

Jurisdição Constitucional na Era Cunha: entre o Passivismo Procedimental e o Ativismo Substancialista do STF

Judicial Review in the Age of Eduardo Cunha: Between Procedural Passivism and Substantive Activism in Brazil's Federal Supreme Court

Thomas Bustamante

Professor da Faculdade de Direito da UFMG. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq – Nível 2. Pesquisador contemplado com recursos do Programa Pesquisador Mineiro – PPM VIII, da Fapemig. Doutor em Direito pela PUC-Rio e Mestre em Direito pela UERJ. E-mail: tbustamante@ufmg.br. Ao longo do processo de redação deste ensaio, o primeiro autor esteve vinculado à Faculdade de Direito da USP, sob supervisão do Prof. Titular Ronaldo Macedo Júnior, para realizar estágio de pós-doutoramento com financiamento da FAPESP. O autor agradece ao mencionado professor pela generosa acolhida e à mencionada agência de fomento pelo financiamento necessário para realização de sua pesquisa.

Evanilda de Godoi Bustamante

Doutoranda em Direito pela UFMG. Mestre em Direito pela Universidad de Castilla-La Mancha (Espanha). E-mail: evanildagodoi@gmail.com.

Artigo recebido em 20/07/2015 e aceito em 24/11/2015.

Resumo

Argumentaremos, neste ensaio, que não há relação intrínseca entre jurisdição constitucional e democracia, e que a autoridade das cortes constitucionais só pode ser justificada com razões instrumentais. Dito isso, o ativismo judicial parece algo difícil de se sustentar. Não obstante, esse argumento só faz sentido caso a corte adote uma postura não-passivista em termos de fiscalização da regularidade do processo legislativo, com vistas a garantir a plena observância das regras constitucionais que o definem. Por isso o Supremo Tribunal tem o dever de modificar o seu entendimento externado no MS 22.503 sobre o momento oportuno para apresentação de emendas aglutinativas no processo legislativo.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional; Processo Legislativo; Passivismo; Ativismo; Emendas aglutinativas.

Abstract

We argue, in this essay, that there is no intrinsic relationship between constitutional jurisdiction and democracy, and that the authority of constitutional courts can only be justified by instrumental reasons. Having said that, judicial activism seems something hard to maintain. Nonetheless, this argument only makes sense if the court adopts a non-passivist attitude when it comes to assessing the regularity of the legislative process, in order to secure the full observance of the constitutional rules that define it. Hence, the Brazilian Federal Supreme Court must overrule its decision on MS 22.503 about the proper moment for the submission of amendments to legislative propositions.

Keywords: Constitutional jurisdiction; Legislative Process; Passivism; Activism; Amendments to legislative propositions.

Introdução

Pretende-se, neste trabalho, enfrentar o argumento de que as concepções críticas à “supremacia judicial” recomendariam uma postura passiva do Supremo Tribunal Federal em relação a intervenções no processo legislativo, principalmente no âmbito das propostas de Emenda à Constituição. Procuraremos desenvolver um argumento no sentido de que as críticas ao ativismo judicial e as teorias da autoridade que desconfiam da relação entre “supremacia da Constituição” e “supremacia judicial” não fazem sentido sem uma proteção especialmente forte das regras constitucionais e regimentais que definem os contornos do processo legislativo.

Com isso, sustentaremos que o Supremo Tribunal Federal tem se movimentado em uma direção perigosa, pois a sua jurisprudência tem adotado um passivismo em relação ao procedimento legislativo e um ativismo em relação ao conteúdo do juízo político externado pelo legislador.

Ao final do trabalho, pretendemos demonstrar que o momento político contemporâneo expõe de maneira contundente os problemas da jurisprudência do STF sobre intervenções no processo legislativo, que precisa ser revista para preservar o equilíbrio entre os poderes e o bom funcionamento da ordem democrática, inclusive no que concerne à possibilidade de proposição de emendas aglutinativas depois de iniciado o processo de votação em Plenário de emendas à constituição.

Os passos do argumento serão os seguintes. Na primeira seção, visitaremos as críticas que autores como Jeremy Waldron aduzem à supremacia judicial no âmbito da interpretação da constituição, com vistas a explicitar algumas dificuldades que as cortes constitucionais enfrentam para justificar a sua autoridade em uma democracia. Na segunda seção, aduzimos uma crítica a duas posturas que não parecem tomar suficientemente a sério as advertências apontadas na primeira seção: o passivismo em relação ao procedimento e o ativismo em relação aos juízos políticos adotados pelo legislador. Na terceira e na quarta seções, por sua vez, apresentaremos alguns exemplos que mostram que o Supremo Tribunal Federal, muitas vezes, tem

encampado tanto o passivismo em relação ao procedimento como o ativismo em relação ao conteúdo, o que causa um preocupante déficit democrático para suas decisões. Finalmente, na seção final, concluiremos no sentido de que a jurisprudência do STF fixada no MS 22.503, sobre a oportunidade de apresentação de “emendas aglutinativas” nas propostas de Emenda à Constituição, deve ser revista, e de que o STF tem uma parcela significativa de responsabilidade política e moral pelos excessos que estão sendo cometidos atualmente pela presidência da Câmara dos Deputados.

1. A supremacia judicial sob suspeita: uma questão incômoda para o constitucionalismo contemporâneo

Após um longo período de entusiasmo com o controle de constitucionalidade das leis, tanto no Brasil como no estrangeiro, a teoria constitucional hoje vive um momento de desconfiança em relação à “supremacia judicial” na interpretação da Constituição e na fixação do conteúdo, das circunstâncias de aplicação e dos limites dos direitos fundamentais fixados no texto constitucional.¹

¹ No Brasil, ainda predomina uma crença na supremacia judicial no âmbito da interpretação da constituição, que é apresentada quase como uma decorrência necessária do princípio da supremacia da constituição e como um correlato lógico do princípio da democracia no Estado de Direito contemporâneo. Ver, por todos, Barroso, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo, e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”. In. Quaresma, Regina; Oliveira, Maria Lúcia de Paula; Oliveira, Farlei Martins Riccio de (Orgs.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 51-91. Sem embargo, essa crença tem sofrido importantes abalos que podem ser percebidos em um movimento de reação tanto no Poder Legislativo como na academia. O principal exemplo, sem dúvida, foi a proposição da denominada PEC 33/2011, que pretendia estabelecer profundas restrições à denominada supremacia judicial, elevando para 4/5 o quórum de declaração de inconstitucionalidade e permitindo ao Congresso Nacional convocar um referendo para possível *override* de decisões que declarassem a inconstitucionalidade de emendas à Constituição. Embora predomine a visão não problematizada de que essa PEC era inconstitucional, os melhores argumentos caminham no sentido de sua compatibilidade com a ordem jurídica brasileira. Ver, nesse sentido, Bercovici, Gilberto; Lima, Martônio Mont’Alverne Barreto. “Separação de poderes e a constitucionalidade da PEC 33/2011”. *Pensar*, Fortaleza, vol. 18, n. 3, 2013, p. 785-801; Bustamante, Thomas; Villani, André Almeida. “Diálogos institucionais: a PEC/33 e o discurso jurídico no Legislativo e no Judiciário”. In Vita, Jonathan Barros; Leister, Margareth Anne (Orgs.). *Direitos fundamentais e democracia II [Recurso eletrônico on-line] - Anais do XXII Encontro Nacional do CONPEDI / UNINOVE (São Paulo)*. 1ed. Florianópolis: FUNJAB, 2014, p. 179-202.

A clássica questão da “dificuldade contramajoritária” das cortes constitucionais nunca deixou, de fato, de representar um problema para os defensores do constitucionalismo.

Não obstante, nas últimas décadas essa questão tem se tornado ainda mais incômoda, pois as contribuições contemporâneas no âmbito das *teorias da autoridade* do direito apontam para o fato de que as grandes questões de moralidade política que povoam as cortes constitucionais versam, na maioria das vezes, sobre desavenças “razoáveis” que não podem ser resolvidas nem com as balizas providas pelos métodos típicos da dogmática jurídica e nem muito menos com os princípios abstratos da filosofia moral ou da filosofia política.

Contrariamente às intuições mais fundamentais do constitucionalismo contemporâneo, essas teorias apontam para o fato de que argumentos de princípio, no âmbito da política constitucional, são muitas vezes inconclusivos, o que torna particularmente difícil justificar a autoridade das cortes constitucionais.

As grandes questões constitucionais não são, ao contrário do que ingenuamente assumem alguns (mas não necessariamente todos) defensores do constitucionalismo, resolvidas com um ato de “aplicação” dos princípios da Constituição. O discurso constitucional esconde muitas vezes desacordos importantes sobre o sentido e o alcance dos princípios de moralidade política abstratamente proclamados no documento constitucional, e não há nenhuma garantia de que os juízes da corte constitucional tenham algum tipo de inteligência privilegiada ou superioridade moral que lhes outorgue maior legitimidade para decidir sobre esses desacordos.

Não se trata, aqui, de uma defesa intransigente do “princípio majoritário” em face da “supremacia da constituição”. A dificuldade moral de justificar a autoridade das cortes constitucionais persiste mesmo para os que não têm qualquer dúvida acerca da supremacia da constituição frente à política ordinária e à legislação infraconstitucional, uma vez que mesmo os defensores da supremacia da constituição enfrentam o mesmo tipo de

desacordo acerca dos limites que o legislador ordinário encontra diante da constituição.

Isso ocorre porque um arranjo político que atribua à corte constitucional a prerrogativa exclusiva de dar a última palavra sobre as questões mais espinhosas no âmbito da moralidade política não consegue oferecer nenhum processo decisório capaz de substituir de maneira eficaz o princípio majoritário, pois nem mesmo a corte constitucional tem à sua disposição um processo decisório diferente do processo majoritário para resolver os desacordos que se repetem no interior das suas deliberações. As controvérsias interpretativas no interior da corte têm natureza idêntica aos desacordos existentes no processo político em geral, e os desacordos entre os próprios juízes da corte constitucional são decididos, também, pelo princípio majoritário.

A justificação da autoridade das cortes constitucionais não pode, portanto, fundar-se numa suposta deficiência do princípio majoritário, pois a supremacia judicial na interpretação da constituição não implica uma substituição do princípio majoritário, mas apenas a substituição de uma maioria legislativa por uma maioria judicial.

É no contexto desses desacordos que Jeremy Waldron lança mão de um dos conceitos mais interessantes da teoria jurídica contemporânea, que aparece sob a denominação de “circunstâncias da política”. Essa noção se inspira na ideia de “circunstâncias da justiça”, de John Rawls. Rawls havia utilizado esta última expressão para explicar os contextos em que formulamos questões de justiça distributiva, é dizer, as circunstâncias em que a justiça no âmbito da distribuição de bens e encargos sociais se torna relevante. Como explicava Rawls, questões de justiça normalmente se formulam diante de situações de “altruísmo limitado” e “escassez moderada” de recursos e oportunidades a serem distribuídas.²

Algo parecido acontece, no âmbito do discurso jurídico, com as denominadas “circunstâncias da política”, na medida em que processos políticos se justificam também apenas diante de circunstâncias determinadas.

² Rawls, John. *A Theory of Justice*. Cambridge, MA: Belknap, 1971, p. 126-130.

