

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA III

ANDRÉ PARMO FOLLONI

RICARDO DOS REIS SILVEIRA

JULIA MAURMANN XIMENES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C758

Constituição e democracia III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: André Parmo Folloni, Julia Maurmann Ximenes, Ricardo Dos Reis Silveira – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-290-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Constituição. 3. Democracia.

I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA III

Apresentação

Entre os dias 7 e 9 de dezembro o XXV Congresso Nacional do CONPEDI ocorreu em Curitiba, com o tema Cidadania e Desenvolvimento sustentável: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

Diante da pertinência com esta temática, o grupo de trabalho Constituição e Democracia se reuniu em diferentes salas, e a presente apresentação trata do grupo III.

A tensão entre Direito e Política esteve presente durante as discussões, com debates sobre o momento histórico, político e constitucional brasileiro após os acontecimentos de 2016, bem como a atuação dos diferentes atores da sociedade, do campo político e do campo jurídico.

Assim, as pesquisas refletem inquietações sobre a efetivação da democracia no Brasil a partir de diferentes atores sociais: cidadão, Sindicatos, Poder Legislativo, Supremo Tribunal Federal, Ministério Público dentre outros objetos analisados.

Algumas pesquisas trataram de casos específicos, como a ADI 4429/DF, a PEC 65 e a PE 33 /2011.

As inquietações continuam mas o debate proporcionou um rico momento para a pesquisa jurídica.

Boa leitura!!!

Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Prof. Dr. André Parmo Folloni - PUCPR

Prof. Dr. