

UMA INTERPRETAÇÃO DEMOCRÁTICA DOS DOIS TURNOS DE VOTAÇÃO DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS

A DEMOCRATIC INTERPRETATION OF THE TWO-ROUND VOTING REQUIREMENT FOR CONSTITUTIONAL AMENDMENTS

Gustavo da Silva Santos Fontes¹ 

Universidade Federal de Sergipe, Departamento de Direito, São Cristóvão, SE, Brasil.

Mestrando em Direito na Universidade Federal de Sergipe (UFS).

Advogado.

Email: gustavo_sfuentes@hotmail.com

Ubirajara Coelho Neto 

Universidade Federal de Sergipe, Departamento de Direito, São Cristóvão, SE, Brasil.

Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

Professor da Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS).

Email: ucneto@academico.ufs.br

RESUMO: Este artigo, por meio de pesquisa qualitativa baseada em revisão bibliográfica, explora o papel dos dois turnos de votação no processo de mudança da Constituição, propondo uma interpretação que valoriza sua função democrática. Para isso, adota-se uma abordagem crítica ao examinar como a prática legislativa atual – que cumpre formalmente a exigência dos dois turnos – compromete a qualidade do processo deliberativo. Primeiramente, o texto aborda a ideia de defesa judicial da integridade democrática, com base no pensamento de John Hart Ely, que entende o controle de constitucionalidade como um meio para proteger o processo político. Em seguida, examina como o giro deliberativo da democracia redireciona o foco para a qualidade das discussões prévias às decisões legislativas e identifica os pré-compromissos constitucionais procedimentais como instrumentos que promovem um ambiente de deliberação mais racional. Com base nessa perspectiva, o artigo introduz o modelo semiprocedimental de controle de constitucionalidade, que permite ao Judiciário assegurar a consistência das deliberações sem comprometer a autonomia legislativa. Ao final, conclui-se que a doutrina dos atos interna corporis, no contexto das Emendas Constitucionais, deve ser rejeitada, a fim de promover uma intervenção judicial que assegure a qualidade deliberativa – neste caso, traduzida em amadurecimento das ideias e incentivo à responsividade da representação legislativa.

Palavras-chave: interstício temporal; atos interna corporis; controle de constitucionalidade; democracia deliberativa; pré-compromissos constitucionais.

ABSTRACT: This article, through qualitative research based on a literature review, explores the role of the two-round voting process in constitutional amendment procedures, proposing an interpretation that emphasizes its democratic function. To this end, it adopts a critical approach to examine how current legislative practices—which formally comply with the two-round requirement—compromise the quality of the deliberative process. The article begins by addressing the concept of judicial protection of democratic integrity, drawing on John Hart Ely's understanding of judicial review as a means to safeguard the political process. It then examines how the deliberative turn in democracy redirects focus toward the quality of pre-decision discussions and identifies procedural constitutional pre-commitments as instruments that promote a more rational deliberative environment. Based on this perspective, the article introduces a semi-procedural model of constitutional review that allows the judiciary to ensure deliberative consistency without compromising legislative autonomy. Finally, it concludes that the doctrine of interna corporis acts, in the context of Constitutional Amendments, should be rejected in order to promote judicial intervention that ensures deliberative quality—specifically translated into the maturation of ideas and incentives for legislative representational responsiveness.

Keywords: temporal interstice; interna corporis acts; judicial review; deliberative democracy; constitutional pre-commitments.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 A DEFESA JUDICIAL DA INTEGRIDADE DEMOCRÁTICA. 3 QUALIDADE DELIBERATIVA E PRÉ-COMPROMISSO. 4 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE SEMIPROCEDIMENTAL: CONCEITO E TIPOLOGIA. 5 O PAPEL DEMOCRÁTICO DOS DOIS TURNOS DE VOTAÇÃO. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

¹ O trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), sob o código de financiamento nº 001.

1 INTRODUÇÃO

Qual é o tempo necessário para tomar decisões que afetam a estrutura básica de um país? De forma intuitiva, muitos responderiam que uma mudança dessa natureza demandaria uma reflexão ponderada. Isso é natural: na vida cotidiana, decisões importantes frequentemente exigem dias, meses ou até anos para amadurecerem, a fim de permitir uma avaliação mais cuidadosa das variáveis e consequências envolvidas. Esse processo de reflexão é essencial para garantir que as escolhas feitas representem, de fato, a melhor alternativa disponível.

No contexto institucional, essa necessidade de tempo se torna mais evidente. Decisões que impactam a ordem constitucional, por sua própria complexidade, exigem uma análise cuidadosa. Para além da questão da qualidade das decisões, o prolongamento da reflexão ao longo do processo legislativo contribui para a qualidade da vida democrática, pois abre a possibilidade de diálogo entre representantes e representados, além de promover maior *accountability* e incentivar a crítica social – acadêmica, jornalística, *etc.* Um sistema que favorece deliberações consistentes aumenta a confiança pública nas instituições e reduz o risco de normas frágeis ou inadequadas para enfrentar desafios futuros.

Isso, entretanto, parece estar fora das preocupações do Congresso Nacional. Na qualidade de poder constituinte reformador, tornou-se comum a prática de fazer votações subsequentes para a análise das Propostas de Emenda à Constituição (PEC), com o intuito de cumprir formalmente os dois turnos de votação exigidos pelo art. 60, § 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88). Por vezes, o interstício entre o final da primeira votação e o início da segunda é de apenas alguns minutos. O exemplo mais recente aconteceu na PEC nº 134/24, que teve apenas 10 minutos de intervalo entre os turnos.

Essa discussão também não parece estar no raio de atenção do Supremo Tribunal Federal (STF). Das poucas vezes que se debruçou sobre o tema, o tribunal se utilizou da doutrina dos atos *interna corporis* para justificar que o Congresso tem autonomia para interpretar e aplicar suas normas regimentais, de modo que uma interferência judicial acabaria por ferir a separação de poderes. Entretanto, isso levanta uma dúvida: seria essa autonomia suficiente para garantir a integridade da função legislativa? A falta de uma fiscalização judicial mais atenta ao processo deliberativo desperta dúvidas sobre se o cumprimento meramente formal dos dois turnos é suficiente para assegurar que as Emendas Constitucionais sejam resultado de um processo democrático consistente.

O dilema é ainda mais profundo: por que o Poder Judiciário tem o poder *invalidar* completamente as Emendas Constitucionais, mas não poderia determinar que fosse refeita? Mais, por que o tribunal pode *manipular* o texto da Emenda – por meio da interpretação conforme a constituição e das decisões manipulativas, por exemplo –, mas não lhe é admitido analisar o processo deliberativo que antecedeu à promulgação do ato?

Esse é o pano de fundo deste artigo. O tópico 2 se concentrará na ideia de defesa judicial da integridade democrática, em especial na abordagem que John Hart Ely inaugurou na década de 1980. No tópico 3, serão apresentadas algumas considerações sobre a conexão entre pré-compromissos procedimentais e o reforço da qualidade deliberativa. O intuito é demonstrar que o giro deliberativo da democracia consegue justificar de modo razoável por que o controle de constitucionalidade não pode estar alheio aos mecanismos de produção legislativa. O tópico 4 destacará a tipologia do controle de constitucionalidade, a fim de apresentar que, além das abordagens tradicionais, a literatura vem se debruçando sobre um novo modelo de fiscalização constitucional, mais atento às exigências de uma democracia efetivamente deliberativa – ao mesmo tempo em que busca se desvencilhar das críticas comuns que o *judicial review* recebe. No tópico 5, por fim, as concepções teóricas trabalhadas nos tópicos anteriores serão entrelaçadas para discutir como elas influenciam a questão do interstício temporal entre os dois turnos de votação das Emendas Constitucionais. Ao final, espera-se concluir que, diante das objeções ao controle de constitucionalidade, o modelo semiprocedimental consegue equilibrar de maneira adequada a autonomia legislativa com a proteção dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a proteção judicial dos dois turnos de votação surge como exemplo concreto dessa aplicação.

2 A DEFESA JUDICIAL DA INTEGRIDADE DEMOCRÁTICA

Não é nenhuma novidade afirmar que o controle de constitucionalidade é associado à proteção *substantiva* dos direitos fundamentais, com foco no conteúdo dos atos normativos. Além disso, em sistemas que definem o processo legislativo no próprio texto constitucional, como é o caso brasileiro, os tribunais também costumam examinar o cumprimento desses requisitos *formais*. Mas essa não é a única abordagem possível; existe uma vertente teórica que propõe um enfoque mais contextual, direcionando a atenção para o próprio processo político. Esse enfoque alternativo reconhece que, para além do conteúdo das normas, a legitimidade das decisões políticas também depende da forma como são construídas.

Essa proposta adquire especial relevância diante das críticas dirigidas à jurisdição constitucional, um debate que, nos Estados Unidos, Friedman (2002) denominou de verdadeira “obsessão acadêmica”. Tais objeções levantam discussões sobre se é apropriado que juízes não eleitos possam anular leis aprovadas pelo Legislativo, colocando em discussão o papel do controle judicial em uma democracia representativa. Marmor (2016, p. 14, tradução nossa), por exemplo, a sintetiza:

[...] a percepção geral de que os casos constitucionais nos EUA são determinados ideologicamente é amplamente conhecida, debatida publicamente e bastante evidente na consciência pública. Mas isso levanta uma questão óbvia: por que aceitamos esse sistema? Quais razões morais e políticas podem justificar uma estrutura constitucional que confere a uma instituição essencialmente não democrática – composta por um pequeno grupo de pessoas nomeadas para a vida toda e que não prestam contas (nem profissional nem politicamente) a ninguém – o poder de se sobrepor às decisões do Congresso e das legislaturas estaduais, eleitos democraticamente? Considerando os enormes recursos que investimos na manutenção do processo democrático, é profundamente intrigante que estejamos dispostos a colocar o resultado desse processo nas mãos de uma instituição não eleita e sem responsabilidade democrática.²

Nesse contexto, a ideia de um controle de constitucionalidade focado nos processos políticos ganha destaque, pois oferece uma forma de o Judiciário contribuir para a legitimidade democrática sem usurpar a função dos representantes eleitos. Ao focalizar o “*input*” – ou seja, a forma de elaboração e discussão das leis – em vez do “*outcome*”, que são os resultados finais dessas leis, abre-se espaço para uma nova compreensão do papel do Judiciário na promoção de uma democracia mais íntegra. Para essa análise, é necessário revisitar o pensamento de John Hart Ely, um dos precursores nessa linha teórica. Embora sua teoria tenha sido desenvolvida no cenário norte-americano – e sofra críticas por esse enfoque restrito –, ela inaugura uma perspectiva que nos últimos anos vem retomando seu destaque e sendo ampliada por outros teóricos, no sentido de que existe um papel judicial legítimo a ser exercido.

Ely foi pioneiro ao desenvolver uma teoria do controle de constitucionalidade com foco no fortalecimento dos mecanismos democráticos. Publicado em 1980, *Democracy and distrust* trouxe uma alternativa às teorias que defendiam apenas a imposição de valores substantivos pelos tribunais, sugerindo que o papel do Judiciário deveria ser o de garantidor da *integridade* dos processos políticos. Muito debatida, a proposta de Ely estabelece um ponto essencial para o debate sobre a função dos tribunais na democracia e continua a influenciar a teoria constitucional até hoje.