Questões políticas se tornam salientes, para Waldron, justamente onde costuma haver um profundo *desacordo* sobre como nossas controvérsias morais não de ser resolvidas, mas ao mesmo tempo um profundo consenso acerca de que há que ser buscada uma “resposta comum”. Nesse sentido, argumenta Waldron:

Podemos dizer, de maneira semelhante [a Rawls], que a necessidade sentida entre os membros de um certo grupo para um plano de fundo ou decisão ou curso de ação comum em alguma matéria, mesmo diante de um desacordo sobre qual plano de fundo ou decisão ou ação deve ser, constitui as circunstâncias da política.³

Uma *resposta comum* no âmbito das circunstâncias da política é merecedora de respeito por causa da *realização* (“achievement”) que ela representa diante das circunstâncias da política, é dizer, por causa do valor moral que a “ação concertada” possui quando ela é realizada de maneira respeitosa.⁴ A resposta comum deve ser, portanto, uma resposta alcançada por toda a comunidade, uma resposta que seja vinculante para nós e merecedora de respeito, de modo que possamos reconhecê-la como obrigatória mesmo quando somos vencidos em nossas opiniões sobre a solução adequada dos desacordos político-morais em que tomamos partido.

É nesse contexto das denominadas circunstâncias da política – desacordos sobre princípios e acordo acerca da necessidade de uma resposta comum digna de ser respeitada – que se torna imperioso o processo legislativo democrático.

Waldron sustenta, a partir dessas ideias, que o princípio majoritário possui um valor moral intrínseco, ainda que se possa reconhecer, eventualmente, que ele não funciona de maneira ótima em todas as circunstâncias imaginárias.⁵ O princípio majoritário, na opinião do autor, é

³ Waldron, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 102.

⁴ Idem, *ibidem*, p. 108.

⁵ Em um comentário recente à obra “Justice for Hedgehogs”, de Dworkin, Waldron acaba sendo forçado a admitir a possibilidade de situações onde o princípio majoritário não tenha o valor moral intrínseco que ele acreditava possuir em seus escritos mais antigos. Ver, em particular: Waldron, Jeremy. “A Majority in the Lifeboat”. *Boston University Law Review*, vol. 90, 2010, p. 1043-1057.

valioso porque ele “respeita os indivíduos cujos votos ele agrega” de duas maneiras: “primeiramente, ele respeita as suas diferenças de opinião sobre a justiça e o bem comum: ele não exige que nenhuma visão sinceramente adotada seja menosprezada ou alcançada de maneira apressada por causa de uma suposta importância do consenso. Em segundo lugar, ele encarna um princípio de respeito por cada pessoa no processo por meio do qual nós estabelecemos uma visão para ser adotada como *nossa* diante do desacordo”.⁶

A única esperança de Waldron para solucionar de maneira legítima os nossos desacordos razoáveis sobre a justiça está, portanto, em um processo de deliberação onde todas as visões possam ser discutidas de maneira pública e respeitosa, e igualmente tomadas em consideração.

É justamente a aposta nesse processo de deliberação que torna Waldron cético em relação à supremacia judicial, que é descrita pelo autor como um insulto nas comunidades políticas razoavelmente democráticas:

Quando os cidadãos ou os seus representantes divergem sobre quais direitos nós temos ou o que esses direitos asseguram, parece algo como um insulto dizer que isso não seja algo que eles tenham permissão para resolver por processos majoritários, mas que tal assunto deva ser, ao contrário, finalmente determinado por um pequeno grupo de juízes. Isso é particularmente insultante quando eles descobrem que os juízes discordam entre si exatamente da mesma maneira como fazem os cidadãos e seus representantes, e que os juízes tomam as suas decisões, também, no interior da corte, por votações majoritárias.⁷

Se Waldron estiver certo, esses argumentos abalam profundamente as estruturas do constitucionalismo contemporâneo.

O principal elemento que Waldron tem a seu favor é a conclusão – que não nos parece de todo desarrazoada – de que as cortes constitucionais não são em si democráticas, uma vez que não adotam processos de decisão que sejam participativos e democráticos.

Noutras palavras, parece difícil aceitar a ideia de que a revisão judicial de uma lei democraticamente estabelecida possa estar fundamentada nos

⁶ Waldron, Jeremy, *Law and Disagreement*, cit., p. 109.

⁷ Idem, *ibidem*, p. 15.

mesmos “princípios que subjazem à democracia”.⁸ Se partirmos da premissa de que a autoridade da democracia deriva do valor do “igual respeito à autonomia do povo”, que “deve ser implementado com o reconhecimento de um *direito à igual participação no processo decisório*”⁹, a questão da legitimidade democrática das cortes constitucionais passa a ser, em grande parte, a questão de saber se a jurisdição constitucional ajuda a proteger esse direito.

Será que a jurisdição constitucional ajuda a protegê-lo? Nesse ponto, acreditamos ser necessário ao menos algum nível de reflexão teórica sobre as características gerais do direito à igualdade nos processos políticos decisórios para que possamos oferecer alguma resposta, e pretendemos oferecer esse pano de fundo teórico na explicação que Andrei Marmor oferece para o direito em consideração. Para Marmor, um processo político que desemboca em uma decisão autoritativa compreende “duas etapas principais: deliberação e decisão”.¹⁰ Podemos avaliar o poder político de um cidadão ao determinar a sua capacidade de participar nesses dois estágios do processo político. Sem embargo, o valor da igualdade política se manifesta de maneira diferente em cada etapa do processo político decisório, como Marmor explica com a ajuda da distinção de Dworkin entre “impacto” e “influência” nas decisões políticas.¹¹

Na etapa deliberativa, a igualdade política é uma questão de igualdade de influência, que é satisfeita pelo princípio da “igual oportunidade de influência política” nas deliberações públicas que precedem a decisão propriamente dita, por votação majoritária.¹² A autonomia do povo é protegida quando a democracia provê uma igual oportunidade de influência por meio de um leque de princípios e instituições que são percebidas como “essenciais para o funcionamento adequado de uma democracia”.¹³ Na etapa da decisão autoritativa, por outro lado, a igualdade política não se satisfaz com

⁸ Christiano, Thomas. *The Constitution of Equality: Democratic Authority and its Limits*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 260-300.

⁹ Marmor, Andrei. “Authority, Equality and Democracy”. *Ratio Juris*, vol. 18, 2005, pp. 315-345, esp. p. 330.

¹⁰ *Idem*, p. 331.

¹¹ Dworkin, Ronald. *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Cambridge, MA: Belknap, 2002, p. 191.

¹² Marmor, Andrei, “Authority, Equality and Democracy”, cit. , p. 333.

¹³ *Idem*, p. 333.

a ideia de igualdade de influência, mas exige também o conceito de igualdade de impacto. Apesar do fato de que pode haver diferentes arranjos institucionais que satisfaçam igualmente essa exigência, não é difícil concluir que, ao menos na etapa final do processo decisório, a jurisdição constitucional enfrenta uma séria dificuldade para fundamentar o seu poder normativo de anular uma lei democraticamente estabelecida. A ideia de “igualdade política”, na etapa final do processo decisório (a segunda etapa), aponta apenas para *razões relacionadas ao procedimento* no que concerne ao direito de *participar* nos processos decisórios da comunidade política, e essas razões não funcionam adequadamente para justificar a autoridade de uma corte constitucional.

É esse elemento *procedimental* que está ausente nas perspectivas otimistas que reconhecem para as cortes um caráter representativo no sentido de Robert Alexy. Contrariamente à posição que um dos autores deste ensaio defendeu em outro ensaio,¹⁴ Alexy pensa que as cortes constitucionais podem ser legitimadas por meio de uma concepção ampla de representação, que compreende não apenas votos e eleições, mas também argumentos e razões. Alexy pensa que uma concepção “deliberativa” de democracia envolve dois tipos de representação: “volitiva” e “argumentativa”. Legisladores se relacionam com os seus representados por meio da representação volitiva e argumentativa, enquanto cortes constitucionais são responsáveis perante os cidadãos exclusivamente por sua capacidade de oferecer argumentos plausíveis e corretos em favor de suas decisões autoritativas, que devem ser efetivamente entendidas e endossadas por seus auditórios sobre a base de um “constitucionalismo discursivo”.¹⁵ Alexy acredita que isso é suficiente para concluir que as cortes possuem uma “representação argumentativa” para estabelecer interpretações autoritativas dos direitos constitucionais.

¹⁴ Bustamante, Thomas. “On the Difficulty to Ground the Authority of Constitutional Courts”. In: Bustamante, Thomas; Fernandes, Bernardo (orgs.). *Democratizing Constitutional Law: Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*. Heidelberg; New York; Dordrecht: Springer, 2016.

¹⁵ Robert Alexy, “Balancing, Constitutional Review and Representation”. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3., pp. 572-581, p. 578-9.

O problema dessa posição, em nossa opinião, é que ela subestima a importância da etapa decisória no processo político. Para uma decisão política ser legítima, não é suficiente que ela seja alegadamente no interesse do povo, mas ela deve também respeitar os juízos autônomos do povo sobre essas razões. Para defender a sua posição, Alexy teria que negar que o povo, na etapa decisória, tem o direito que nós estivemos discutindo nos parágrafos anteriores, que é o direito a uma “distribuição justa do verdadeiro poder de tomar a decisão”.¹⁶ A distinção de Marmor entre as etapas “deliberativa” e “decisória” de um processo político para se estabelecer uma decisão autoritativa sobre os nossos desacordos acerca dos nossos direitos nos ajudam a ver que essas tentativas de oferecer uma justificção moral para a jurisdição constitucional estão baseadas *apenas* na contribuição que ela pode oferecer para aumentar a participação pública na etapa *deliberativa* acerca de uma certa questão de direitos fundamentais. Se for possível justificar o poder das cortes constitucionais, isso *não* é porque elas possuem um “caráter representativo”, mas somente porque pode haver alguma justificção instrumental para a sua existência.¹⁷

Cortes constitucionais, nos sistemas de jurisdição constitucional forte, não aumentam a participação dos cidadãos na etapa decisória. Pelo contrário, elas normalmente desempoderam esses cidadãos nesse estágio e pretendem estabelecer “razões exclusionárias” para que esses cidadãos não ajam com base em leis democraticamente estabelecidas. Torna-se, portanto, bastante difícil fundar os poderes de controle de constitucionalidade (em sentido forte, de dar a palavra final sobre questões constitucionais) nos mesmos princípios que justificam a autoridade da democracia.

A grande crítica que se faz ao constitucionalismo contemporâneo, portanto, reside no fato de que não é autoevidente a compatibilidade entre supremacia judicial e democracia. Cortes constitucionais não têm um caráter

¹⁶ Marmor, Andrei, “Authority, Equality and Democracy”, cit. , p. 333.

¹⁷ Uma justificção é instrumental na medida em que se pretende justificar alguma coisa como meio para realização de um determinado fim apontado como valioso, e não como um fim em si mesmo. Ver: Kolodny, Niko; Brunero, John. “Instrumental Rationality”. In. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2015 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL: <http://plato.stanford.edu/archives/sum2015/entries/rationality-instrumental/>.

intrinsecamente democrático, e a sua autoridade só pode ser justificada por razões instrumentais.

Sempre que uma questão politico-moral fundamental acerca de nossa comunidade é fixada por meio de uma corte constitucional, em detrimento do processo legislativo democrático, há uma perda para a democracia, mesmo quando essa perda puder ser justificada por razões instrumentais.

Essa é a grande advertência que devemos extrair das críticas à jurisdição constitucional. Ainda que não estejamos convencidos de que a jurisdição constitucional seja “ilegítima” ou não encontre razões para se justificar em uma democracia operante no “mundo real”, essa advertência deve funcionar como um alerta para avaliar a autoridade das cortes constitucionais, e como um constante lembrete acerca dos perigos do ativismo judicial e do protagonismo judicial no âmbito da política constitucional.

