDIVIA, Laura. Uma Corte ¿Suprema?. In: GARGARELLA, Roberto. (Coord.). *Teoría y crítica del derecho constitucional (tomo I - Democracia)*. 2.^a reimpressão. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010. p. 173-231.
- TREANOR, William M. Judicial Review Before Marbury. *Stanford Law Review*, v. 58 Nbr. 2 November 2005.

TUSHNET, Mark. *New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights – And Democracy – Bases Worries*. HeinOnline -- 38 Wake Forest L. Rev. 813 2003. <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/247/>.

_____. *Alternative Forms of Judicial Review*. 101 Mich. L. Rev. 2781-2802 (2003). <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/259/>.

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

_____. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

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

Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADI 5105/DF, Rel. Luiz Fux, julgado em 01/10/2015.