² No original: “[...] the general perception of constitutional cases in the U.S. as ideologically determined is widely known, publically debated and, generally speaking, entirely on the surface of public consciousness. But this begs an obvious question: Why do we go for it? What moral-political reasons can support a constitutional structure that gives an essentially nondemocratic institution, composed of a handful of people appointed for life and not (professionally or politically) accountable to anyone, the power to prevail over the decisions of the democratically elected Congress and state legislatures? Considering the enormous resources we spend on maintaining the democratic process, it seems utterly puzzling that we are willing to put the outcome of this process at the mercy of an unelected institution that is not democratically accountable”.

Klarman (1992, p. 747), por exemplo, descreve-o como o mais influente livro do constitucionalismo norte-americano do século XX.

Ely (1980, p. 90) propõe uma interpretação específica da Constituição dos Estados Unidos: afirma que ela é um documento essencialmente *procedimental*, destinado a estabelecer processos e estruturas para o governo democrático. Para ele (1980, p. 100-101), expressões como “devido processo legal”, “igualdade de proteção da lei” e “liberdade de expressão” refletiam preocupações centrais dos constituintes norte-americanos, orientados pela intenção de consolidar uma república democrática e romper com o domínio britânico que os oprimia. Naquele contexto, a atenção se voltava para fortalecer o autogoverno local. No entanto, definir de forma razoavelmente objetiva como esses conceitos se aplicam em uma sociedade que cresce em tamanho e complexidade é um desafio para o direito constitucional dos nossos tempos.

Segundo raciocina, a Constituição norte-americana preocupa-se muito mais em garantir que os processos políticos sejam justos e inclusivos, de modo a assegurar que todos os cidadãos tenham a oportunidade de participar efetivamente da vida democrática. Ele a vê como “um conjunto bastante extenso de proteções procedimentais e um esquema ainda mais elaborado para garantir que, ao fazer escolhas substantivas, o processo decisório seja aberto a todos de maneira que se aproxime de uma base igualitária”³ (Ely, 1980, p. 100, tradução nossa), além de determinar que “os responsáveis pelas decisões sejam obrigados a considerar os interesses de todos os afetados por elas”⁴ (Ely, 1980, p. 100, tradução nossa).

A principal preocupação de Ely (1980, p. 71-72) é enfrentar a “dificuldade contramajoritária” – uma expressão cunhada por Alexander Bickel para descrever o dilema que surge quando juízes não eleitos invalidam decisões de representantes escolhidos pelo povo. Bickel via o *judicial review* como “uma instituição desviante da democracia americana”⁵ (Bickel, 1986, p. 18, tradução nossa) que, embora necessária em certos casos, deveria ser usada com bastante parcimônia, fazendo uso das chamadas *virtudes passivas* (Bickel, 1986, p. 111), para não frustrar de maneira sistemática a vontade popular. Ely (1980, p. 101-102), no entanto, não aceita esse argumento e aponta uma alternativa: diante da natureza da Constituição norte-americana, o controle de constitucionalidade não deveria focar em valores substantivos, mas na garantia de que todos pudessem participar plenamente do processo político. A função do Judiciário deveria ser evitar que majorias monopolizassem o poder e excluíssem minorias marginalizadas do jogo democrático. Longe de propor uma teoria que argumenta *contra* os direitos fundamentais, Ely é firme ao dizer que “é perfeitamente possível ser um liberal convicto e, ao mesmo tempo, defender que, por respeito ao processo democrático, a Corte deve evitar interferir nos juízos de valor do legislativo”⁶ (Ely, 1980, p. 72, tradução nossa).

Ao estruturar sua crítica aos julgamentos substantivos de constitucionalidade, ele (1980, p. 11-42; 43-72) aponta dois alvos principais. O primeiro é o interpretativismo, rótulo por ele associado ao originalismo, defendido por autores como Robert Bork e Raoul Berger. O segundo é o não interpretativismo, denominação que busca fundamentar a interpretação em elementos que estão fora do texto, com representantes como Herbert Wechsler e Ronald Dworkin. Essas duas abordagens, junto a outras variações discutidas na literatura norte-americana, procuram estabelecer fundamentos que orientem a tomada de decisões judiciais, a fim de evitar arbitrariedades e assegurar algum grau de objetividade no processo de interpretação e aplicação constitucional.

Em sua primeira crítica, Ely (1980, p. 209-210, nota 41) considera que confiar na interpretação das intenções dos fundadores é não apenas impraticável, mas um exercício ingênuo de leitura historiográfica: “isso inclui um número tão grande de pessoas em circunstâncias tão diversas que é impossível formar uma imagem confiável de suas intenções por meio da análise da

³ No original: “[...] a quite extensive set of procedural protections, and by a still more elaborate scheme designed to ensure that in the making of substantive choices the decision process will be open to all on something approaching an equal basis”.

⁴ No original: “[...] the decision-makers held to a duty to take into account the interests of all those their decisions affect”.

⁵ No original: “[...] a deviant institution in the American democracy”.

⁶ No original: “[...] one perfectly well can be a genuine political liberal and at the same time believe, out of a respect for the democratic process, that the Court should keep its hands off the legislature’s value judgments”.

história legislativa”⁷ (Ely, 1980, p. 17, tradução nossa). Nesse sentido, argumenta que o esforço para recuperar a intenção original dos constituintes frequentemente obscurece a complexidade do contexto histórico e introduz uma margem de erro considerável. A constituição, segundo ele, deveria ser interpretada como um documento que evolui junto com a sociedade, ao invés de ser um reflexo estático do passado. Além disso, Ely (1980, p. 38-41) ironiza que o originalismo, ao pretender fornecer respostas para problemas contemporâneos, ignora que os constituintes não previram, e nem poderiam, muitos dos dilemas atuais.

Ele exemplifica que a Décima Quarta Emenda, que estendeu o direito ao voto aos negros e estabeleceu a cláusula da “igual proteção da lei”, foi aprovada por um Congresso que ainda possuía inúmeras reminiscências racistas, mas “a alegação de que o preconceito racial é ‘a chave’ para interpretar a Décima Quarta Emenda beira o absurdo” (Ely, 1980, p. 201, nota 70, tradução nossa)⁸. Também aponta que as decisões judiciais mais significativas da Suprema Corte frequentemente se afastam das intenções originais – inclusive de maneira positiva, contribuindo para a inclusão política, como no caso de *Brown v. Board of Education of Topeka*. Para ele, a abordagem originalista tende a favorecer interesses conservadores e perpetuar desigualdades sociais.

Quanto ao não interpretativismo, Ely (1980, p. 58) direciona outra crítica contundente, em especial à teoria de Dworkin. Em sua obra, Dworkin (1978) sustenta que a Constituição reflete valores morais que os juízes precisam identificar e aplicar – assim, eles assumem um papel semelhante ao de filósofos morais. O exemplo do juiz-filósofo Hércules bem ilustra essa posição, ao idealizar sua habilidade extraordinária para lidar com princípios abstratos e colidentes (Dworkin, 1978, p. 105-130). Dessa forma, caberia aos juízes definir quais são os direitos fundamentais de uma sociedade e quais exigências de justiça deles decorrem.

Ely (1980, p. 57) argumenta que essa prática compromete a democracia representativa por várias razões. Primeiro, aponta que não existe um consenso claro na filosofia moral sobre quais são os princípios corretos; diferentes filósofos chegam a conclusões distintas sobre questões morais fundamentais. A obra de Rawls – ele tinha em mente *A theory of justice* (1971), utilizada como base por Dworkin em *Taking rights seriously* (1978) – é um exemplo de seu argumento: “[o] livro de Rawls é excelente. Mas como os juízes devem reagir [...] se quase todos os comentaristas da obra de Rawls expressaram reservas sobre suas conclusões?”⁹ (Ely, 1980, p. 58, tradução nossa). Esse é o caso, por exemplo, de Nozick, que escreveu *Anarchy, state and utopia* (1974) em resposta. Ely ironiza: será que os casos judiciais deveriam ser decididos por uns votos a favor de Rawls, outros a favor de Nozick? Os julgamentos da *Scotus* deveriam ser decididos com base nas resenhas e críticas publicadas em periódicos como a *New York Review of Books*? A conclusão inevitável a que ele chega é que não há um “método de filosofia moral” unificado que os juízes possam seguir de forma razoavelmente objetiva.

Segundo, Ely (1980, p. 59-60) destaca que os juízes não são necessariamente mais qualificados do que outros membros da sociedade para fazer julgamentos morais complexos. Ao delegar a eles essa tarefa, corre-se o risco de que imponham suas próprias concepções pessoais de moralidade. Isso leva à preocupação central de Ely: ao aplicarem suas próprias visões morais, os juízes acabam “favorecendo, sem surpresa, os valores da classe profissional de alta renda, da qual provêm a maioria dos advogados, juízes e, aliás, dos próprios filósofos morais. As pessoas, de forma compreensível, acreditam que o que é importante para elas é o que realmente importa”¹⁰ (Ely, 1980, p. 59, tradução nossa). Esse processo, segundo Ely, resulta em uma forma de elitismo judicial que desrespeita o princípio democrático de que decisões fundamentais devem ser tomadas através da deliberação pública e do processo legislativo, não por uma elite não eleita.

⁷ No original: “That gets to include so many different people in so many different circumstances, however, that one cannot hope to gather a reliable picture of their intentions from any perusal of the legislative history”.

⁸ No original: “[...] the claim that race prejudice is ‘the key’ to interpreting the Fourteenth Amendment is one that borders on perversity”.

⁹ No original: “Rawls’s book is fine. But how are judges to react [...] when almost all the commentators on Rawls’s work have expressed reservations about his conclusions?”.

¹⁰ No original: “[...] unsurprisingly in favor of the values of the upper-middle, professional class from which most lawyers and judges, and for that matter most moral philosophers, are drawn. People understandably think that what is important to them is what is importante”.

Da mesma forma, Ely (1980, p. 54-55) também rejeita a teoria de Wechsler, apresentada em *Toward neutral principles of constitutional law* (1959), considerando ilusória a ideia de “princípios neutros”, uma vez que toda decisão judicial envolve certas escolhas políticas implícitas. Para ele, essas abordagens criam uma falsa impressão de objetividade e excluem temas centrais do debate público, substituindo a deliberação política por decisões judiciais que não refletem a pluralidade de perspectivas da sociedade. Ely ironiza a crença de que seria possível interpretar a constituição sem incidir em subjetividade, afirmando que, na prática, isso frequentemente resulta na validação implícita de valores e interesses da elite jurídica e social, muitas vezes com um viés conservador e excludente.