Resulta extremamente contraditória e perigosa, portanto, a retórica dos que enaltecem “sociedade aberta dos intérpretes da constituição”, proposta por Häberle,¹⁸ mas apostam, ao mesmo tempo, em uma espécie de superioridade moral das cortes constitucionais e têm profunda dificuldade para reconhecer que o denominado “ativismo judicial”, ao fim e ao cabo, padece de um grave problema de legitimidade no Estado democrático de direito.

2. Entre a negligência com o processo e a prepotência com o conteúdo: uma crítica ao passivismo e ao ativismo do Supremo Tribunal Federal

A advertência feita na seção anterior só tem algum sentido enquanto se atribua um valor moral específico ao processo legislativo democrático.

A ideia, aqui, é de que o processo legislativo democrático, em si, pode constituir uma fonte de legitimidade para a autoridade e o poder político do legislador. Há múltiplas perspectivas que podem ser utilizadas para expor o

¹⁸ Häberle, Peter. *Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997.

fundamento moral e a justificação política do processo legislativo democrático, entre as quais incluímos não apenas as teorias puramente procedimentais.

A concepção de Habermas, por exemplo, que busca superar as dicotomias entre republicanismo e liberalismo; substancialismo e procedimentalismo; e autonomia “pública” e “privada”, fundamenta a legitimidade do direito em uma democracia no valor moral que esse processo legislativo possui e na capacidade que ele tem de levar a uma racionalização do mundo da vida, como se pode ler no seguinte excerto:

O direito positivo já não pode obter a sua legitimidade de um direito moral que se situe acima dele, mas apenas de um procedimento de formação presumidamente racional da opinião e da vontade. É este procedimento democrático que, sob condições do pluralismo social e do pluralismo no que diz respeito a visões de mundo, confere à produção jurídica uma força geradora de legitimidade, como eu analisei com mais detalhe sob o ponto de vista de uma teoria do discurso. Para tanto parti do princípio (...) de que só podem pretender legitimidade aquelas regulações normativas e formas de ação a que todos os possíveis afetados pudessem prestar o seu assentimento como participantes em discursos racionais. Os cidadãos examinam à luz desse princípio de discurso quais direitos eles têm de reconhecer-se mutuamente.¹⁹

Como se vê, Habermas adota uma perspectiva otimista acerca do processo legislativo democrático, a ponto de advogar a possibilidade de algo extremamente contraintuitivo do ponto de vista empírico: o consenso sobre quais “regulações normativas” e “formas de ação” podem ser aceitas como democráticas pelos possíveis afetados pela decisão.

Por maiores que sejam as dificuldades desse consenso contrafático defendido por Habermas, sua concepção tem ao menos o mérito de elucidar o fato de que o processo legislativo democrático *institucionaliza* e, nesse sentido, *realiza* – ainda que de maneira aproximada – as exigências pragmático-formais de igualdade entre os participantes na formação da vontade política racional. É nesse procedimento que reside, ao fim e ao cabo, a legitimidade do direito em uma democracia constitucional.

¹⁹ Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madri: Trota, 4. ed., 2005, p. 656.

Essas considerações teóricas parecem suficientes para os propósitos deste ensaio, e nos indicam dois problemas sérios que podem afligir a prática de uma corte constitucional: o *passivismo em relação ao procedimento* e o *ativismo em relação ao conteúdo do juízo político-constitucional*.

O *passivismo*, enquanto recusa a uma defesa judicial do processo legislativo democrático e das regras que garantem a sua observância rigorosa, representa uma proteção inadequada e insuficiente da formação da vontade popular e das formas legítimas de sua manifestação. Ao deixar de fiscalizar adequadamente e garantir o cumprimento integral do processo legislativo democrático, a corte atua com negligência em seu papel de garantidor das condições democráticas necessárias para o bom funcionamento do Estado de direito.

De modo igualmente pernicioso, o *ativismo*, enquanto expansão exagerada da esfera de atuação do judiciário, que passa a se imiscuir em juízos políticos que não são próprios da atividade jurisdicional, é deficitário do ponto de vista democrático e contém o germe do autoritarismo que em outros tempos foi defendido sob a bandeira do jusnaturalismo e sob a falaciosa noção de que a supremacia da constituição implicaria, do ponto de vista lógico, uma supremacia judicial.²⁰

A combinação do passivismo no controle do processo legislativo e do ativismo no controle do resultado das deliberações parlamentares constitui o pior cenário possível para uma corte constitucional.

De um lado, o passivismo facilita que as maiorias ocasionais oprimam as minorias no debate parlamentar. Sem um controle rigoroso sobre o processo legislativo, inclusive sobre as normas regimentais e regulamentares, a deliberação parlamentar é reduzida a uma mera formalidade, e o processo legislativo perde a racionalidade e a imparcialidade que lhes são próprias. Com isso, o próprio princípio majoritário perde aquilo que ele tinha de mais valioso, que consiste 1) na capacidade de respeitar as diferenças de opinião sobre a justiça e o bem comum, fazendo com que “nenhuma visão sinceramente

²⁰ Sobre as falácias na inferência da supremacia judicial a partir da supremacia da constituição ver, entre outros, Nino, Carlos Santiago C. Santiago Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven: Yale University Press, 1996.

adotada seja menosprezada ou alcançada de maneira apressada”, e 2) no respeito que ele tem por cada participante ao fixar um procedimento para estabelecimento de uma “visão para ser adotada como *nossa* diante do desacordo”.²¹

De outro lado, o ativismo não leva suficientemente a sério o desacordo moral razoável que é próprio das grandes escolhas políticas realizadas pelo legislador, e faz com que a corte tenha dificuldade para respeitar opiniões diferentes das suas sobre questões políticas e de justiça distributiva.

Nesse sentido, o respeito à autoridade do Congresso Nacional – e, com isso, à autoridade da própria Constituição, que lhe dá competência para regulamentar essas questões – pressupõe uma fidelidade aos *procedimentos* estabelecidos para *fixar diretivas válidas para todos* e aptas a permitir a cooperação social.

Lamentavelmente, no entanto, o Supremo Tribunal Federal brasileiro tem adotado, em algumas situações, uma forma de julgar que combina de maneira perigosa o passivismo em relação ao controle dos procedimentos e o ativismo em relação ao controle do mérito ou do resultado do processo legislativo democrático. Vejamos alguns exemplos dessa postura interpretativa nas próximas duas seções.

3. O passivismo do STF em relação ao procedimento

Historicamente, ao menos desde a promulgação da Constituição de 1988, o STF tem adotado uma postura passivista em relação a violações ao procedimento legislativo.

Neste âmbito específico, a postura interpretativa vigente até os dias de hoje no Supremo Tribunal Federal decorre de uma autêntica “interpretação retrospectiva” no sentido tornado célebre por José Carlos Barbosa Moreira.²² Nesse tipo de interpretação, o sentido da Constituição é construído sempre

²¹ Reiteramos, aqui, a mesma citação de Waldron sobre a nota 4 deste trabalho.

²² Moreira, José Carlos Barbosa. “O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição”. *Revista Forense*, vol. 304, p. 151-155, 1988, p. 152.

olhando para trás, com o propósito de torná-la inoperante e indiferente à prática política correntemente adotada.

O caso mais emblemático desse tipo de comportamento judicial é o do argumento da “questão interna corporis”, segundo o qual “a interpretação e a aplicação do Regimento Interno da Câmara dos Deputados constituem matéria (...) insuscetível de apreciação pelo Poder Judiciário”.²³ Essa conclusão é tão antiga quanto injustificada, e se mantém até hoje devido a uma ausência de reflexão crítica sobre o caráter e a função do processo legislativo em uma democracia consolidada.

A doutrina das “matérias interna corporis” foi forjada ainda sob os auspícios da ditadura inaugurada pelo Golpe de 1964, e consolidou-se de maneira progressiva, em decisões um tanto quanto enigmáticas, em vista da baixa qualidade do padrão argumentativo adotado pelo STF à época de sua consolidação.

Na década de 1980, por exemplo, ela era interpretada de maneira menos radical do que hoje, na medida em que mesmo as decisões conservadoras e garantidoras do *status quo* relutavam em afirmar categoricamente uma regra geral de “imunidade à jurisdição” de todos os atos de interpretação e aplicação do Regimento Interno da Câmara e do Senado Federal.

Nesse sentido, por exemplo, uma decisão de 1984 sobre a composição de uma Comissão Parlamentar de Inquérito aduzia à noção de matéria “interna corporis” para fazer alusão a uma questão não resolvida pelo Regimento Interno, ou por ele resolvida de maneira dúbia ou lacunosa, ao invés de qualquer ato de aplicação desse Regimento.²⁴

²³ STF, MS 26.062-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 10-3-2008, Plenário, DJE de 4-4-2008. No mesmo sentido: STF, MS 25.588-AgR, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 2-4-2009, Plenário, DJE de 8-5-2009.

²⁴ STF, MS 20415, onde se lê no voto do Relator, Ministro Aldir Passarinho: “A Constituição Federal, quanto à composição das C.P.I., apenas prevê que deve ser assegurada, tanto quanto possível, ‘a representação proporcional dos partidos nacionais que participem da respectiva Câmara’. Não dispõe sobre a forma de nomeação ou afastamento de seus membros. A norma, erguida ao altiplano constitucional, acentua exatamente que os membros das Comissões representam os partidos. (...) Deste modo, *se ao partido não mais interessar manter um representante seu na Comissão, a questão é realmente ‘interna corporis’, e se o Regimento não prevê expressamente a hipótese, então ela há de ser decidida pelos órgãos internos da própria Câmara dos Deputados encarregados de interpretar o Regimento e suprir-lhe as lacunas*”.

Por outro lado, eram decisões sucintas, mal fundamentadas e carentes de preocupação com o caráter democrático do processo legislativo, de modo que causa uma certa perplexidade o fato de elas resistirem por tanto tempo e serem até hoje repetidas de maneira acrítica – quase como um dogma – por uma corte que tem assumido, ao longo de mais de duas décadas e meia, o papel de protagonista na proteção da Ordem Constitucional e dos Direitos Fundamentais.

O número de casos que repetem o mantra da doutrina das questões “interna corporis” e alimentam o passivismo em relação às questões de processo constitucional só não é maior do que a gravidade das consequências dessa postura interpretativa para a manutenção da Democracia e do Estado de Direito.

A título de exemplo, merece menção a recente decisão do Pleno do STF na ADI 4.425, no ponto em que se discute a validade formal da Emenda Constitucional n. 62/2009 (a famosa Emenda dos Precatórios), onde o Tribunal, por maioria, rejeitou a alegação de inconstitucionalidade formal de uma Emenda à Constituição “votada e aprovada, no Senado Federal, em duas sessões realizadas no mesmo dia 02 de dezembro de 2009, com menos de uma hora de intervalo entre ambas”. Apesar reconhecer expressamente que o Regimento Interno do Senado Federal categoricamente estabelece um interstício mínimo de 5 (cinco) dias entre uma sessão e outra para aprovação das Emendas Constitucionais²⁵, bem como a relevância moral da finalidade da regra constitucional que estabelece a exigência de votação em dois turnos para Emendas à Constituição, o voto vencedor no acórdão nega qualquer força ao Regimento Interno, e se abstém de reconhecer a inconstitucionalidade formal com base na antiga tese das matérias “interna corporis”, que não reconhece qualquer possibilidade de incursão do Judiciário para assegurar a regularidade do processo legislativo.

Para a opinião vencedora no Supremo Tribunal Federal, o art. 60, § 2º, da Constituição não seria, por conseguinte, nem sequer uma norma programática, cuja eficácia depende da sua regulamentação pelo legislador

²⁵ Regimento Interno do Senado Federal. “Art. 362. O interstício entre o primeiro e o segundo turno [na votação das Emendas à Constituição] será de, no mínimo, cinco dias úteis”.

ordinário. Pelo contrário, seria um preceito despido de eficácia, na medida em que a exigência de aprovação das Emendas Constitucionais em “dois turnos” estaria atendida mesmo se essas sessões fossem realizadas sem qualquer intervalo (nem mesmo de uma hora!) entre elas. Nenhuma importância teria o fato de a intenção evidente e incontroversa do legislador constituinte ter sido visceralmente frustrada.

O mais curioso, na decisão, é que esse mesmo voto condutor adota ainda uma retórica de “deferência” ao Poder Legislativo, no sentido de que a conclusão de ausência de inconstitucionalidade formal se imporia como reflexo do princípio da Separação dos Poderes, traduzindo-se em uma atitude de respeito ao legislador e representando a adoção de um modelo de “diálogos institucionais” que evita a “supremacia judicial” na solução de controvérsias constitucionais. É o que se pode ler, por exemplo, no seguinte excerto do voto vencedor:

*Parece-me que esta Suprema Corte não pode se arvorar à condição de juiz da robustez do debate parlamentar para além das formas expressamente exigidas pela Constituição Federal. No que excede os limites constitucionais, há que se reconhecer uma espécie de deferência à atuação do Poder Legislativo no campo dos atos formais que se inserem no processo político, dotadas de um valor intrínseco pelo batismo democrático também no que concerne à interpretação da Constituição. É tênue, com efeito, o limite entre a defesa judicial dos valores da Constituição, missão irrenunciável deste Supremo Tribunal Federal por força da própria Carta de 1988 (CF, art. 102, caput), e uma espécie perigosa de supremacia judicial, através da qual esta Corte acabe por negar qualquer voz aos demais poderes políticos na construção do sentido e do alcance das normas constitucionais. Como aponta a moderna doutrina, “é fundamental para a realização dos pressupostos do Estado Democrático de Direito um desenho institucional em que o sentido futuro da Constituição se dê através de um diálogo aberto entre as instituições políticas e a sociedade civil, em que nenhum deles seja ‘supremo’, mas antes, que cada um dos ‘poderes’ contribua com a sua específica capacidade institucional” (BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais – a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2012, p. 287).²⁶*

²⁶ STF, ADI 4.425, Pleno, Rel. do Acórdão Min. Luiz Fux, j. 14.03.2013, DJE de 19.12.2013.

Como se nota, esse raciocínio demonstra que o relator para o acórdão na ADI 4.425 está ciente das críticas à jurisdição constitucional formulada pelos opositores da denominada “supremacia judicial”. Está ciente, também, da vasta doutrina existente no Brasil e no estrangeiro acerca dos modelos de “diálogos institucionais” que buscam promover uma alternativa à bipolaridade entre os modelos de “supremacia judicial” ou “supremacia do parlamento”.

Não obstante, a ausência de qualquer diferenciação entre questões (ou razões) procedimentais e questões (ou razões) relativas ao conteúdo ou ao resultado da decisão alcançada pelo legislador torna a decisão fortemente questionável do ponto de vista do princípio democrático. Como vimos na seção 1 deste ensaio, o núcleo da crítica à jurisdição constitucional nada tem a ver com a intervenção judicial para garantir a regularidade do processo legislativo. Pelo contrário, a crítica só faz sentido porque ela pressupõe que a lei goza de uma dignidade especial que advém do fato de ela representar uma “norma comum” estabelecida de maneira respeitosa. O núcleo da crítica à supremacia judicial está justamente na confiança que os críticos depositam no processo legislativo, que funcionaria como uma espécie de filtro ou catalizador do debate constitucional e permitiria – caso levado a sério pelos participantes em suas deliberações – uma deliberação capaz de tomar em conta os argumentos, interesses e direitos de cada um dos grupos e indivíduos representados no debate parlamentar. Não faz sentido qualquer crítica à supremacia judicial sem uma garantia de que o processo legislativo seja rigorosamente observado.

A suposta defesa do “minimalismo”, na decisão supracitada, é uma simplificação nociva do argumento contra o princípio da supremacia judicial, a qual pode causar profundos danos ao processo legislativo democrático. Como explicam Marcelo Cattoni, Alexandre Bahia e Dierle Nunes, em recente artigo sobre os vícios da PEC do financiamento de campanha,

Uma simplificação da discussão por partidários de um minimalismo (self restraint) judicial viabilizaria uma blindagem dos debates parlamentares e da análise do respeito (ou não) de suas balizas processuais e, em decorrência, de qualquer nível de fiscalidade, pervertendo uma das principais finalidades do processo legislativo de assegurar participação e igualdade na

*diferença de todos os seguimentos representados no Parlamento.*²⁷

Como veremos na seção seguinte, a objeção à supremacia judicial nada tem a ver com uma flexibilização do processo legislativo. Bem entendida, ela é uma objeção à substituição do *juízo político* do legislador pelo *juízo político* do juiz constitucional. É no âmbito desses juízos que se poderia, eventualmente, advogar qualquer diálogo constitucional entre os poderes e as instituições democráticas. É profundamente incoerente, por conseguinte, defender um passivismo judicial em matéria de processo legislativo e um ativismo judicial em matéria de limites substanciais ao conteúdo da decisão, como infelizmente se tem testemunhado em um número significativo de decisões do Supremo Tribunal Federal.

3-bis. O Regimento Interno como “norma constitucional adscrita”: uma proposta de revisão do passivismo do STF em relação a violações ao processo legislativo

Advogamos, acima, que o passivismo judicial em relação a questões de procedimento é tão problemático quanto o ativismo judicial em relação ao conteúdo das decisões legislativas. No âmbito do processo legislativo (seja ele ordinário ou de emenda à constituição) é fácil perceber a importância das regras previstas no Regimento Interno de cada uma das Casas Legislativas que integram o Congresso Nacional.

Talvez a forma mais clara de se enxergar a importância das normas regimentais para o funcionamento da Ordem Constitucional esteja capturada na distinção que Robert Alexy estabelece, em sua Teoria dos Direitos Fundamentais, entre as normas de direito fundamental “diretamente estatuídas” na Constituição e as normas de direito fundamental “adscritas”,

²⁷ Cattoni, Marcelo; Bahia, Alexandre; Nunes, Dierle, “Manobra Regimental: Câmara violou Constituição ao votar novamente financiamento de campanhas”. In. Consultor Jurídico (CONJUR), 4 de junho de 2015, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jun-04/camara-violou-constituicao-votar-financiamento-campanhas> .

“derivadas” ou, como aparece na boa tradução brasileira, “atribuídas”. As normas de direito fundamental adscritas (ou atribuídas) são normas criadas no processo de concretização do direito pelos tribunais constitucionais ou pelo legislador que especifica um determinado Direito Fundamental. No pensamento de Alexy, essas normas adscritas, embora não tenham formalmente o status de uma norma constitucional, operam também como normas de Direito Fundamental porque é possível fundamentá-las de maneira correta na Constituição.²⁸ Nesse sentido, é simplesmente impossível cumprir as normas diretamente estatuídas na Constituição sem observar os parâmetros definidos por ditas normas para a aplicação da Constituição.

No âmbito do Devido Processo Legislativo, por exemplo, há que se estabelecer regras particulares para tornar operacional o comando constitucional que exige a aprovação das emendas à constituição em dois turnos (art. 60, § 2º, da Constituição).

É a própria Constituição que torna a observância dessas regras constitucionalmente relevante, na medida em que qualquer violação às regras e prazos estabelecidos pelo Regimento Interno constitui, também, uma violação tanto ao princípio democrático como ao princípio do Estado Democrático de Direito, e macula de inconstitucionalidade formal qualquer ato normativo que tenha sido praticado com inobservância dos ritos e procedimentos fixados na norma regimental.

Se a jurisprudência do STF, nos últimos 25 anos, foi incapaz de reconhecer isso, a única conclusão possível é de que já passou da hora de a corte rever a sua posição e conferir a proteção jurídica necessária ao processo legislativo, que é muito mais urgente, objetiva e legítima do que o controle de constitucionalidade sobre o mérito das valorações políticas e morais realizadas pelo legislador.

²⁸ Como explica Alexy, “as normas adscritas têm uma relação mais do que causal com a Constituição. Elas são necessárias quando se deve aplicar a casos concretos a norma expressa pelo texto da Constituição. Se não se pressupusesse a existência desse tipo de normas, não seria claro o que é aquilo que, sobre a base do texto constitucional (é dizer, da norma diretamente expressa por ele) está ordenado, proibido ou permitido” (Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 2007, pp. 50-51).

O teste para estabelecer a relevância constitucional de uma violação ao Regimento Interno deve ser composto por uma pergunta operacionalizável na prática: *é possível cumprir a norma X, diretamente estatuída na Constituição, sem observar ao mesmo tempo norma a norma Y, prevista no Regimento Interno?*

Sempre que a resposta for negativa, poder-se-á sustentar que Y é uma norma de direito fundamental adscrita cuja violação implica uma violação a X, e portanto a inconstitucionalidade dos atos que a violem a Y. No caso da ADI 4.425, em especial, a violação ao art. 362 do Regimento Interno do Senado Federal, que fixa o intervalo necessário entre os dois turnos de votação das Emendas à Constituição, é uma clara e evidente violação ao art. 60, § 2º, da Constituição Federal.

É a Constituição quem exige a observância do rito previsto no Regimento, e estabelece a sua observância como condição de validade para qualquer ato legislativo.

4. O ativismo judicial em relação ao conteúdo das decisões políticas do legislador

Não se pretende, nessa seção, oferecer uma crítica sistemática e abrangente ao ativismo judicial, que pode se manifestar de diversas formas no âmbito da jurisdição constitucional. Nosso propósito é bem mais modesto, pois se limita a fornecer um alerta sobre certos riscos de perda de legitimidade política e moral, aos quais o Supremo Tribunal Federal tem se exposto em algumas decisões recentes no controle de constitucionalidade.

Uma teoria do ativismo judicial deve caminhar lado a lado, em nossa opinião, com uma teoria da autoridade das cortes constitucionais. Talvez essa seja uma solução possível para a difícil tarefa de se delimitar o próprio conceito de ativismo judicial, que tem despertado intensos debates entre os teóricos constitucionais no cenário contemporâneo.

É ativista toda decisão de uma corte constitucional que não pode ser considerada autoritativa, no sentido político-moral de ser moralmente legítima para decidir a questão que é colocada sob o exame da corte constitucional.

O conceito de legitimidade moral não se confunde, aqui, com o conceito de correção substancial de uma decisão. É moralmente legítima uma entidade ou instituição que consegue justificar a sua autoridade para decidir uma determinada questão política, ou o seu direito de realizar um juízo normativo sobre qual ação deve ser adotada, independentemente do erro ou do acerto da decisão no caso concreto.

A justificação da autoridade para decidir independe, portanto, da correção substancial de cada uma de suas decisões em cada caso concreto.

É carente de autoridade justificada – e portanto “ativista” no sentido especificado nos parágrafos anteriores – a decisão de uma corte constitucional que realiza um juízo político para o qual essa corte não está moralmente legitimada. O que define uma decisão como ativista não é, portanto, um critério de correção substancial sobre o conteúdo de uma decisão, mas a ausência de legitimidade política para decidir.