Por essas razões, ele conclui que os julgamentos substantivos de constitucionalidade *a priori* não respondem adequadamente às objeções democráticas levantadas contra eles. Por não serem sempre confiáveis, Ely sustenta que o *judicial review* é legítimo apenas em duas circunstâncias nas quais os processos políticos se tornam falhos. Isso ocorre quando

(1) aqueles no poder bloqueiam os caminhos para mudanças políticas, assegurando sua permanência enquanto mantêm os outros excluídos, ou (2) embora ninguém seja formalmente privado de voz ou voto, representantes atrelados a uma maioria eficaz prejudicam sistematicamente uma minoria, seja por pura hostilidade ou por uma recusa preconceituosa em reconhecer interesses comuns, negando a essa minoria a proteção que outros grupos recebem em um sistema representativo (Ely, 1980, p. 103, tradução nossa).¹¹

Ely (1980, p. 75-77) deriva essa ideia de um famoso caso da Suprema Corte norte-americana (*Scotus*), que teve o voto da maioria escrito pelo *Justice* Harlan Fiske Stone: a decisão *United States v. Carolene Products Co.*¹², que, em sua nota de rodapé número quatro, sugere que algumas legislações exigem maior escrutínio judicial – sobretudo quando afetam minorias *discretas e insulares*, grupos minoritários que, devido a preconceitos históricos, isolamento social ou outras barreiras, enfrentam dificuldades significativas em proteger seus interesses através dos canais políticos normais. Nesse caso, o *Justice* Stone enfatizou que leis que restringissem os processos políticos ou prejudicassem o funcionamento adequado do sistema representativo exigiam atenção especial dos tribunais. Isso incluía situações em que o acesso à participação política fosse limitado ou em que a liberdade de expressão e de associação fosse comprometida, afetando a capacidade dos cidadãos de influenciar o processo legislativo. Ely (1980, p. 105) recorre a essa premissa para sustentar que a função dos tribunais consiste em garantir propriamente a integridade do processo democrático, combatendo a exclusão desses grupos.

A proteção das minorias, nessa concepção, vai além da defesa de direitos substantivos específicos, pois se orienta para assegurar a participação efetiva desses grupos na formação das leis, o processo que é democrático por excelência (Ely, 1980, p. 131). O autor se vale da lógica presente na nota quatro para demonstrar que a intervenção judicial encontra sua justificativa na correção de imperfeições estruturais, uma vez que essas falhas comprometem o funcionamento do sistema democrático ao silenciar determinadas vozes. Essa leitura redefine o papel do Judiciário como defensor dos canais democráticos, concentrando sua atuação na preservação de uma deliberação mais inclusiva e justa (Ely, 1980, p. 135-136).

¹¹ No original: “[...] (1) the ins are choking off the channels of political change to ensure that they will stay in and the outs will stay out, or (2) though no one is actually denied a voice or a vote, representatives beholden to an effective majority are systematically disadvantaging some minority out of simple hostility or a prejudiced refusal to recognize commonalities of interest, and thereby denying that minority the protection afforded other groups by a representative system”.

¹² 304 U.S. 144 (1938). Decisão da *Scotus* envolvendo a constitucionalidade de uma lei federal que proibia o comércio interestadual de certos produtos à base de leite. A Suprema Corte decidiu que a lei não violava a cláusula do “devido processo legal” da Quinta Emenda, adotando o nível de escrutínio “*rational basis*” para a revisão judicial de questões econômicas. A decisão também introduziu, na famosa nota de rodapé número quatro, a distinção entre “*rational basis*” e “*strict scrutiny*”, indicando que leis que afetam minorias discretas e insulares ou restringem processos políticos exigem maior escrutínio judicial.

Segundo o autor (1980, p. 102-103), a promoção de uma democracia mais representativa se assemelha aos mecanismos *antitruste*. No mercado econômico, o antitruste corrige disfunções que comprometem a competição e a eficiência, combatendo monopólios, práticas abusivas e desigualdades que distorcem o equilíbrio entre os agentes. De forma semelhante, o mercado político pode apresentar limitações na expressão e agregação das preferências dos cidadãos, comprometendo a representação efetiva. Nessas circunstâncias, a intervenção estatal é justificada para corrigir tanto as distorções econômicas quanto as políticas, visando assegurar a funcionalidade e a justiça dos processos de decisão. Como se verá abaixo, essa visualização *mercadológica* ajuda a explicar a concepção de democracia que norteia a obra de Ely.

A ideia de “reforço representativo” conecta-se diretamente às ações da Corte Warren¹³, que Ely (1980, p. 75) considera um exemplo notável do uso do *judicial review* para proteger direitos civis e promover a inclusão política. Esse é um ponto fundamental, por vezes pouco compreendido: as decisões da Corte Warren, fundamentadas em julgamentos substantivos, encontram coerência na teoria de Ely por visarem ampliar a participação política de minorias. Mesmo adotando uma abordagem de mérito substantivo da constituição – coisa que *a priori* pareceria rejeitada por Ely –, o autor (1980, p. 221, nota 2) ressalta que essas decisões buscavam corrigir limitações nos processos políticos que comprometiam a representatividade democrática.

A fim de ilustrar o ponto, veja-se um caso específico. Decisões históricas como *Brown* evidenciam como a intervenção judicial pode restaurar a funcionalidade do processo democrático ao eliminar barreiras estruturais. A decisão declarou inconstitucional a segregação racial nas escolas públicas – e, por via de consequência, a doutrina do “separados, mas iguais” estabelecida em *Plessy v. Ferguson*¹⁴ –, corrigindo uma falha no processo político que impedia o acesso igualitário de minorias aos direitos civis mais básicos. Ely (1980, p. 119) identifica essa decisão como uma demonstração prática de sua teoria, pois, ao garantir inclusão educacional, a corte também reabriu canais essenciais de participação cívica.

O argumento de Ely é que a educação, como um pilar essencial para a formação de cidadãos engajados, impacta diretamente a inclusão política. Via de regra, a exclusão educacional aprofunda desigualdades já existentes, o que evidencia a insuficiência dos mecanismos tradicionais da democracia, que ignoram as barreiras responsáveis por manter certos grupos afastados do processo político. Foi, portanto, legítimo que a Corte Warren tenha recorrido a um julgamento de mérito, utilizando a cláusula da igual proteção da lei. Embora possa parecer um afastamento da teoria procedimental de Ely, a decisão de *Brown* reforça a necessidade de intervenções substantivas quando elas garantem condições mínimas de igualdade política. Nesse sentido, a restauração da igualdade no acesso à educação foi um passo essencial para que a democracia norte-americana pudesse funcionar de forma mais adequada.

A exemplo de outras teorias influentes, a obra de Ely também recebeu diversas críticas. Como destaca Klarman (1991, p. 768), a fila de críticos que Ely acumulou ao longo dos anos diz mais sobre o impacto de sua obra do que qualquer outro elogio. Autores interpretativistas (Berger, 1981) e não interpretativistas (Dworkin, 1990) logo rebateram as diversas críticas que ele lhes havia direcionado, a fim de defender a solidez dos argumentos substantivistas; já autores como Tushnet (1988, p. 70-107), mais céticos, levantaram objeções à própria possibilidade de concretização do projeto de Ely, pois também ele comporia uma imagem idealizada do Judiciário para lidar com problemas informais da democracia. Para os propósitos deste artigo, serão destacadas abaixo as falhas que, posteriormente, foram abordadas por autores que defendem uma visão ampliada e aprimorada da teoria de Ely.

De acordo com uma primeira crítica, seu modelo de “*representation-reinforcement*” é desafiado por dificuldades conceituais que colocam em xeque uma separação nítida entre processo e substância. Como argumentou Tribe (1980, p. 1067-1072), o próprio ato de decidir qual valor

¹³ No Brasil, a presidência do STF tem duração previamente fixada; já nos Estados Unidos, a lógica é diferente: os *Chief Justices* são nomeados pelo presidente da República para mandatos vitalícios, sem previsão expressa de término. Em razão de longos mandatos à frente da *Scotus*, a literatura costuma fazer referência a determinado período da corte segundo seu *Chief Justice*. Para maiores informações, cf. Souto (2021, p. 50-54).

¹⁴ 163 U.S. 537 (1896). Decisão da *Scotus* que afirmou que leis de segregação racial não violavam a Décima Quarta Emenda à Constituição norte-americana (cláusula de igual proteção da lei).

procedimental aplicar em um dado contexto exige um julgamento substantivo prévio, de modo que não há como evitar escolhas interpretativas a respeito dos próprios fins dos processos políticos. Isto é, levando as objeções de Ely a sério, até mesmo os valores procedimentais por ele defendidos são também controvertidos, no sentido de que também dependem de escolhas substantivas. A mesma avaliação também é feita por Sunstein (1995, p. 104-107), em um interessante comentário em que ele identifica um universo de possibilidades dentro da teoria democrática, de modo que a interpretação que Ely apontou à Constituição norte-americana também não é livre de controvérsias – no fim do dia, há diversas concepções rivais de democracia. Essa crítica encabeça um dos principais “refinamentos” da teoria de Ely em direção a uma concepção mais deliberativa da democracia, conforme será discutido no próximo tópico.

A própria escolha de proteger minorias discretas e insulares é um exemplo dessa distinção problemática entre juízos processuais e substantivos. Como destaca Tribe (1980, p. 1073), quais grupos devem ser considerados perdedores legítimos na luta por aceitação e ascensão política e quais, de fato, sofrem de discrição e insularidade? A vulnerabilidade de um grupo não é fixa e nem necessariamente correlacionada com seu tamanho ou isolamento social. Grupos como mulheres, pessoas LGBTQIAPN+ e idosos são exemplos que ilustram a complexidade dessa questão. Apesar de serem socialmente vulneráveis e alvos de discriminação, esses grupos podem não ser *numericamente* minoritários. Isso demonstra que uma abordagem estritamente quantitativa – ou baseada em isolamento social – não é suficiente para definir quem merece proteção especial dos tribunais. Ademais, Tribe chama atenção que isso também envolve escolhas substantivas prévias; ele ironiza que os ladrões são um grupo discriminado, minoritário e pouquíssimo representado, mas nem por isso requerem uma atenção especial. Isso porque “apenas por conta do valor substantivo que atribuímos à segurança pessoal e da importância que damos ao sistema de propriedade privada e às suas regras de transferência, que a proibição do furto visa preservar”¹⁵ (Tribe, 1980, p. 1075, tradução nossa) se pode afastá-los dessa proteção. Para essa objeção, por mais que Ely tentasse afastar o Judiciário da tarefa de impor visões particulares de mundo, ele acabou inevitavelmente validando decisões de mérito sobre quais direitos e quais grupos merecem proteção especial.

Outra crítica relevante é o escopo restrito da teoria de Ely, voltada exclusivamente para a interpretação da Constituição norte-americana (Dixon, 2023, p. 65). Ele formulou seu modelo a partir das particularidades institucionais e históricas dos Estados Unidos, especialmente a jurisprudência da Corte Warren e a famosa nota de rodapé número quatro do caso *Carolene Products*. No entanto, essa moldura é limitada para lidar com ordenamentos constitucionais mais abrangentes, como o do Brasil, que incorpora um extenso catálogo de direitos fundamentais, tanto individuais como sociais – todos com uma dimensão eminentemente substantiva. Em sistemas nos quais a Constituição organiza a estrutura política, mas também consagra uma série de valores substantivos, a ideia de restringir o controle judicial apenas ao fortalecimento do processo democrático torna-se insuficiente. Nesses casos, a separação rígida entre processo e substância perde ainda mais força, já que o próprio texto constitucional exige que o Judiciário concilie essas duas dimensões.