Nesse contexto, adquire enorme relevância a noção de *desacordos razoáveis* em matéria de política e moralidade pública, pois não se pode admitir que uma “decisão razoável” do legislador seja substituída por uma “decisão razoável” da corte constitucional. O princípio de contenção do ativismo judicial deve ser, pois, o mesmo princípio que tem justificado os sistemas jurídicos que buscam institucionalizar o diálogo entre cortes constitucionais e legisladores, que pode ser enunciado da seguinte maneira: “a democracia exige que um juízo razoável do legislador tenha precedência (trump) sobre um juízo razoável do judiciário”²⁹.

É esse o núcleo da crítica ao ativismo judicial, que pretendemos desenvolver em uma próxima oportunidade.

Para os propósitos desse ensaio, porém, as considerações resumidas nos parágrafos anteriores parecem suficientes para estabelecer um modelo de análise.

²⁹ Gardbaum, Stephen. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 65.

Nesse terreno, ainda que se discorde de algumas das críticas que Jeremy Waldron faz à jurisdição constitucional, deve-se prestar bastante atenção a ao menos um aspecto de sua argumentação, que se refere à necessidade de a corte constitucional respeitar *as conclusões de processos públicos de deliberação sobre questões de “mútuo interesse” dos participantes das deliberações*. É precisamente esse o ponto do seguinte excerto, que explicita um aspecto importante do compartilhamento de autoridade entre juízes e legisladores:

A autoridade pública exercida entre grandes grupos de pessoas enfrenta tipicamente o que eu denominei de questões de ‘mútuo interesse’ (common concern). Essas questões muitas vezes são urgentes, e é importante que os cidadãos estejam em posição de identificar rápida e prontamente certas respostas como salientes, mesmo quando haja desacordo sobre quais devem ser essas respostas. Uma determinação oficial de acordo com um procedimento estabelecido pode prover uma base para essa identificação (...). Se a coordenação social for considerada importante, então podemos dizer que cada cidadão deve estar preparado para engolir a seco e renunciar ao seu próprio senso sobre qual deveria ser a melhor opção, com o fim de se juntar ao grupo em alguma opção escolhida para a coordenação (social), ainda que essa não seja (considerada por ele) a melhor. Essa é a concepção usual sobre a autoridade e a obrigação política. Nesse sentido, existe também um dever semelhante que vale para os oficiais. Uma vez que uma diretiva oficial tenha sido estabelecida com uma chance razoável de assegurar a coordenação entre os cidadãos, outros oficiais devem estar preparados para engolir a seco (swallow hard) e se abster de impor diretivas contrárias, mesmo quando eles estejam convencidos (talvez corretamente) de que seria melhor para os cidadãos coordenar suas ações com base na sua diretiva do que com base naquela diretiva que já foi estabelecida (pelos procedimentos devidos). Esse é também um aspecto importante da autoridade.³⁰

O longo excerto acima se faz necessário porque Waldron, ao tratar das relações entre diferentes autoridades em um sistema jurídico, faz referência a um importante aspecto da autoridade nos sistemas democráticos: o *valor dos procedimentos devidamente estabelecidos*, e a necessidade de respeitá-los

³⁰ Waldron, Jeremy, "Authority for Officials", in: Meyer, Lukas *et alli* (orgs.), *Rights, Culture and the Law: Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*. Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. 68-69 (tradução livre).

mesmo quando não concordamos com as diretivas concretas que deles emanam.

Um juiz constitucional respeita o *processo de decisão estabelecido pela Constituição* não apenas quando ele fiscaliza a regularidade desse procedimento, mas também quando ele próprio for capaz de “engolir a seco” certas decisões que contrariam suas convicções pessoais e o seu próprio senso de adequação e justiça.

Enquanto estivermos diante de decisões igualmente “razoáveis” no âmbito da política e da justiça social, não cabe à corte constitucional realizar qualquer juízo político ou moral, pois ao fazê-lo estará perigosamente adentrando no terreno espinhoso do ativismo judicial.

É precisamente isso que o Supremo Tribunal fez recentemente em algumas decisões monocráticas que deferiram liminares em casos de elevadíssima saliência política e repercussão social. Ao menos três exemplos recentes podem ser citados como paradigmáticos: as liminares proferidas na ADI 4917 e na 5017 (ambas pendentes de julgamento), bem como no MS 32.033 (felizmente revogada pelo Plenário do STF).

No caso da ADI 4917³¹, o que torna esse caso difícil não é apenas a pretensão contramajoritária de se desconstruir um compromisso político alcançado a duras penas no Congresso Nacional, mas também, em igual medida, a magnitude da relevância moral e política da decisão, tendo em vista que estamos diante de uma das mais sérias questões de justiça distributiva já enfrentadas em nossa história recente: trata-se de decidir como vai ser dividida, entre as regiões, a maior riqueza (em termos econômicos) de nossa nação. Chama a atenção, nesse contexto, a gravidade da interferência nas competências do legislador e a fragilidade dos argumentos jurídicos utilizados para transferir bilhões de dólares do orçamento de uns Estados e Municípios para outros. Toda a argumentação jurídica foi baseada na inverossímil premissa do caráter “indenizatório” das participações nos royalties do petróleo e em um argumento que faz lembrar o originalismo norteamericano, sobre um suposto “acordo político” entre os representantes dos diferentes Estados

³¹ STF, ADI 4917, Rel. Min. Cármen Lúcia. Decisão monocrática, j. 18.03.2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi4917liminar.pdf>.

durante a constituinte de 1988. A decisão é tão intrusiva no âmbito político que causa perplexidade a quem dedique um pouco mais de reflexão e aprofundamento no tema da distribuição dos royalties do petróleo. Trata-se de um exemplo claro de ativismo judicial, em que a corte carece de autoridade para realizar o juízo político necessário para a distribuição da riqueza comum da nação.³²

Na ADI 5017, por outro lado, impressiona também a falta de reflexão sobre os fundamentos políticos, jurídicos e morais da autoridade das cortes constitucionais. A decisão monocrática do Ministro Joaquim Barbosa pode ser considerada também um exemplo paradigmático de ativismo judicial, como se observa com uma breve análise de sua sucinta fundamentação. Chama a atenção o fato de que o principal argumento aduzido pelo magistrado, em sua liminar deferida em um “plantão” durante o recesso forense, não passa de um aglomerado de argumentos políticos que poderiam ser empregados em um parlamento, mas que parecem no mínimo estranhos em um órgão jurisdicional. O argumento é construído quase que integralmente sob a ótica da denominada “análise econômica do direito” e do “pragmatismo cotidiano” de Richard Posner, embora sem referência direta a esse autor.³³ É o que se pode observar, no seguinte excerto, que captura o núcleo da fundamentação:

Como apontado pela requerente, a União também terá que despende recursos. Ao contrário do que estabelece a crença popular, a realização de gastos imprevistos ou determinados por fatores externos não é produtiva em termos econômicos, tampouco no plano social.

Ilustrada pela história da vidraça quebrada, a ideia de ‘custo de opção’ revela que a decisão por uma despesa específica implica necessariamente uma perda: a perda da utilidade proporcionada pela aplicação dos recursos em outras finalidades.

Quando uma pessoa se vê obrigada a reparar a janela quebrada, a vantagem é do vidraceiro. Mas recursos são escassos, e não se

³² Um dos autores deste ensaio teve oportunidade de refletir com mais profundidade sobre esse caso no seguinte ensaio escrito em coautoria com a Profa. Misabel de Abreu Machado Derzi. Derzi, Misabel Abreu Machado; Bustamante, Thomas da Rosa de. “Royalties do petróleo e equilíbrio federativo: reflexões sobre a lei 12.734/2012 e a ADI 1917”. In *Federalismo, Justiça Distributiva e Royalties do Petróleo: Três escritos sobre Direito Constitucional e o Estado Federal Brasileiro*. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

³³ Sobre a análise econômica do direito, ver: Posner, Richard. *Economic Analysis of Law*. 5. ed. New York: Aspen Publishing, 1998. Sobre o pragmatismo cotidiano, ver: Posner, Richard. *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2003.

*pode gastar o mesmo dinheiro duas vezes. A vantagem do vidraceiro é a desvantagem do sapateiro, do industrial, da entidade financeira, da poupança nacional, dos necessitados por doações, porquanto o dono da vidraça não poderá dar outra destinação ao valor despendido com o reparo.*³⁴

Como se percebe, o ministro, sozinho, em um mero plantão judicial, realiza um *juízo político e econômico próprio* sobre a conveniência e a oportunidade da criação de novos Tribunais Regionais Federais, pretendendo com isso *substituir o juízo político e econômico do Congresso Nacional*, externado por meio de uma Emenda Constitucional validamente promulgada segundo os rigores formais do art. 60 da Constituição. Do ponto de vista da legitimidade política, a decisão *não é autoritativa* (dotada de autoridade legítima), mas *autoritária*, pois fundada em um juízo político para o qual o Supremo Tribunal Federal não possui nem competência jurídico-formal nem autoridade político-moral à luz da Constituição de 1988.³⁵

Finalmente, mencione-se o histórico MS 32.033, no qual o Relator originário, Min. Gilmar Mendes, determinou a suspensão da deliberação parlamentar e do trâmite de um projeto de lei (PL nº 4.470/2012), que estabelecia “*que a migração partidária que ocorrer durante a legislatura não importará na transferência dos recursos do fundo partidário e do horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão*”. Decidindo monocraticamente, o Ministro Relator deferiu uma inédita medida liminar para “suspender a tramitação de projeto de lei violador de cláusulas pétreas”, ao fundamento de que o projeto de lei em questão meramente reiterava o exame de matéria já pacificada pelo STF na ADI 4.430.

Nesse caso, felizmente, o Supremo Tribunal Federal foi muito mais rápido do que de costume no julgamento do MS, e conseguiu remediar o

³⁴ STF, ADI 5017, Rel. Min. Luiz Fux, Decisão monocrática prolatada pelo Min. Joaquim Barbosa em plantão judicial. J. 17.07.2013.

³⁵ Além desse argumento fundado em um juízo político sobre a economicidade e a eficiência das políticas públicas adotadas pelo legislador constituinte, o único argumento que se pode encontrar na decisão é uma frágil alegação de que a Emenda Constitucional 73/2013 padece de vício de iniciativa, no sentido de que caberia aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça o poder de iniciativa das leis quanto à “criação ou extinção de tribunais” (art. 96, II, c da Constituição). Confunde-se, aqui, a iniciativa das leis ordinárias com a iniciativa das Emendas à Constituição, como se esses tribunais tivessem competência para propor uma emenda à Constituição, ou como se o art. 96, II da Constituição contivesse uma exceção ao art. 60, *caput* e incisos I a III, da Constituição Federal.

perigoso ativismo judicial (no sentido peculiar em que estamos empregando o termo neste ensaio) da decisão monocrática prolatada pelo Relator, por meio de uma lúcida decisão que reitera o princípio de que não cabe qualquer análise de mérito dos projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional.³⁶⁻³⁷

Em todos esses três casos, um único juiz, monocraticamente, interfere em um campo onde não se reconhece autoridade legítima para o Poder Judiciário adentrar em uma Democracia: o campo dos *juízos políticos* sobre questões objeto de “desacordo razoável” entre os cidadãos e os seus representantes. Revelam uma perigosa tendência, no Supremo Tribunal Federal, de avançar a análise sobre a constitucionalidade da lei mesmo no

³⁶ MS 32.033, Rel. p/ o acórdão Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, j. 26.03.2012. DJ 18.02.2014, em cuja ementa se lê: “CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DE PROJETO DE LEI. INVIABILIDADE. 1. Não se admite, no sistema brasileiro, o controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei (controle preventivo de normas em curso de formação). O que a jurisprudência do STF tem admitido, como exceção, é “a legitimidade do parlamentar - e somente do parlamentar - para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo” (MS 24.667, Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 23.04.04). Nessas excepcionais situações, em que o vício de inconstitucionalidade está diretamente relacionado a aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa, a impetração de segurança é admissível, segundo a jurisprudência do STF, porque visa a corrigir vício já efetivamente concretizado no próprio curso do processo de formação da norma, antes mesmo e independentemente de sua final aprovação ou não. 2. Sendo inadmissível o controle preventivo da constitucionalidade material das normas em curso de formação, não cabe atribuir a parlamentar, a quem a Constituição nega habilitação para provocar o controle abstrato repressivo, a prerrogativa, sob todos os aspectos mais abrangente e mais eficiente, de provocar esse mesmo controle antecipadamente, por via de mandado de segurança. 3. A prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no Parlamento, além de universalizar um sistema de controle preventivo não admitido pela Constituição, subtrairia dos outros Poderes da República, sem justificação plausível, a prerrogativa constitucional que detém de debater e aperfeiçoar os projetos, inclusive para sanar seus eventuais vícios de inconstitucionalidade. Quanto mais evidente e grotesca possa ser a inconstitucionalidade material de projetos de leis, menos ainda se deverá duvidar do exercício responsável do papel do Legislativo, de negar-lhe aprovação, e do Executivo, de apor-lhe veto, se for o caso. Partir da suposição contrária significaria menosprezar a seriedade e o senso de responsabilidade desses dois Poderes do Estado. E se, eventualmente, um projeto assim se transformar em lei, sempre haverá a possibilidade de provocar o controle repressivo pelo Judiciário, para negar-lhe validade, retirando-a do ordenamento jurídico. 4. Mandado de segurança indeferido”.

³⁷ Causa perplexidade, ainda, o fato de o mesmo Ministro Relator no MS 32.033 (Min. Gilmar Mendes), que considerou o projeto tão inconstitucional a ponto de justificar uma interrupção da tramitação do processo legislativo, ter votado, pouco mais de um ano depois, no sentido de que a lei em questão era perfeitamente compatível com a Constituição. Ver: ADI 5.105, Rel. Min. Luiz Fux, publicação pendente. A mesma matéria que num primeiro momento foi considerada tão obviamente inconstitucional a ponto de autorizar a proibição de deliberação no Congresso Nacional foi, num segundo momento, considerada válida pelo mesmo Ministro do STF.

pantanosos terrenos dos desacordos razoáveis, onde múltiplas interpretações possíveis são igualmente válidas para o texto constitucional.

Essa tendência é extremamente perigosa, pois o ativismo judicial (em relação ao conteúdo) tende a provocar, também, uma reação ativista, na mesma proporção, do legislativo. Se a reação acontecer em um cenário em que vigora um passivismo judicial (em relação ao processo legislativo), as consequências podem ser particularmente graves, como apontaremos na conclusão deste trabalho.

Conclusão: a combinação de ativismo quanto ao conteúdo e passivismo quanto ao procedimento na Era Cunha: a interpretação do STF sobre as “emendas aglutinativas”

Nas seções anteriores, pretendemos fundamentar duas conclusões. De um lado, o ativismo retira das instâncias legislativas a responsabilidade política pela decisão, o que por si já é suficientemente perigoso. De outro lado, um problema tão grande ou maior é a negligência e a tolerância com violações ao próprio processo legislativo. Esses dois fenômenos trazem consequências graves para a democracia, que podem ser ilustradas, por exemplo, na tramitação das PECs 182/2007 (Reforma Política) e 171/1993 (Redução da Menoridade Penal).

O processo de votação da PEC 182/2007 (Reforma Política) e da PEC 171/1993 (Redução da menoridade) foi mais ou menos assim: pautado por paixões, descumpridor das regras do processo legislativo (em particular, art. 60, § 5º, da Constituição) e viabilizador de emendas aglutinativas surpreendentes, sacadas do nada e colocadas em Plenário minutos após a sua proposição.

A PEC 182/2007 tramitou desde 23 de outubro de 2007 até 06 de novembro de 2013 sem fazer nenhuma referência ao financiamento de campanha eleitoral. Originalmente, a PEC 182/2007 foi apresentada como uma proposição para alterar “os arts. 17, 46 e 55 da Constituição Federal, para

assegurar aos partidos políticos a titularidade dos mandatos parlamentares e estabelecer a perda dos mandatos dos membros do Poder Legislativo e do Poder Executivo que se desfiliarem dos partidos pelos quais eles foram eleitos”. Somente com a PEC 352/2013, é que o tema do financiamento de campanha entrou no contexto do debate sobre a denominada “Reforma Política”. Esta última PEC propunha regras mais restritas do que as atuais sobre o financiamento privado de campanhas políticas, permitindo as doações por parte de pessoas jurídicas para os partidos, mas não para os candidatos, e condicionando o recebimento de qualquer doação à aprovação de uma lei para fixar os limites de tais doações.

A PEC 352/2013 passou pela Comissão de Constituição de Justiça no ano de 2014, tendo sido aprovado, por maioria, o Parecer do Deputado Espiridião Amin proferido em 11 de dezembro de 2014, que admitiu a proposição com algumas mudanças pontuais.

O tema do financiamento de campanha voltou à tona já no ano de 2015, após a criação de uma Comissão Especial para analisar conjuntamente a PEC 182/2007 e várias outras PECs que lhe foram apensadas, por tratarem de matérias atinentes ao tema genérico da Reforma Política.

Essa Comissão Especial esteve encarregada de consolidar todas as propostas em curso na Câmara dos Deputados sobre a Reforma Política, e produziu um substitutivo apresentado pelo Deputado Marcelo Castro em 12 de maio de 2015, que analisou quase uma centena de PECs e dezenas de emendas.³⁸

³⁸ Parecer do Relator, Dep. Marcelo Castro (PMDB-PI), pela aprovação, na íntegra, da Proposta de Emenda à Constituição nº 14, de 2015, do Senado Federal, e, em parte, das Propostas de Emenda à Constituição de nºs 42/95; 51/95; 60/95; 85/95; 90/95; 108/95; 137/95; 142/95; 211/95; 251/95; 337/96; 541/97; 542/97; 10/99; 23/99; 24/99; 26/99; 27/99; 119/99; 143/99; 158/99; 242/00; 267/00; 279/00; 294/00; 362/01; 444/01; 19/03; 67/03; 133/03; 149/03; 151/03; 246/04; 249/04; 273/04; 312/04; 390/05; 402/05; 520/06; 539/06; 586/06; 4/07; 11/07; 15/07; 51/07; 65/07; 72/07; 77/07; 103/07; 105/07; 123/07; 124/07; 131/07; 147/07; 160/07; 164/07; 182/07; 199/07; 220/08; 297/08; 311/08; 314/08; 27/11; 60/11; 224/12; 344/13; 345/13; 352/13 e 3/15 e pela admissibilidade e aprovação, no todo ou em parte, das emendas de nºs 2, 4, 5, 13, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 25, 27, 28, 30, 31, 34 e 43, com substitutivo; pela rejeição das PECs de nºs 190/94; 191/94; 10/95; 28/95; 43/95; 168/95; 179/95; 181/95; 289/95; 291/95; 492/97; 624/98; 628/98; 16/99; 64/99; 70/99; 75/99; 79/99; 99/99; 170/99; 195/00; 196/00; 202/00; 212/00; 262/00; 279/00; 408/01; 476/01; 485/02; 6/03; 46/03; 115/03; 127/03; 225/03; 262/04; 306/04; 361/05; 378/05; 409/05; 430/05; 434/05; 519/06; 523/06; 578/06; 580/06; 583/06; 585/06; 587/06; 20/07; 25/07; 142/07; 148/07; 155/07; 221/08; 223/08; 228/08; 241/08; 257/08; 280/08; 308/08; 322/09; 365/09; 404/09; 128/11; 151/12; 153/12;

Como está relatado no Parecer, houve um grande número de propostas diferentes submetidas à apreciação da Comissão sobre o tema do financiamento de campanhas.

Após ponderar sobre todas essas propostas, em 12 de maio de 2015 foi aprovado pela Comissão Especial um substitutivo, de autoria do Relator Marcelo Castro, que inseria um parágrafo no art. 17 da Constituição Federal para permitir apenas aos partidos políticos receber recursos de pessoas jurídicas, sendo vedadas as doações a candidatos.

No dia designado para a votação do substitutivo, no entanto, foram apresentadas 9 (nove) emendas aglutinativas ao Plenário, entre as quais a Emenda Aglutinativa nº 22, que modificava a redação do artigo 17, § 5º, da Constituição, para permitir aos partidos políticos e aos candidatos receber doações de pessoas físicas e jurídicas.

A Emenda Aglutinativa nº 22 foi rejeitada pelo Plenário no mesmo dia 26 de maio de 2015, com 264 votos a favor, 207 contra e 4 abstenções.

Menos de 24 horas depois, foi retomada a discussão do tema e foram propostas mais 13 emendas aglutinativas, sendo que algumas delas versavam também sobre o financiamento de campanha e foram submetidas à votação em Plenário. Foram votadas no dia 27 de maio de 2015: a) a Emenda Aglutinativa nº 10 (que permitia apenas as doações de pessoas físicas aos partidos, vedando tanto doações de pessoas jurídicas como doações a diretas a candidatos); b) a Emenda Aglutinativa nº 32 (que abolia o financiamento privado nas eleições, tornando o financiamento puramente público); c) e a Emenda Aglutinativa nº 28 (que permite aos partidos políticos receber doações de pessoas físicas e jurídicas, e aos candidatos receber recursos apenas das pessoas físicas). Foram rejeitadas as Aglutinativas nºs 10 e 32, e aprovada a de número 28, apresentada pelo Deputado Celso Russomano, que recebeu 330 votos favoráveis, 142 contrários e 1 abstenção.

159/12; 168/12; 169/12; 198/12; 199/12; 221/12; 222/12; 258/13; 322/13; 326/13; 328/13; 334/13; 356/13; 384/14; 430/14; 444/14; 7/15; pela admissibilidade, no todo ou em parte, e rejeição das emendas de nºs 1, 3, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 23, 24, 26, 29, 32, 33, 35, 36, 37, 40, 41 e 42; pela inadmissibilidade formal das emendas de nºs 14, 38 e 39, por insuficiência de assinaturas; e pela prejudicialidade das PECs de nºs 283/00, 6/07 e 41/07.

Essa aprovação provocou um debate sem precedentes sobre o tema em todos os meios de comunicação e na comunidade jurídica. O próprio sítio da Câmara dos Deputados na internet anuncia que a aprovação da emenda nº 28 “ocorreu em meio a protestos de deputados do PCdoB, do PT, do Psol e do PSB. Esses partidos avaliaram que houve uma manobra para reverter a derrota imposta na terça-feira pelo Plenário às doações de empresas às campanhas. Os deputados rejeitaram a emenda que autorizava as doações de pessoas físicas e jurídicas para candidatos e partidos”. Os partidos faziam, ainda, alusão a um acordo entre os líderes dos partidos, em meio ao qual o Presidente da Câmara, Deputado Eduardo Cunha, teria “dito na sessão da noite anterior, antes da derrota da primeira emenda sobre o financiamento privado, que o texto principal não iria a voto, conforme o acordo de procedimento firmado entre os líderes”.³⁹

Alegou-se, ainda, uma afronta ao art. 60, § 5º, da Constituição Federal, que fixa a regra segundo a qual “a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa”.