Apesar dessas limitações, a teoria de Ely abriu caminho para novos desenvolvimentos, especialmente no campo da proteção da democracia deliberativa. Como argumentam autores como Garbbaum (2020, p. 1430-1432) e Dixon (2023, p. 60-66), a partir de Ely é possível imaginar soluções alternativas para os problemas atuais da teoria democrática – que, na visão dos autores, não são solucionados pela aposta apenas no controle substantivo. Os desafios modernos incluem desde a captura de instituições por interesses privados até a erosão da responsabilidade política e o enfraquecimento dos canais de deliberação pública.

¹⁵ No original: “[...] only because of the substantive value we attach to personal security, and the importance for us of the system of private property and its rules of transfer, which the burglary prohibition preserves”.

3 QUALIDADE DELIBERATIVA E PRÉ-COMPROMISSO

Mas o que a teoria de Ely tem a ver com o interstício temporal do processo de mudança da Constituição brasileira? O objetivo deste tópico é demonstrar por que essa dupla deliberação forçada é importante, e de que maneira ela se relaciona com a intervenção judicial – do mesmo modo que, na década de 1980, Ely defendeu um modelo de *refinamento* do processo político norte-americano por meio dos tribunais, embora, como se verá, essa correção não precise ser necessariamente de conteúdo.

Há, basicamente, duas razões. A primeira é de ordem constitucional: alguns autores sustentam que as regras que estruturam o processo legislativo representam mais do que um conjunto de formalidades. Elas materializam escolhas institucionais que visam não apenas *organizar* a deliberação parlamentar, mas também *proteger* valores democráticos fundamentais. Esses procedimentos, desenhados pelo constituinte, refletem um esforço consciente de racionalização da prática política. O constituinte, ao prever a possibilidade de os atores políticos tomarem decisões irracionais, impôs restrições procedimentais às decisões políticas. Assim vistas, essas restrições podem ser compreendidas como pré-compromissos constitucionais, no sentido que lhes atribuem Elster (1979) e Holmes (1995).

Esses dois autores são mais conhecidos na teoria constitucional por discutir os pré-compromissos em uma perspectiva *substantiva*, pois demonstram como a democracia restringe a deliberação sobre certos temas para preservar sua integridade. Entretanto, suas teorias também oferecem reflexões sobre um importante papel no campo *procedimental*. Ou seja, é a ideia de que os pré-compromissos também podem ser compreendidos como a implementação de procedimentos específicos para regular o processo legislativo e deliberativo. Esses procedimentos racionalizam a tomada de decisões e evitam flutuações emocionais e interesses de curto prazo. Assim como as “*gag rules*” – normas de mordaça ou de silêncio (Holmes, 1995, p. 202) – controlam o *conteúdo* da deliberação, as restrições procedimentais garantem que o processo político se mantenha estável e racional ao longo do tempo.

A segunda razão advém da teoria democrática. Nesse ponto, agregam-se as contribuições da teoria deliberativa ao destacar que a democracia vai além da mera expressão de preferências individuais, uma ideia que permeava a concepção *pluralista* que Ely tinha sobre a democracia. Segundo a vertente pluralista, também chamada de “democracia como mercado”, o processo democrático pode ser visto como uma interação competitiva na qual diferentes atores políticos apresentam suas propostas e os cidadãos escolhem aquelas que mais se aproximam de suas preferências – por isso a identificação com o mercado consumerista, já que os eleitores, assim como consumidores, escolhem entre diferentes “produtos” políticos oferecidos pelos candidatos, optando pelas propostas que melhor atendem aos seus interesses e necessidades no momento. É por essa razão também que Ely concebe o *judicial review* como mecanismo *antitruste*, no sentido de que ele impede a concentração de poder político e preserva a competição democrática. Esse modelo busca harmonizar os interesses dos governantes e governados por meio de eleições periódicas, assegurando que os representantes eleitos reflitam, ao menos em parte, o desejo majoritário. Assim como a prática antitruste evita monopólios no mercado econômico e garante a liberdade de escolha dos consumidores, o *judicial review* evita que maiorias ou grupos dominantes fechem o espaço de deliberação e excluam minorias, assegurando um processo político aberto e acessível a todos os cidadãos.

A teoria deliberativa critica a concepção de democracia como mercado por três razões principais, conforme aponta Campbell (1998, p. 80-83). A primeira destaca que os cidadãos via de regra não agem de forma puramente egoísta ou calculista, pois demonstram preocupação com o bem-estar coletivo e a justiça social. A segunda critica a suposição de que as preferências individuais são imutáveis, enquanto a teoria deliberativa defende que essas preferências se modificam ao longo do debate público à medida que os cidadãos se expõem a novos argumentos e perspectivas. A terceira crítica alerta para o risco de restringir a democracia a uma competição entre elites políticas, reforçando a necessidade de um espaço de diálogo aberto e contínuo, no qual todos tenham oportunidades iguais de participar e contribuir para as decisões coletivas.

É esse pequeno “ajuste” que adapta a teoria de Ely ao problema do interstício temporal. A ideia de reforço ou correção da representação (*representation-reinforcement*) tende a se reduzir à

garantia de uma representação inclusiva, deixando de contemplar uma preocupação mais ampla com a qualidade da deliberação democrática. Em contraste, a ideia de proteção do procedimento em si “busca fomentar processos de deliberação sistêmica ao criar, ou ao menos preservar, espaços para uma deliberação social prolongada”¹⁶ (Levy, 2022, p. 35, tradução nossa). A ideia é que esse reforço da racionalidade da deliberação dentro do processo democrático pode, em muitos casos, solidificar consensos duradouros em torno da interpretação e da aplicação dos direitos constitucionais. Mais do que a representatividade, é a racionalidade deliberativa que deve ser protegida.

Assim, de acordo com a concepção deliberativa, a democracia se estrutura como um espaço contínuo de debate *racional*, em que diferentes argumentos são refinados no decorrer do processo deliberativo. De acordo com Manin (1987, p. 353-354), a ideia é reconhecer que o valor das decisões em uma democracia está sobretudo na qualidade das discussões que as antecedem, e não apenas nos resultados que produzem. O processo legislativo, ao ser estruturado em fases sucessivas de análise e revisão, busca *qualificar* essa deliberação, permitindo que os argumentos sejam depurados e submetidos ao crivo das discussões políticas. Segundo afirmam Estlund e Landemore (2018, p. 124), a combinação entre essas etapas e a necessidade de ampla participação não é acidental: trata-se de uma escolha deliberada para garantir que as decisões públicas reflitam uma síntese racional dos diferentes pontos de vista.

O primeiro passo é compreender como o conceito de pré-compromisso constitucional pode ser aplicado em uma dimensão procedimental. O *insight* explorado por Elster (1979) é que, se até mesmo heróis mitológicos se preocupam com a qualidade das suas decisões, por maior razão também devem fazê-lo os seres humanos. Esse é o pano de fundo narrativo de *Ulysses and the sirens*, que aborda a tensão entre a vontade presente, considerada mais racional, e os impulsos futuros. Na clássica história da *Odisseia*, narrada por Homero, Ulisses é informado pela feiticeira Circe que, ao ouvir o canto das sereias, perderia o controle e se renderia ao desejo de se aproximar delas, colocando em risco sua vida e de sua tripulação. Para evitar esse destino, Ulisses cria uma estratégia de autolimitação: ordena que seus marinheiros tampem os seus ouvidos com cera e o amarrem firmemente ao mastro do navio. Dessa forma, ele garantiu que mesmo quando fosse dominado pelo desejo de se libertar e seguir as sereias, sua tripulação manteria o plano original e garantiria sua segurança (Elster, 1979, p. 36-37).

Essa história exemplifica o conceito de *pré-compromisso*, em que o agente antecipa uma futura fraqueza da vontade – ou *akrasia*, conceito filosófico que descreve a situação em que uma pessoa age contra seu melhor julgamento, mesmo sabendo que essa decisão é inadequada ou prejudicial – e adota medidas que restringem suas próprias opções. Elster (1979, p. 44) utiliza essa metáfora para demonstrar que, em momentos de maior racionalidade, é possível criar barreiras contra decisões impulsivas que possam surgir mais à frente. A lógica se aplica tanto a indivíduos quanto a sociedades, em especial no contexto das constituições. Elas, assim como Ulisses, limitam o campo de ação dos governantes para evitar que decisões tomadas sob pressão política ou emocional comprometam valores considerados essenciais. A metáfora de Ulisses revela o esforço de preservar escolhas racionais e destaca a necessidade de mecanismos *externos* para garantir a eficácia do pré-compromisso – na linguagem de Elster (1979, p. 68), para evitar o abuso das *contramedidas*. Assim como os marinheiros garantiram que Ulisses não desfizesse a amarração ao ouvir o canto sedutor, as instituições constitucionais devem assegurar que as normas pactuadas sejam cumpridas, mesmo diante de tentativas futuras de alterá-las (Elster, 1979, p. 94-95).

Holmes (1995) é um dos principais autores a expandir o conceito de pré-compromisso a partir da teoria formulada por Elster. Segundo ele (1995, p. 159), os pré-compromissos oferecem um mecanismo para proteger a democracia de seus próprios excessos. As constituições, ao estabelecer limites, buscam organizar o funcionamento dos poderes e preservar os valores que fundamentam a legitimidade do regime democrático. Desse modo, criam um equilíbrio entre liberdade e estabilidade, a fim de assegurar que a vontade popular seja respeitada sem colocar em risco o próprio funcionamento do sistema político. Holmes (1995, p. 167, tradução nossa) ressalta:

¹⁶ No original: “[...] tries to support deliberative systemic processes by constructing, or at least leaving undisturbed, spaces for protracted social deliberation”.

“[a] menos que amarre suas próprias mãos, com a ajuda de seus predecessores, ‘o povo’ será incapaz de deliberar de forma eficaz e agir com coerência”¹⁷.

Nessa perspectiva, toda a estrutura do processo legislativo impõe uma sequência deliberada de etapas que não se presta a meros formalismos. A tramitação das propostas por diferentes comissões, a exigência de discussões prévias e os quóruns qualificados para certos tipos de votação configuram barreiras procedimentais que evitam decisões apressadas e simplistas. Tais mecanismos visam garantir a previsibilidade e a transparência do processo, ao mesmo tempo em que promovem decisões legislativas fundamentadas em reflexão aprofundada e no confronto de perspectivas divergentes. A articulação entre os procedimentos e os valores que eles pretendem preservar revela uma dimensão mais profunda do constitucionalismo contemporâneo: a compreensão de que a liberdade democrática depende de uma estrutura institucional que, ao mesmo tempo, permita a expressão plural das vontades e contenha os riscos de degradação política. Holmes, assim, oferece uma visão importante ao sustentar que a constituição é projetada para durar além das emergências do momento, além de que, tomada nesse sentido, ela “não pode ser plausivelmente descrita como antidemocrática, desde que seja explicitamente projetada para evocar ‘a percepção calma e ponderada da comunidade’”¹⁸ (Holmes, 1995, p. 172, tradução nossa).