A aprovação da Aglutinativa de nº 28, portanto, teria violado o teor literal do art. 60, § 5º, da Constituição Federal. Nesse sentido, Cláudio Pereira de Souza Neto escreveu o seguinte comentário, sustentando a violação a este dispositivo constitucional:

O Presidente da Câmara, Deputado Eduardo Cunha, sustentou, para submeter a matéria a nova apreciação, que, no dia anterior – na 3ª feira, dia 26.05 –, o Plenário teria se manifestado exclusivamente sobre o financiamento de candidatos: estes não mais poderiam receber doações empresariais. Na votação de ontem – 4ª feira, dia 27.05 –, a Casa se manifestaria sobre o financiamento empresarial concedido através de partidos: recebidas as doações pelos partidos, eles poderiam financiar campanhas e candidaturas.

O argumento, com as devidas vênias, é totalmente improcedente, como fartamente ressaltado em sucessivas manifestações de parlamentares ocorridas durante a sessão. Na votação ocorrida na 3ª feira, dia 26.05, não se fez qualquer distinção entre doações

³⁹ Notícia publicada no site da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/489067-FINANCIAMENTO-DE-CAMPANHA-CAMARA-APROVA-DOACOES-DE-EMPRESAS-PARA-PARTIDOS.html>.

feitas diretamente a candidatos e doações realizadas através de partidos. O financiamento empresarial foi rejeitado em suas diversas modalidades. Na reunião de líderes do dia 20.05.2015, chegou-se a um 'acordo para a votação de temas' que previa, no tocante ao financiamento de campanhas, a deliberação sucessiva do Plenário sobre 3 alternativas, nos seguintes termos: '(...) 2. Financiamento da Campanha: 2.1. Público. 2.2. Privado – restrito a pessoa física. 2.3. Privado – extensivo a pessoa jurídica'. Nenhuma das três alternativas obteve a maioria suficiente para se converter em emenda à Constituição. Nada obstante, no dia seguinte, o Presidente da Câmara surpreendeu a todos pautando a referida 'emenda aglutinativa', que permitia o financiamento empresarial por intermédio de doações para partidos. A matéria submetida à apreciação do Plenário foi a mesma: financiamento eleitoral por empresas. (...) A emenda de Russomano procura artificialmente se apresentar como diferente: só permite que a doação seja feita por meio dos partidos, não diretamente a candidatos. Mas cuida, igualmente, do financiamento empresarial de eleições, o qual foi rejeitado no dia anterior'⁴⁰.

Esse argumento, como se percebe, está embasado tanto em uma premissa fática acerca da forma como se deu a votação e de como foi encaminhada a votação da matéria no Congresso Nacional, como também em uma premissa normativa que estabelece proibição de reapresentação da Emenda Aglutinativa nº 22, rejeitada em 26 de maio de 2015, tendo em vista a sua identidade com a Emenda Aglutinativa nº 28, rejeitada no dia subsequente.⁴¹

Interessa-nos discutir, no entanto, apenas essa premissa normativa. Se Souza Neto estiver correto, a emenda de Russomano é inválida porque, na prática, ela meramente repete a emenda votada na noite anterior, que dela não se distinguiria em termos substanciais, pois o ponto central em ambas as propostas seria o financiamento privado (por empresas). Estaria caracterizada, portanto, a violação ao comando normativo estabelecido no art. 60, § 5º, da Constituição Federal.

Um argumento semelhante poderia ser aduzido, também, para a discussão ocorrida na PEC 171/1993, que dispunha sobre a redução da

⁴⁰ Souza Neto, Cláudio Pereira de, "Os vícios da 'emenda aglutinativa' do financiamento empresarial", in. JOTA, 28 de maio de 2015, disponível em: <http://jota.info/os-vicios-da-emenda-aglutinativa-do-financiamento-empresarial>.

⁴¹ Um Mandado de Segurança, com esses e outros argumentos semelhantes, foi interposto no STF, cuja liminar foi indeferida pela Ministra Rosa Weber. Ver íntegra da decisão em: <http://jota.info/decisao-ministra-rosa-weber-ms-33-630-reforma-politica>.

menoridade penal para 16 anos em determinados crimes. No dia 17 de junho de 2015, uma Comissão Especial apresentou um substitutivo, com a proposição de alterar a redação do art. 228 da Constituição Federal para excepcionar a inimputabilidade dos menores de 18 anos para os maiores de 16 anos nos casos de i) crimes previstos no art. 5º, XLIII; ii) homicídio doloso, iii) lesão corporal grave, iv) lesão corporal seguida de morte, v) roubo com causa de aumento de pena.⁴² Esse substitutivo foi votado em Plenário no dia 30 de junho de 2015, sem alcançar o quorum necessário para aprovação da Emenda à Constituição (foram contabilizados 303 votos favoráveis, 184 contrários e 3 abstenções).

Novamente, no dia seguinte, foi apresentada uma emenda aglutinativa (a de nº 16), para ressaltar a inimputabilidade dos menores de 18 anos aos maiores de 16 em casos de “crimes hediondos, homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte”.⁴³

Novamente, foi arguida a violação ao art. 60, § 5º, da Constituição Federal, com a impetração de um Mandado de Segurança no Supremo Tribunal Federal, cuja liminar foi indeferida pelo Ministro Celso de Mello em plantão judicial, ao fundamento de que inexistia *periculum in mora* porque o próprio Presidente da Câmara dos Deputados realizou uma série de compromissos públicos de só colocar a PEC em votação, para o segundo turno, após o recesso parlamentar realizado no mês de julho.⁴⁴

Observa-se, em ambos os casos, que as emendas aglutinativas não são idênticas, mas extremamente parecidas, e consagram o mesmo princípio político. Há alguma irregularidade nessas emendas?

As decisões monocráticas que negaram liminares nos Mandados de Segurança impetrados contra as duas PECs nada mais fazem do que reiterar

⁴² Substitutivo à PEC 171-A/1993, apresentado pela Comissão Especial em 17 de junho de 2015. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1350322&filename=SBT-A+1+PEC17193+%3D%3E+PEC+171/1993.

⁴³ Emenda aglutinativa nº 16, Deputado Rogério Rosso, disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1356032&filename=EMA+16/2015+%3D%3E+PEC+171/1993.

⁴⁴ STF, MS 33.697-DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão liminar em plantão judicial do Min. Celso de Mello, disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS_33697MC.pdf.

uma orientação já fixada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança nº 22.503, julgado pelo tribunal em 08 de maio de 1996.⁴⁵ O Mandado de Segurança em questão versava sobre a mesma indagação jurídica, uma vez que se tratava de discussão de uma Proposta de Emenda à Constituição em que um substitutivo havia sido rejeitado pelo Plenário, mas logo em seguida uma emenda aglutinativa (com conteúdo bastante semelhante, e a mesma inspiração ideológica) fora apresentada para permitir uma nova votação, em que se conseguiu o quorum necessário para aprovação. Do ponto de vista factual, não há diferença relevante entre este caso e as duas votações recentes que aprovaram o financiamento privado de campanhas eleitorais e a redução da maioria penal.

Lamentavelmente, no entanto, a maioria dos Ministros do STF, na ocasião, revisitou a antiga tese da questão “interna corporis” e se recusou a proceder a uma análise do funcionamento do processo legislativo, à luz do Regimento da Câmara dos Deputados. No que concerne à alegada violação ao art. 60, § 5º, da Constituição, todos os Ministros do STF, à exceção do Relator, Ministro Marco Aurélio, que foi vencido, seguiram o voto do Ministro Maurício Corrêa, de apenas duas páginas, que se limita aduzir que a rejeição do substitutivo (que é acessório) não implica a rejeição do projeto original, cuja tramitação deve prosseguir normalmente. Em suas palavras, “afastada a rejeição do substitutivo, nada impede que se prossiga na votação do projeto originário”.⁴⁶

Essas considerações do Ministro Maurício Corrêa estão obviamente corretas. Mas elas são insuficientes para decidir a questão que se colocava *sub judice*, na medida em que não se discutia a possibilidade de prosseguimento da tramitação do projeto original, caso o substitutivo seja rejeitado. O que se discutia no processo – como também agora, no caso das PECs 182/2007 e 171/1993 – é se é possível apresentar uma emenda aglutinativa depois que o substitutivo já tenha sido rejeitado. Nesse ponto, o tribunal foi negligente ao

⁴⁵ STF, MS 22.503, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Maurício Corrêa, DJ de 06.06.1997.

⁴⁶ STF, MS 22.503, voto do Min. Maurício Corrêa (no mérito), f. 529.

não reconhecer a violação ao art. 60, § 5º, da Constituição. E não o foi por falta de aviso, pois o voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, foi diretamente ao ponto e percebeu claramente que o problema estava na admissão de emendas aglutinativas depois que a votação do primeiro substitutivo já estava concluída. Em termos técnico-jurídicos, o seu voto estava impecável, como podemos observar na seguinte passagem:

Voltando ao Regimento Interno da Câmara dos Deputados, é dado constatar disciplina toda própria da forma de votação – o artigo 191 – que reclama o cotejo com a Constituição Federal. O substitutivo de Comissão tem preferência na votação sobre o projeto – inciso II; votar-se-á, em primeiro lugar, o substitutivo de Comissão e, havendo mais de um, a preferência será regulada pela ordem inversa de sua apresentação – inciso III; aprovado o substitutivo, ficam prejudicados o projeto e as emendas a este oferecidas, ressalvadas as emendas ao substitutivo e todos os destaques – inciso IV; na hipótese de rejeição do substitutivo, ou na votação de projeto sem substitutivo, a proposição inicial será votada por último, depois das emendas que lhe tenham sido apresentadas – inciso V; a rejeição do projeto prejudica das emendas a ele oferecidas – inciso VI. Depreende-se desses dispositivos que a Câmara dos Deputados a eles deu aplicação. Rejeitando o substitutivo, passou-se, muito embora com interregno, e não em sequência com cobrado no artigo 181 do Regimento Interno, ao exame do que a Norma Interna rotula como ‘emenda aglutinativa’ – resultado de outras emendas ou desta com o texto, por transação tendentes à aproximação dos respectivos objetos. Ocorre que a apreciação da emenda aglutinativa pressupõe a ausência de votação da proposta inicial que tenha provocado a apresentação das emendas aglutinadas. Tanto é assim que o Regimento Interno preceitua que ‘as emendas aglutinativas podem ser apresentadas em Plenário, para apreciação em turno único, quando da votação da parte da proposição ou do dispositivo a que elas se referam, pelos Autores das emendas objeto da fusão, por um décimo dos membros da Casa ou por Líderes que representem este número’ (artigo 122, caput). Quando apresentadas pelos autores, a emenda aglutinativa implica a retirada das emendas das quais resulta. Essa é a única interpretação harmônica com as normas constitucionais que, relativamente aos projetos de lei e, no caso específico, a proposta de emenda constitucional, vedam a apreciação na mesma sessão legislativa – artigos 60, § 5º, e 67, notando-se, em relação a este último, a abertura de vir-se a apreciar a mesma matéria no curso da sessão legislativa, caso ocorra a formalização de proposta por maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional. Ora, no caso, procedeu-se à apreciação de emenda aglutinativa quando já apreciada e rejeitada a proposição inicial. Mais do que isso,

*implementou-se a prática em data diversa daquela em que teve início a votação.*⁴⁷

A interpretação do Ministro Marco Aurélio nos parece absolutamente correta. Ela é a única capaz de evitar duas consequências extremamente graves para a ordem jurídica constitucional.