O autor enfatiza a importância dessa perspectiva deliberativa ao afirmar que as “constituições liberais, em geral, organizam processos de deliberação e tomada de decisão para aprimorar a qualidade das leis e políticas públicas”, por meio de “diversos mecanismos de incentivo, dispositivos para focar a atenção, aguçar a percepção das opções, mobilizar o conhecimento, envolver os cidadãos” – e, sobretudo, para “garantir que escolhas futuras sejam feitas em condições nas quais as alternativas sejam discutidas, os fatos analisados e a autocorreção seja possível”¹⁹ (Holmes, 1995, p. 174, tradução nossa). A constituição, portanto, assume o papel de *administrar* essa tensão ao garantir que o exercício do poder permaneça dentro de limites que preservem o regime democrático. O argumento de Holmes evidencia que a preservação da liberdade depende, paradoxalmente, da contenção do poder democrático em certos momentos; por isso, ele diz que o constitucionalismo é adotado

[...] não apenas porque ele aumenta a probabilidade de uma tomada de decisões inteligente, mas também porque maximiza a chance de uma correção de rumos igualmente inteligente no futuro. A maioria eleitoral atual se submete à crítica incômoda de suas decisões pela oposição porque reconhece que pode querer mudar de ideia no futuro e que precisa ouvir e considerar, de forma contínua, os possíveis motivos para fazê-lo. Em suma, a democracia constitucional é uma democracia falibilista. Ela não é um majoritarismo voluntarista, projetado para executar uma vontade preexistente, nem a submissão piedosa do povo a verdades eternas transmitidas por Deus ou lentamente construídas por uma tradição venerada. O constitucionalismo é uma técnica. Ele parte do princípio de que as paixões humanas não se alinharão com os ditames da razão e da justiça sem restrições. É o meio pelo qual uma nação democrática busca se transformar em uma comunidade capaz de continuar aprendendo e, assim, adaptar-se inteligentemente a circunstâncias desconhecidas à medida que surgem (Holmes, 1995, p. 274, tradução nossa).²⁰

¹⁷ No original: “Unless they tie their own hands, with the help of their predecessors, ‘the people’ will be unable to deliberate effectively and act consistently”.

¹⁸ No original: “[...] cannot be plausibly described as antidemocratic so long as they are explicitly designed to evoke ‘the cool and deliberate sense of the community’”.

¹⁹ No original: “Liberal constitutions in general organize processes of deliberation and decision making in order to improve the quality of laws and policies. They contain various inducement mechanisms, devices for focusing attention, sharpening awareness of options, mobilizing knowledge, involving citizens and guaranteeing that future choices will be made under conditions where alternatives are discussed, facts are marshalled, and self-correction is possible”.

²⁰ No original: “They embrace constitutionalism not only because it increases the probability of intelligent decision making, then, but also because it maximizes the opportunity for intelligent self-correction later on. The present electoral majority will submit to irritating criticism of its decisions by the opposition because it knows that it may want to change its mind in the future and that it needs to hear and consider, on an ongoing basis, possible reasons

Essa perspectiva sobre os pré-compromissos se conecta à ideia de democracia deliberativa, conforme reconhecido pelo próprio Holmes (1995, p. 273)²¹. Eles garantem que a democracia não se limite à agregação de preferências individuais; asseguram, na verdade, que ela funcione como um espaço de deliberação coletiva orientada pela busca de decisões coletivas mais racionais. No campo da teoria democrática, Estlund e Landmore (2018, p. 122) destacam que o valor epistemológico da deliberação reside na sua capacidade de permitir o confronto de perspectivas diversas, elevando a qualidade das decisões. Diferente de processos puramente agregativos, a deliberação cria um ambiente no qual crenças e preferências podem ser ajustadas à medida que novos argumentos são apresentados, favorecendo a construção de um conhecimento coletivo de maior valor.

Manin (1987, p. 355-357) também contribui para notar essa conexão entre pré-compromissos e deliberação racional. Ele argumenta que a ausência de deliberação efetiva comprometeria a racionalidade das decisões e deixaria a política à mercê de interesses fragmentados e imediatistas. Essa dimensão é essencial porque a democracia lida frequentemente com problemas complexos, nos quais as melhores respostas não são óbvias desde o início. Como aponta o autor (1987, p. 357-358), a deliberação amplia a base cognitiva envolvida no processo e opera como um mecanismo de filtragem que elimina argumentos inconsistentes. Isso reduz a possibilidade de que decisões sejam contaminadas por vieses ou emoções momentâneas, características que costumam emergir em ambientes puramente agregativos.

Nessa linha, Manin (1987, p. 345-347) critica, por exemplo, teorias que partem da ideia de vontades pré-determinadas, como a de Rousseau. Para ele, as preferências individuais são incertas e conflitantes, e é por meio da deliberação que essas preferências se consolidam e se tornam compatíveis com o interesse coletivo. Diferente de sistemas que se limitam à reprodução dos desejos da maioria, o modelo deliberativo exige que cada proposta seja avaliada criticamente e submetida ao escrutínio público. Isso fortalece a legitimidade das decisões, pois estas resultam não de uma simples maioria agrupada, mas de um processo no qual todos tiveram a oportunidade de participar e influenciar o resultado. Em vez de atuar como uma simples restrição, o compromisso procedimental funciona como um mecanismo que viabiliza o exercício efetivo e racional da liberdade democrática.

Além disso, a ampla inclusão de pontos de vista e a igualdade na deliberação são centrais. Estlund e Landmore (2018, p. 123) argumentam que a diversidade cognitiva é mais eficiente na produção de boas decisões do que a concentração de poder em “especialistas”: quanto mais inclusivo for o processo de deliberação, mais inteligentes deverão ser, em geral, as soluções dele resultantes. A pluralidade de vozes no debate assegura que ideias inovadoras e pontos de vista alternativos sejam considerados adequadamente, de modo a enriquecer o processo decisório. Sem procedimentos que garantam inclusão e igualdade, o risco é que o processo deliberativo se torne superficial ou que certos grupos minoritários sejam marginalizados, minando a legitimidade das decisões.

Vê-se, assim, que os pré-compromissos procedimentais são parte de um esforço para garantir que as decisões políticas sejam fruto de uma deliberação de alta qualidade. Estlund e Landmore (2018, p. 124-125) reforçam que, mesmo em situações nas quais o consenso não é alcançado, o valor do processo deliberativo está na capacidade de expor e aprimorar as razões que fundamentam

for doing so. Constitutional democracy, in short, is fallibilist democracy. It is neither voluntarist majoritarianism, designed to implement a preexistent will, nor the pious submission of the people to eternal verities handed down by God or elaborated slowly by a revered tradition. Constitutionalism is a technique. It assumes that the passions of men will not conform to the dictates of reason and justice without constraint. It is the way a democratic nation strives to make itself into a community that can continue to learn and thus adapt itself intelligently to unfamiliar circumstances as they arise”.

²¹ Em *The market and the forum*, Elster (1997) aponta algumas objeções à teoria deliberativa. Embora não a rejeite definitivamente, afirma que as instituições do mundo real estão em algum ponto entre um modelo puramente agregativo – que ele assimila à imagem de “livre mercado” – e um modelo puramente deliberativo – que ele relaciona à imagem de um “fórum”. Isso se dá em função das imperfeições da racionalidade humana, das quais se destacam as limitações psicológicas dos agentes envolvidos na deliberação. De certo modo, essa percepção mais “concreta” sobre o processo deliberativo parece justificar de modo mais acentuado a necessidade de fixar pré-compromissos procedimentais que preservem um grau de racionalidade adequado.

as decisões. Essa estrutura procedimental não visa apenas evitar erros, mas manter a democracia como um espaço em que o debate contínuo é possível, e no qual as decisões não se tornam arbitrárias ou desinformadas.

Manin (1987, p. 354) também ressalta que a deliberação também tem uma função educativa. Ao participar de debates, os participantes ampliam suas perspectivas e reavaliam suas próprias convicções. Essa dinâmica impede que a democracia se torne refém de paixões momentâneas ou de interesses voláteis. É dessa forma que os pré-compromissos procedimentais asseguram que a política não se transforme em uma sequência caótica de decisões incoerentes: as regras que estruturam o processo legislativo organizam o debate e garantem que ele se mantenha focado e direcionado à construção de soluções que reflitam um consenso possível, ainda que parcial.

4 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE SEMIPROCEDIMENTAL: CONCEITO E TIPOLOGIA

O trabalho de Ely convida à reflexão sobre a necessidade de equilibrar processos políticos justos com a proteção de direitos fundamentais. Ao conectar-se esse ideal à concepção deliberativa da democracia, surge uma alternativa que desvia das alternativas comuns e traz novas luzes para o problema do interstício temporal do processo de mudança da Constituição. Sua ênfase na proteção e no reforço dos mecanismos representativos oferece percepções sobre como os tribunais podem contribuir para o aperfeiçoamento das instituições democráticas. Essa conexão foi fundamental para pavimentar o caminho até a teoria do controle semiprocedimental de constitucionalidade.

O primeiro passo para enfrentar o tema é entender sobre que elementos o controle de constitucionalidade pode se debruçar. Para explicar a proposta, Bar-Siman-Tov (2011, p. 1921-1925) propõe que o controle de constitucionalidade seja categorizado em três modelos: procedimental, substantivo e semiprocedimental. Os dois primeiros são velhos conhecidos da teoria constitucional. No contexto brasileiro, por exemplo, são classificados como controles formal e material, respectivamente. Como mostra a jurisprudência do STF, são classes que encontram guarida no constitucionalismo brasileiro há bastante tempo (Brust, 2014, p. 48-53). O terceiro modelo, por sua vez, é uma categoria mais recente, desenvolvida para superar limitações dos tipos tradicionais. Surge como resposta às críticas dirigidas aos enfoques exclusivamente procedimental ou substantivo, que, em determinados contextos, deixam lacunas na proteção da democracia. A divisão entre esses modelos reflete diferentes formas de intervenção judicial e a maneira como os tribunais interagem com o processo político.

O controle procedimental de constitucionalidade concentra-se na verificação da conformidade do processo legislativo com as regras constitucionais. Muitas constituições, como a brasileira, estabelecem de forma explícita normas para a elaboração das leis, o que justifica a atuação dos tribunais para garantir o cumprimento dessas exigências. Por se tratar de diretrizes razoavelmente objetivas, como a observância de quóruns, prazos e ritos de tramitação, o Judiciário encontra menor resistência para fiscalizá-las. De forma simples, Bar-Siman-Tov (2015, p. 280, tradução nossa) explica: “[a] única questão relevante para determinar a validade da legislação é se o legislativo cumpriu certos requisitos processuais. O conteúdo da norma é considerado completamente irrelevante”²².

No Brasil, por exemplo, a CRFB/88 apresenta diversos mandamentos formais que orientam a abertura e o desenvolvimento do processo legislativo. A iniciativa legislativa é um exemplo claro: algumas matérias são de iniciativa privativa do Presidente da República (art. 61, § 1º), outras do STF (art. 93, *caput*) ou do Senado (art. 52, XIII), *etc.* Essas exigências funcionam como barreiras formais para assegurar que o processo siga regras predeterminadas e seja conduzido de maneira ordenada.

²² No original: “The question of whether the legislature met certain procedural requirements in the legislative process is the sole consideration in determining the validity of legislation. The content of the legislation is deemed completely irrelevant”.

No extremo oposto, o modelo substantivo de fiscalização constitucional é a atividade normalmente associada ao papel das cortes constitucionais. Seu propósito central é assegurar que o conteúdo das normas legislativas esteja alinhado com os valores e princípios fundamentais expressos nas constituições. Ao contrário do controle procedimental, o controle substantivo se volta para o mérito das normas, a fim de questionar sua compatibilidade com direitos fundamentais e preceitos constitucionais. Ou seja, “o processo de elaboração da lei é considerado irrelevante [...]. Apenas o produto final do processo legislativo – o conteúdo da norma aprovada – é objeto de revisão judicial”²³ (Bar-Siman-Tov, 2015, p. 279, tradução nossa). No Brasil, por exemplo, a CRFB/88 oferece exemplos claros de limites materiais que as leis devem observar. Um exemplo clássico é a proibição da pena de morte, permitida apenas em caso de guerra declarada. Caso o legislador aprove uma norma que a institua fora dessa situação, a medida estará em conflito evidente com a Constituição. O controle substantivo, nesse contexto, seria acionado para anular a norma ordinária e proteger o preceito constitucional.

Esse tipo de controle é particularmente relevante em matérias que envolvem direitos fundamentais. As cortes constitucionais se posicionam como guardiãs dos limites impostos ao Poder Legislativo, de modo a evitar que pressões políticas momentâneas ou maiorias ocasionais resultem em normas que comprometam a essência dos direitos garantidos constitucionalmente. A aplicação do controle substantivo é tida, portanto, como uma expressão da supremacia constitucional, ao garantir que mesmo as leis aprovadas por maiorias parlamentares estejam sujeitas a limites substantivos.

Contudo, essa prática não é isenta de controvérsias, como bem se viu acima. Trata-se, essencialmente, do problema contramajoritário da jurisdição constitucional. A crítica recai sobre o fato de que as decisões judiciais, ao anularem leis aprovadas por representantes eleitos, podem ser vistas como obstáculos à vontade popular. Além disso, Sadurski (2002, p. 286) chama atenção a outro fato, a respeito do engajamento democrático: o controle de constitucionalidade pode incentivar a irresponsabilidade legislativa, pois seu exercício pode fazer com que os representantes dediquem menor atenção à racionalidade da deliberação. Ou seja, é possível que ele ocasione certa “apatia legislativa”, sob a lógica de que o tribunal estará lá para se dedicar profundamente aos direitos fundamentais envolvidos. O autor afirma ainda que há ainda um segundo efeito adverso, ao fomentar a percepção de que o discurso sobre direitos é uma atividade obscura, reservada para juristas, limitando a deliberação democrática sobre os princípios que fundamentam esses direitos.

O controle semiprocedimental, por sua vez, oferece uma solução intermediária, que integra preocupações procedimentais e substantivas. Trata-se de um “*tertium genus*” no controle de constitucionalidade, na acepção que lhe dá Nascimento (2021, p. 109). Essa abordagem busca melhorar a qualidade das deliberações legislativas e garantir que o processo político não se torne disfuncional. Bar-Siman-Tov (2015, p. 274) sugere que essa tipologia surge como uma resposta à degradação dos procedimentos legislativos tradicionais, marcados pela pressão na aprovação de leis, ausência de deliberação e exclusão sistemática de minorias. Nesse cenário, o Judiciário avalia também se houve uma deliberação que permitisse a confrontação de argumentos e a inclusão de diferentes perspectivas, mesmo nos “casos em que não há disposição constitucional que exija um procedimento legislativo especial para a restrição de certos direitos ou valores”²⁴ (Bar-Siman-Tov, 2015, p. 274, tradução nossa).

Essa nova categoria amplia a análise tradicional ao incorporar um olhar sobre o processo deliberativo que precede a criação normativa – dando cumprimento ao giro deliberativo da democracia. Quer dizer: “os próprios tribunais estabelecem certas exigências procedimentais mais rigorosas quando direitos ou valores específicos são afetados”²⁵ (Bar-Siman-Tov, 2015, p. 274, tradução nossa). Assim, sua função não se limita a confirmar ou negar a constitucionalidade de uma norma com base apenas em seu conteúdo; em vez disso, investiga se o percurso legislativo

²³ No original: “[...] the process in which the legislature enacted the law is considered irrelevant [...]. Only the end product of the legislative process – the content of the enacted law – is the subject of judicial review”.

²⁴ No original: “[...] cases where there is no constitutional provision requiring a special legislative process for the infringement of certain rights or values”.

²⁵ No original: “[...] courts themselves create certain heightened procedural requirements when particular rights or values are infringed”.

contemplou adequadamente os princípios constitucionais em disputa, se as partes interessadas participaram ativamente e se houve tempo suficiente para que os argumentos amadurecessem no debate. Busca retificar falhas processuais *ex post* e, ao mesmo tempo, agir como mecanismo dissuasório para aprimorar os procedimentos legislativos *ex ante*. Por essa razão, Nascimento (2021, p. 109, nota 4) diz que talvez “fossem preferíveis as denominações ‘controle de racionalidade’ ou ‘controle do devido processo legislativo’, mas essas expressões acabaram não se consolidando na literatura”.

Essa abordagem oferece maior profundidade em casos em que o mérito da norma não oferece uma resposta evidente sobre sua compatibilidade constitucional. Com frequência, o conteúdo legislativo não se alinha de forma evidente ao que é considerado constitucional ou inconstitucional, situando-se em uma zona cinzenta (Marmor, 2016, p. 13-15). Nesse contexto, o controle semiprocedimental avalia a racionalidade do processo legislativo como um dos indicadores da legitimidade da norma. Quando o debate se revela inclusivo e bem estruturado, a presunção de racionalidade aumenta – e, por consequência, a presunção de constitucionalidade. Por outro lado, a exclusão de grupos afetados ou a aceleração indevida do processo, por exemplo, reduzem essa presunção. Essa dinâmica oscilante preserva a igualdade de todos os cidadãos no processo de tomada de decisões políticas, reconhecendo que, em questões controvertidas, em que há razoável discordância, a deliberação democrática deve prevalecer. Comella (2021, p. 178-180), por exemplo, afirma que essa presunção advém do argumento da dignidade política. Além disso, segundo ele (2021, p. 157-159), há também um argumento epistêmico: o processo democrático tem maior probabilidade de produzir decisões corretas do que a reflexão individual de um juiz. Isso ocorre porque o legislador, ao deliberar e decidir coletivamente, é capaz de captar melhor os interesses de todos os envolvidos e ponderá-los de forma mais equilibrada.

Nascimento (2021, p. 115) diz que é a partir dessa percepção que essa nova categoria vem sendo utilizada: “para fugir dessa dificuldade (substância versus procedimento), a Corte alemã vem ativando essa modalidade de controle de constitucionalidade somente quando o mérito (conteúdo substantivo) de uma lei é difícil de avaliar devido à complexidade do assunto”. Outras cortes, como as de Bélgica, Colômbia, Estados Unidos, Israel e Peru, além do Tribunal de Justiça da União Europeia e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (Nascimento, 2021, p. 109) também já fizeram uso do tipo semiprocedimental “para incluir a noção de qualidade deliberativa da legislação, em homenagem à crescente atenção dada à racionalidade no processo legislativo” (Nascimento, 2021, p. 113).

Bar-Siman-Tov explica melhor esse ponto. A principal diferença para o modelo substantivo puro é que neste a avaliação é feita “exclusivamente com base no julgamento dos juízes sobre se os testes de ponderação substantiva (como a legitimidade do objetivo perseguido, a adequação entre a medida e esse objetivo e a análise custo-benefício geral da medida restritiva) foram atendidos”²⁶ (Bar-Siman-Tov, 2015, p. 279, tradução nossa). Já o modelo semiprocedimental “complementa esses julgamentos substantivos, ou até parcialmente os substitui, por uma análise procedimental que verifica se o legislativo realizou um exame cuidadoso dessas questões”²⁷ (Bar-Siman-Tov, 2015, p. 279, tradução nossa).

Em contrapartida, o modelo semiprocedimental se afasta do tipo procedimental puro por “impor requisitos procedimentais criados judicialmente que vão além das regras formais, incluindo a necessidade de pareceres, consultas, e debates e deliberações adequados” (Bar-Siman-Tov, 2015, p. 281, tradução nossa)²⁸. O ponto é que “enquanto o modelo puramente procedimental normalmente exige do legislativo um nível de exigências descrito como ‘regularidade procedimental’, a revisão semiprocedimental impõe um padrão mais elevado, que pode ser

²⁶ No original: “[...] based entirely on the judgement of judges on whether substantive balancing tests (such as the legitimacy of the pursued objective; the fit between the measure and that objective; and the over-all cost-benefit of the infringing measure) were satisfied on the merits”.

²⁷ No original: “[...] complements, or even partially substitutes, these substantive judicial judgements with a procedural examination of whether the legislature devoted considered judgement to these questions”.

²⁸ No original: “[...] enforce judicially-created procedural requirements that go beyond the formal rules, including findings, consultation, and proper debate and deliberation”.

caracterizado como ‘racionalidade procedimental’²⁹ (Bar-Siman-Tov, 2015, p. 281, tradução nossa).

Essa concepção se alinha ao ideal de democracia deliberativa ao insistir que a qualidade do processo é tão relevante quanto o seu conteúdo final. Como visto, a “qualidade no exercício da função deliberativa do parlamento é uma razão para a deferência, pois reforça sua legitimidade para ponderar os valores em disputa em casos de incerteza” (Pacola, 2024, p. 95). Nesse caso, o modelo pode exigir que o processo seja reiniciado com maior participação e transparência. O *insight* fundamental da teoria deliberativa é evidenciar que ela depende de um debate contínuo e inclusivo que refine as preferências coletivas. Esse é um ponto crucial para Bar-Siman-Tov, a respeito da maior concordância sobre os procedimentos: “conforme demonstram tanto os trabalhos teóricos de estudiosos da democracia quanto os estudos empíricos de psicólogos sociais, há muito mais consenso, em termos teóricos e sociais, sobre procedimentos adequados do que sobre valores substantivos”³⁰ (Bar-Siman-Tov, 2015, p. 288, tradução nossa).

O controle semiprocedimental também é uma forma de combater falhas estruturais do processo legislativo. Quando maiorias parlamentares dominam a agenda legislativa e marginalizam minorias, o Judiciário pode atuar para garantir a pluralidade no debate. Além disso, o modelo permite que o Judiciário promova ajustes institucionais sem substituir o Legislativo. Uma vantagem central do controle semiprocedimental é que ele não se limita a *anular* uma norma para corrigir falhas processuais. Em vez disso, pode exigir que o processo legislativo seja retomado ou refeito, desta feita de acordo com uma racionalidade procedimental mais adequada. Essa medida permite que diferentes setores da sociedade influenciem o debate e participem da deliberação de forma mais significativa (Bar-Siman-Tov, 2011, p. 1958-1962).