De um lado, não se pode, de fato, propor uma interpretação que vede por completo a proposição de emendas aglutinativas, ou que autorize o Supremo Tribunal Federal a realizar um juízo de mérito sobre a identidade (ou não) entre os projetos de lei apresentados (sejam originais ou os seus substitutivos) e as emendas aglutinativas submetidas ao Plenário por ocasião de sua votação. A interpretação do Ministro Marco Aurélio evita essa interferência no processo legislativo. Ela permite que se proponha qualquer emenda aglutinativa em qualquer projeto de lei, de modo a permitir tanto a deliberação, com a mais ampla discussão sobre as diferentes possibilidades legislativas, como a negociação e os compromissos políticos, através de emendas aglutinativas que sejam capazes de reconciliar interesses e interpretações divergentes, conquistando com isso a adesão de amplas maiorias parlamentares. Ao admitir as emendas aglutinativas, ela evita, portanto, o engessamento do processo legislativo.

De outro lado, esta interpretação estabelece uma condição que é estritamente necessária para a observância do art. 60, § 5º, da Constituição: a exigência de que todas as emendas, aglutinativas ou não, sejam propostas antes do início da votação, de modo que o Plenário esteja ciente de cada uma das alternativas que estão na mesa, e cada parlamentar possa refletir sobre elas sem o risco de surpresas após o resultado da votação e sem a possibilidade, ainda mais grave, de sofrer pressão política para mudar o seu voto, depois da divulgação do resultado das votações nominais.

Sem essa interpretação, a Presidência da Casa pode viabilizar a votação de emendas aglutinativas sucessivas, até que uma delas seja atinja o quorum necessário de aprovação e a sua proposta seja vencedora.

⁴⁷ STF, MS 22.503, voto do Min. Marco Aurélio (no mérito), f. 519 a 521.

Se aliarmos a isso um processo de votação nominal, como ocorre em quase todas as matérias polêmicas, abre-se a via para um mecanismo autoritário e eficaz de controle sobre o resultado das votações, na medida em que é possível saber exatamente quais parlamentares votaram contra e a favor do projeto original.

Cria-se, portanto, um contexto político e institucional que alimenta e favorece o autoritarismo no interior das Casas legislativas. É esse, infelizmente, o contexto em que vivemos no cenário contemporâneo. Como observou Conrado Hubner Mendes, em um artigo de opinião, o atual Presidente da Câmara dos Deputados tem se aproveitado muito bem dessa brecha estabelecida pela interpretação do art. 60, § 5º, da Constituição fixada no MS 22.503:

Eduardo Cunha assumiu a presidência da Câmara com a promessa de recuperar a dignidade de um Parlamento que, na sua visão, vinha sendo subjugado pelo Executivo. Dias depois de eleito cunhou o mote de sua gestão: como a maioria do povo brasileiro seria, segundo ele entende, conservadora, 'é só deixar que a maioria seja exercida, e não a minoria'. Sugeriu um modelo bruto de plebiscitarismo, uma esperta perversão da democracia (tanto na forma quanto na substância).

Sua sugestão não ficou apenas no mundo das ideias. Com o objetivo, nas suas palavras, de tirar 'esqueletos das gavetas', disparou uma desconcertante 'Blitzkrieg' legislativa. Desengavetou os projetos de sua predileção e se pôs a votar a toque de caixa temas delicados da política brasileira. O volume e a velocidade geravam efeito diversionista, pois nenhuma democracia tem fôlego para debater e refletir adequadamente sobre tantos temas de uma vez.

O presidente da Câmara é conhecido como expert no regimento, tanto nas suas regras quanto na sua jurisprudência. Destila autoridade e confiança quando justifica seus atos por meio de interpretações pouco convencionais da norma regimental. No entanto, não é esse o único segredo de seu peculiar sucesso até aqui. Percebe-se que sua ascendência sobre boa parte da Casa legislativa se deve à agenda legislativa; convoca por celular, da sua cadeira no plenário, deputados a votar quando nota risco de derrota; convence, numa madrugada, deputados a inverterem voto que proferiram na noite anterior. Usa de todo o seu leque de poderes discricionários para obter vitórias a fórceps, distribuindo contrapartidas que ainda conhecemos mal.⁴⁸

⁴⁸ Mendes, Conrado Hubner, "Abomináveis cunhadas". Artigo de Opinião no jornal *O Estado de São Paulo*, de 14 de julho de 2015. Disponível em: <http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,abominaveis--cunhadas,1724498>.

O diagnóstico de Hubner Mendes no fragmento acima é uma dura descrição da realidade política do parlamento sob a presidência do Deputado Eduardo Cunha, e revela com clareza os riscos a que a nossa democracia tem sido submetida pela perversão do processo legislativo decorrente das interpretações elásticas do Regimento Interno nessa e em outras matérias de grande impacto para a sociedade brasileira. Não obstante, talvez o autor personalize demais a responsabilidade pelo estado caótico da nossa deliberação parlamentar e pelo uso reiterado de emendas aglutinativas para contornar a regra jurídica estabelecida no art. art. 60, § 5º, da Constituição Federal.

O fenômeno Eduardo Cunha era, como na obra literária de Gabriel García Márquez, uma “crônica de uma morte anunciada”. Antes mesmo de ele surgir, qualquer observador suficientemente informado poderia prever o advento da expansão autoritária dos poderes do Presidente, da manipulação imoral das regras do processo legislativo e dos instrumentos de pressão exercidos sobre os parlamentares para mudarem de opinião no meio da madrugada. Eduardo Cunha não criou nenhuma das interpretações da Constituição e do Regimento que tem sido utilizadas para suas manobras. Todas elas sempre estiveram aí, à disposição de qualquer presidente da Casa que tivesse escrúpulos e inteligência suficiente para utilizá-los.

É tempo de o Supremo Tribunal Federal reconhecer o caráter profundamente equivocado de sua jurisprudência e corrigir os seus erros do passado que levam a um agravamento perigoso da crise política em que vivemos. A responsabilidade política e moral pelo caráter autoritário e demagógico da deliberação parlamentar no Brasil é, em uma parte significativa, do próprio Supremo Tribunal Federal.

Referências bibliográficas

Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 2007.

Barroso, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo, e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”. In. Quaresma, Regina; Oliveira, Maria Lúcia de Paula; Oliveira, Farlei Martins Riccio de (Orgs.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 51-91.

Bercovici, Gilberto; Lima, Martônio Mont’Alverne Barreto. “Separação de poderes e a constitucionalidade da PEC 33/2011”. *Pensar*, Fortaleza, vol. 18, n. 3, 2013, p. 785-801.

Brasil. STF, ADI 4.425, Rel. do Acórdão Min. Luiz Fux, j. 14.03.2013, Pleno, DJE de 19.12.2013.

Brasil. STF, ADI 4917, Rel. Min. Cármen Lúcia. Decisão monocrática, j. 18.03.2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi4917liminar.pdf>.

Brasil. STF, ADI 5017, Rel. Min. Luiz Fux, Decisão monocrática prolatada pelo Min. Joaquim Barbosa em plantão judicial. J. 17.07.2013.

Brasil. STF, MS 22.503, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Maurício Corrêa , DJ de 06.06.1997.

Brasil. STF, MS 25.588-AgR, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 2-4-2009, Plenário, DJE de 8-5-2009.

Brasil. STF, MS 26.062-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 10-3-2008, Plenário, DJE de 4-4-2008.

Brasil. STF, MS 33.697-DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão liminar em plantão judicial do Min. Celso de Mello, disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS_33697MC.pdf.

Brasil. STF. MS 20.415, Rel. Min. Aldir Passarinho, julgamento em 19-12-1984, Plenário. DJU de 19.04.1985.

Brasil. STF. MS 32.033, Rel. p/ o acórdão Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, j. 26.03.2012. DJ 18.02.2014.

Bustamante, Thomas. "On the Difficulty to Ground the Authority of Constitutional Courts". In. Bustamante, Thomas; Fernandes, Bernardo (orgs.). *Democratizing Constitutional Law: Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*. Heidelberg; New York; Dordrecht: Springer, 2016.

Bustamante, Thomas; Villani, André Almeida. "Diálogos institucionais: a PEC/33 e o discurso jurídico no Legislativo e no Judiciário". In Vita, Jonathan Barros; Leister, Margareth Anne (Orgs.). *Direitos fundamentais e democracia II [Recurso eletrônico on-line] - Anais do XXII Encontro Nacional do CONPEDI / UNINOVE (São Paulo)*. 1ed. Florianópolis: FUNJAB, 2014, p. 179-202.

Cattoni, Marcelo; Bahia, Alexandre; Nunes, Dierle, "Manobra Regimental: Câmara violou Constituição ao votar novamente financiamento de campanhas". In. Consultor Jurídico (CONJUR), 4 de junho de 2015, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jun-04/camara-violou-constituicao-votar-financiamento-campanhas>.

Christiano, Thomas. *The Constitution of Equality: Democratic Authority and its Limits*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

Derzi, Misabel Abreu Machado; Bustamante, Thomas da Rosa de. "*Royalties do petróleo e equilíbrio federativo: reflexões sobre a lei 12.734/2012 e a ADI*".

1917". In *Federalismo, Justiça Distributiva e Royalties do Petróleo: Três escritos sobre Direito Constitucional e o Estado Federal Brasileiro*. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

Dworkin, Ronald. *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Cambridge, MA: Belknap, 2002.

Gardbaum, Stephen. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

Häberle, Peter. *Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997.

Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madri: Trota, 4. ed., 2005.

Kolodny, Niko; Brunero, John. "Instrumental Rationality". In *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2015 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL: <http://plato.stanford.edu/archives/sum2015/entries/rationality-instrumental/>
Marmor, Andrei. "Authority, Equality and Democracy". *Ratio Juris*, vol. 18, 2005, pp. 315-345.

Mendes, Conrado Hubner, "Abomináveis cunhadas". Artigo de Opinião no jornal *O Estado de São Paulo*, de 14 de julho de 2015. Disponível em: <http://opinio.estado.com.br/noticias/geral,abominaveis--cunhadas,1724498>.

Moreira, José Carlos Barbosa. "O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição". *Revista Forense*, vol. 304, p. 151-155, 1988.

Nino, Carlos Santiago C. Santiago Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven: Yale University Press, 1996.

Posner, Richard. *Economic Analysis of Law*. 5. ed. New York: Aspen Publishing, 1998.

Posner, Richard. *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2003.

Rawls, John. *A Theory of Justice*. Cambridge, MA: Belknap, 1971.

Robert Alexy, "Balancing, Constitutional Review and Representation". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3., pp. 572-581.

Souza Neto, Cláudio Pereira de, "Os vícios da 'emenda aglutinativa' do financiamento empresarial", in. JOTA, 28 de maio de 2015, disponível em: <http://jota.info/os-vicios-da-emenda-aglutinativa-do-financiamento-empresarial>.

Waldron, Jeremy, "Authority for Officials", in. Meyer, Lukas *et alli* (orgs.), *Rights, Culture and the Law: Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*. Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. 45-69.

Waldron, Jeremy. "A Majority in the Lifeboat". *Boston University Law Review*, vol. 90, 2010, p. 1043-1057.

Waldron, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.