Em contraste com o controle judicial forte, cujas decisões são irrevogáveis, o controle semiprocedimental também se diferencia pelo seu caráter *provisório*. Ao invalidar normas por questões procedimentais, mantém-se aberta a possibilidade de o Legislativo reformulá-las, desde que siga procedimentos deliberativos mais adequados. Essa característica reforça uma dimensão *dialógica* do controle de constitucionalidade. Incentiva o Legislativo a incorporar a gramática dos direitos fundamentais no processo de elaboração normativa, fortalecendo a interação entre poderes. Promove uma articulação interinstitucional e amplia a consideração de valores constitucionais além do ambiente judicial. Em vista disso, Bar-Siman-Tov (2011, p. 1954-1958) afirma que as teorias do diálogo constitucional conferem legitimidade ao modelo, destacando sua relevância na literatura atual. Esse é o sentido de *diálogo* trazido no clássico artigo de Hogg e Bushell (1997, p. 82, tradução nossa): “consiste nos casos em que uma decisão judicial que invalida uma lei [...] é seguida por alguma ação do órgão legislativo competente”³¹; quer dizer, uma consideração forçada de um ponto de vista contramajoritário, mas que não contém *exclusividade* sobre a interpretação constitucional. Com essa concepção, Giuffré (2024, p. 10) defende que o constitucionalismo deve impulsionar a deliberação democrática, não limitá-la.

Por essas razões, Bar-Siman-Tov (2011, p. 1927) também sugere que o controle semiprocedimental é menos vulnerável à crítica do “ativismo judicial” do que o controle substantivo. Como o foco está no processo deliberativo, e não apenas no conteúdo normativo, o controle judicial interfere de forma mais moderada e com menor carga valorativa. Essa abordagem reduz a necessidade de juízes tomarem decisões baseadas em julgamentos subjetivos sobre a justiça ou o mérito das normas. Por outro lado, ele também argumenta que a mera existência do controle semiprocedimental pode incentivar legisladores a aderirem mais rigidamente às normas processuais e deliberativas. Isto é, a expectativa de um controle judicial posterior pode motivar os

²⁹ No original: “[...] while the purely procedural model typically holds the legislature to a level of requirements that can be described as ‘procedural regularity’, SPR typically subjects the legislature to the much higher standard that can be described as ‘procedural rationality’”.

³⁰ No original: “[...] as both theoretical work by democratic theorists and empirical work by social psychologists establish – there is significantly more theoretical and societal agreement about proper procedures than about substantive values”.

³¹ No original: “[...] consists of those cases in which a judicial decision striking down a law [...] is followed by some action by the competent legislative body”.

parlamentares a evitar violações deliberadas ou procedimentos acelerados que comprometam a legitimidade da norma.

Desse modo, a tipologia semiprocedimental propõe uma abordagem flexível para os desafios da democracia contemporânea. Como explica Bar-Siman-Tov (2015, p. 298), ela compartilha da justificativa do controle substantivo – uma preocupação central com a proteção dos direitos fundamentais –, ao mesmo tempo em que permite maior deferência legislativa nos casos em que houver efetivo cumprimento de padrões deliberativos mais racionais. Ao preservar a integridade deliberativa, esse modelo fortalece a democracia e promove respostas dialógicas em momentos de crise³².

5 O PAPEL DEMOCRÁTICO DOS DOIS TURNOS DE VOTAÇÃO

Chega-se, enfim, à questão do interstício temporal. De que forma se deve interpretar essa restrição constitucional às Propostas de Emenda? De um lado, há as análises puramente substantiva e procedimental, que unidas conduzem à impossibilidade de fiscalizar o intervalo de votação; quer dizer, uma vez que o procedimento formal foi cumprido, restaria apenas o exame do conteúdo, em face das cláusulas pétreas. Essa é a atual posição do STF, que se nega a expandir sua avaliação para os atos *interna corporis* do Congresso Nacional (Nascimento, 2023, p. 109).

Ocorre que, por tudo que foi aqui apresentado, essa doutrina deve ser descartada. O fundamento é relativamente simples: na prática, essa dinâmica esvazia todo o propósito do interstício temporal previsto pelo constituinte. A previsão dos dois turnos, traduzida como um pré-compromisso constitucional, não pode ser interpretada apenas como um protocolo a ser cumprido, mas como uma salvaguarda destinada a assegurar que o processo legislativo não seja conduzido de forma apressada – protegendo-se, assim, a racionalidade da deliberação. A essência dos pré-compromissos reside em sua capacidade de conter impulsos momentâneos e garantir que mudanças estruturais sejam fruto de um processo deliberativo amplo e inclusivo. Reduzir o interstício a poucos minutos enfraquece a possibilidade de uma discussão significativa e impede que as questões relevantes sejam revisadas com a seriedade que uma mudança constitucional exige.

Conforme explica Silva (2014, p. 448-49) – ele que participou pessoalmente do processo de elaboração do texto constitucional –, “esse interstício tem por finalidade não só propiciar maior reflexão dos próprios parlamentares, para uma nova rodada de discussão”, mas também visa evitar “emendas precipitadas que surpreendem a expectativa da Nação”. Ele explica que por essa mesma razão as Constituições brasileiras de 1891 (art. 90, § 2º), 1934 (art. 178, § 1º) e 1946 (art. 217, § 2º) já estabeleciam que os dois turnos não poderiam acontecer na mesma sessão legislativa ordinária. Bastos e Martins (1995, p. 347) também afirmam que o interstício exige a “meditação dos constituintes derivados, após a primeira votação, dos reflexos e reações da sociedade que representam”. Segundo eles, caso a sociedade, de forma inequívoca, “demonstrar descontentamento com a alteração pretendida, o segundo turno permitirá a não-aprovação do texto, com o que a natural exigência de dois turnos passa a ter relevante significado”.

Ao validar essa prática, o STF transmite a mensagem de que está descartando como supérfluo o contexto deliberativo da decisão. Permitir que o Congresso se distancie das exigências procedimentais mínimas de racionalidade, sem nenhuma supervisão externa, enfraquece o sistema de pesos e contrapesos e abre espaço para a consolidação de práticas que fragilizam a integridade democrática. Assim vistas as coisas, a doutrina dos atos *interna corporis* também encontra limites na própria lógica da separação de poderes. Em situações extremas, essa doutrina pode resultar na aprovação de emendas constitucionais com consequências profundas sem que o processo de reflexão necessário tenha sido respeitado, minando a legitimidade das reformas aprovadas.

³² Nascimento, por sua vez, adota um tom bastante crítico ao novo modelo. Segundo ela (2021, p. 114), o problema “é que não se dispõe de uma doutrina clara em torno de quais elementos do processo legislativo interno devem ser considerados relevantes, em que medida devem ser cumpridos e o que conta como um bom debate legislativo. Sem isso, o ‘giro procedimental’ pode gerar muita insegurança jurídica e duplos padrões”.

Além disso, do ponto de vista da teoria deliberativa, essa prática inviabiliza a formação de consensos e a correção de erros, que são elementos fundamentais de uma deliberação pública em bom funcionamento. Essa aceleração impede que a sociedade tome conhecimento das propostas em discussão e priva os cidadãos da oportunidade de debater seu conteúdo, entrar em contato com seus representantes e influenciar o processo político de forma *responsiva*. Sem tempo hábil para a exposição jornalística e a crítica acadêmica, por exemplo, o escrutínio público e a circulação de informações essenciais para uma deliberação qualificada são bastante limitados. Desse modo, corre-se o risco de enfraquecer a confiança pública nas instituições democráticas. Os cidadãos podem perceber que mudanças profundas na ordem constitucional são realizadas sem a devida deliberação e participação popular, o que pode alimentar sentimentos de alienação e distanciamento do processo político. Desconsiderar o interstício temporal é, portanto, desrespeitar uma escolha constitucional consciente de promover uma deliberação mais racional. Conforme afirma Holmes (1995, p. 194), “os cidadãos de uma democracia desejam tomar boas decisões hoje porque, entre outras razões, percebem que terão de arcar pessoalmente com os custos de decisões ruins no futuro”.

Existe também outro fundamento, este mais complexo. Como aborda Mendes (2008, p. 137) no Brasil, a discussão sobre a legitimidade do controle de constitucionalidade de atos infraconstitucionais não pode ignorar que a Constituição estruturou expressamente um sistema robusto de fiscalização constitucional. Isso, entretanto, não pode ser dito a respeito do controle de Emendas; trata-se de construção jurisprudencial do STF, que o equiparou sem maiores dificuldades ao controle de constitucionalidade comum. Mendes (2008, p. 169) explica, contudo, que isso é inadequado: “[o] problema não é petrificar, por exemplo, os cinco primeiros artigos da Constituição (os quais, *grosso modo*, poucos ousariam contestar), mas petrificar a visão que o STF possui sobre essas disposições normativas”.

Mendes (2008, p. 170-171) apresenta um cenário hipotético em que, mesmo diante de um consenso amplo e repetido no Parlamento, o Judiciário poderia invalidar emendas constitucionais com base em interpretações jurídicas abstratas. Essa hipótese ilustra um problema central do controle substantivo sobre as Emendas: a possibilidade de que decisões reiteradamente aprovadas por legisladores sejam bloqueadas indefinidamente pelo tribunal, o que sugere um descompasso entre a fiscalização constitucional e a legitimidade democrática. Ele argumenta que, embora o sistema brasileiro busque refinar o processo decisório e conter maiorias eventuais, ele pode também funcionar como um obstáculo intransponível para reformas amplamente consensuais. Nesse contexto, a única alternativa para superar essa barreira seria aguardar a renovação da composição do tribunal.

O controle semiprocedimental pode ajudar a resolver esse impasse. Ele ajuda a equilibrar os argumentos na mesa: a possível negação do poder constituinte reformador pela jurisdição constitucional e o fato de que a CRFB/88, de fato, trouxe alguma proteção *a mais* para as cláusulas pétreas dispostas no art. 60, § 4º. O fundamental é perceber que, se for para aceitar que o STF se debruce sobre as Emendas, então ao menos ele deve ser mais cuidadoso ao julgá-la, preferindo uma posição que não seja apenas de substituição. Uma atitude que, sem abandonar a proteção dos direitos fundamentais, favorece uma maior deferência em relação ao Legislativo. Como diz Pacola (2024, p. 87), “é uma forma de a corte estimular a justificação no parlamento, ao sinalizar que dará maior margem de atuação autônoma para o parlamento na medida em que melhore seu desempenho deliberativo”.

Trata-se da concretização de um antigo adágio latino, segundo o qual “quem pode o mais pode o menos”. Se o tribunal pode invalidar emendas por razões materiais, como a incompatibilidade com as cláusulas pétreas, não há razão convincente para que não possa examinar a racionalidade procedimental da votação. Ao recusar-se a analisar o processo deliberativo, o tribunal adota uma postura que parece contraditória: interfere na substância do texto, mas fecha os olhos para as condições em que ele foi produzido. Essa é uma conclusão que o próprio Mendes (2008, p. 171) admite: “[p]ara as questões mais sensíveis de moralidade política, parece sensato instituir algumas cautelas, submetê-las a outro tipo de procedimento, sujeito não ao tempo da política ordinária, mas ao da política constitucional, estabelecer uma interlocução entre os poderes, *etc*”.

Hailbronner (2021) também acrescenta um argumento importante. A autora alemã (2021, p. 506-513) explica que um controle voltado para a prática legislativa estabelece um equilíbrio necessário entre deferência e supervisão judicial, em especial no tema das Emendas – que, como no Brasil, também na Alemanha recebem uma proteção a mais na Constituição. Para ela, essa ideia se alinha à postura que Ely inaugurou na década de 1980: uma dose saudável de ceticismo em relação aos tribunais e, na mesma medida, ao processo legislativo. Isto é, “por mais que haja necessidade de adaptação, só faremos justiça a *Democracy and Distrust* se o lermos como uma teoria sobre quando os tribunais devem tanto confiar quanto desconfiar”. Ela conclui alertando que a “experiência alemã com a revisão orientada à otimização democrática revela o quão difícil é encontrar esse equilíbrio. Ela também demonstra o quanto é essencial alcançá-lo”³³ (Hailbronner, 2021, p. 514, tradução nossa).

6 CONCLUSÃO

Como se observa na literatura constitucional – e no Brasil esse tema vem recebendo bastante atenção –, o controle de constitucionalidade trava uma verdadeira batalha para se acomodar à democracia. Por vezes, parece difícil compatibilizá-los; as soluções teóricas costumam ser vistas como idealizações acadêmicas, inalcançáveis na prática. Este artigo teve o propósito consciente de demonstrar que isso é possível, sem necessariamente comprometer a proteção dos direitos fundamentais. Para isso, partiu-se de perguntas simples: o que uma pausa pode fazer por uma decisão? Como proteger o valor da deliberação no processo político? Em resposta a essas indagações, alguns pontos emergem:

(1) John Hart Ely trouxe uma visão inovadora sobre o papel do controle de constitucionalidade ao destacar que o processo democrático, embora seja a fonte de legitimidade em uma democracia constitucional, nem sempre é imune a falhas. Sua teoria reconfigura a função do controle judicial: ao invés de atuar como um órgão que invalida decisões de cima para baixo, ele age como um garantidor da própria dinâmica democrática, corrigindo desajustes que comprometem o processo político. Embora as discussões sobre a concepção deliberativa de democracia ainda fossem muito incipientes quando Ely publicou sua principal obra, ele foi fundamental para a construção de uma interpretação mais democrática do direito constitucional;

(2) Um controle judicial limitado ao mérito ou ao cumprimento formal das regras de votação se mostra insuficiente para preservar a integridade democrática no processo de emendas. O controle semiprocedimental permite que o Judiciário preserve a autonomia legislativa e promova uma deliberação de maior qualidade, de modo a atuar como um agente que incentiva o Parlamento a respeitar as etapas deliberativas com mais atenção. Nesse modelo, o Judiciário emite uma mensagem que reabre o processo político e sugere condições para uma deliberação mais adequada;

(3) O intervalo entre os turnos de votação não se resume a um requisito de forma; ele funciona como uma garantia procedimental que favorece uma deliberação mais aberta e inclusiva. Ao exigir essa pausa, a Constituição propicia que as mudanças em discussão – que, por alterar as bases constitucionais do país, orientam novos rumos e políticas de longo prazo – passem pelo crivo do debate público, permitindo que a sociedade acompanhe, avalie e reaja a propostas que impactam o documento normativo mais importante de um Estado. Essa é uma conclusão que é ainda mais forte no contexto das Emendas, diante da possibilidade de petrificação judicial de certas decisões.

Em suma, é perceptível que o modelo semiprocedimental se aproxima de forma mais adequada de um controle de constitucionalidade dialógico. Ao invés de fechar o canal de comunicação política com uma decisão final, emite uma mensagem que reabre o processo político, destacando condições que poderiam ser adotadas em prol de uma dinâmica legislativa mais racional. Ao agir assim, consegue levar a sério o propósito que subjaz ao interstício temporal: garantir uma dimensão deliberativa que qualifica a decisão, sem que os representantes populares sejam alijados desse processo.

³³ No original: “[...] whatever the need for adaptation, we will only do justice to *Democracy and Distrust* if we read it as a theory of where courts should both trust and distrust. The German experience with democracy-optimizing review shows how difficult it is to strike that balance. It also shows how necessary it is to do so”.

REFERÊNCIAS

- BAR-SIMAN-TOV, Ittai. The puzzling resistance to judicial review of the legislative process. **Boston University Law Review**, Boston, USA, v. 91, n. 6, p. 1915-1974, 11 maio 2011. Disponível em: <https://www.bu.edu/law/journals-archive/bulr/volume91n6/documents/BAR-SIMAN-TOV.pdf>. Acesso em: 26 out. 2024.
- BAR-SIMAN-TOV, Ittai. Semiprocedural judicial review. **Legisprudence**, v. 6, n. 3, p. 271-300, 14 set. 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.5235/17521467.6.3.271>. Disponível em: 21 out. 2024.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva, 1995, v. 4, t. I.
- BERGER, Raoul. Ely's "theory of judicial review". **Ohio State Law Journal**, v. 42, p. 87-130, 1981. Disponível em: https://kb.osu.edu/bitstream/handle/1811/65127/1/OSLJ_V42N1_0087.pdf. Acesso em: 15 out. 2024.
- BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986 [1962].
- BRUST, Leo. **Controle de constitucionalidade: a tipologia das decisões do STF**. Curitiba: Juruá, 2014.
- CAMPBELL, Tom. Legal positivism and deliberative democracy. **Current Legal Problems**, v. 51, n. 1, 1998, p. 65-92. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/clp/51.1.65>. Acesso em: 28 set. 2024.
- COMELLA, Víctor Ferreres. **Justicia constitucional y democracia**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2021.
- DIXON, Rosalind. **Responsive judicial review: democracy and dysfunction in the modern age**. Oxford: Oxford University Press, 2023.
- DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. 2. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
- DWORKIN, Ronald. Equality, democracy, and constitution: we the people in court. **Alberta Law Review**, v. 28, n. 2, p. 324-346, 01 fev. 1990. Disponível em: <https://doi.org/10.29173/alr1605>. Acesso em: 31 set. 2024.
- ELSTER, Jon. **Ulysses and the sirens: studies in rationality and irrationality**. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.
- ELSTER, Jon. The market and the forum: three varieties of political theory. In: BOHMAN, James; REHG, William (orgs.). **Deliberative democracy: essays on reason and politics**. Cambridge: The MIT Press, 1997. Cap. 1, p. 3-33. Disponível em: <https://doi.org/10.7551/mitpress/2324.003.0004>. Acesso em: 18 out. 2024.
- ESTLUND, David; LANDEMORE, Hélène. The epistemic value of democratic deliberation. In: BACHTIGER, Andre; DRYZEK John S., MANSBRIDGE, Jane; WARREN, Mark. **The Oxford handbook of deliberative democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2018. Cap. 7, p. 113–

131. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780198747369.013.26>. Acesso em: 17 set. 2024.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust**: a theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FRIEDMAN, Barry. The history of the countermajoritarian difficulty: the birth of an academic obsession, part five. **The Yale Law Journal**, v. 112, n. 2, p. 153-259, 16 out. 2002. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.312024>. Acesso em: 25 out. 2024.

GARDBAUM, Stephen. Comparative political process theory. **International Journal of Constitutional Law**, v. 18, n. 4, p. 1429–1457, 18 dez. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/moaa084>. Acesso em: 11 out. 2024.

GIUFFRÉ, C. Ignacio. The coming of age of deliberative constitutionalism. **Canadian Journal of Law & Jurisprudence**, *Ahead of Print*, p. 1-35, out. 2024. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/cjlj.2024.14>. Acesso em: 28 dez. 2024.

HAILBRONNER, Michaela. Combatting malfunction or optimizing democracy? Lessons from Germany for a comparative political process theory. **International Journal of Constitutional Law**, v. 19, n. 2, p. 495–514, 10 jun. 2021. Disponível em: <http://doi.org/10.1093/icon/moab043>. Acesso em: 19 set. 2024.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charter of rights isn't such a bad thing after all). **Osgoode Hall Law Journal**, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997. Disponível em: <https://doi.org/10.60082/2817-5069.1612>. Acesso em: 29 jul. 2024.

HOLMES, Stephen. **Passions and constraint**: on the theory of liberal democracy. Chicago: Chicago University Press, 1995.

LEVY, Ron. Rights and deliberative systems. **Journal of Deliberative Democracy**, v. 18, n. 1, p. 27-37, 25 mar. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.16997/jdd.1086>. Acesso em: 03 nov. 2024.

KLARMAN, Michael J. The puzzling resistance to political process theory. **Virginia Law Review**, v. 77, n. 4, p. 747-832, maio 1991. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1073297>. Acesso em: 04 nov. 2024.

MANIN, Bernard. On legitimacy and political deliberation. Trad. de Elly Stein e Jane Mansbridge. **Political Theory**, v. 15, n. 3, p. 338-368, ago. 1987. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/0090591787015003005>. Acesso em: 02 out. 2024.

MARMOR, Andrei. Randomized judicial review. In: BUSTAMANTE, Thomas; FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Democratizing constitutional law**: perspectives on legal theory and the legitimacy of constitutionalism. New York: Springer: 2016. Cap. 2, p. 13-28.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2008.

NASCIMENTO, Roberta Simões. O controle semiprocedimental da legislação: lineamentos introdutórios. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos (orgs.). **Transformações do Direito Administrativo – controle de administração pública**: diagnósticos e desafios. São Paulo: Editora FGV, 2023. Cap. 7, p. 108-121.

NOZICK, Robert. **Anarchy, state and utopia**. New York: Basic Books, 1974.

PACOLA, Bernard Assef. Deferência judicial à qualidade deliberativa do processo legislativo. **Revista de Informação Legislativa**, v. 61, n. 244, p. 79/-107, dez. 2024. Disponível em: https://doi.org/10.70015/ril_v61_n244_p79. Acesso em: 27 dez. 2024.

RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

SADURSKI, Wojciech. Judicial review and the protection of constitutional rights. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 22, n. 2, p. 275–299, 2002. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/ojls/22.2.275>. Acesso em: 02 nov. 2024.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos**: principais decisões. 4. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2021.

SUNSTEIN, Cass R. **The partial constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

TRIBE, Laurence. The puzzling persistence of process-based constitutional theories. **The Yale Law Journal**, v. 89, v. 6, pp. 1063-1080, maio 1980. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/796023>. Acesso em: 20 maio 2023.

TUSHNET, Mark V. **Red, white, and blue**: a critical analysis of constitutional Law. Cambridge: Harvard University Press, 1988.

WECHSLER, Herbert. Toward neutral principles of constitutional law. **Harvard Law Review**, v. 73, n. 1, p. 1-35, nov. 1959. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1337945>. Acesso em: 30 ago. 2024.

Artigo recebido em: 2/2/2025.

Aprovado em: 05/6/2025.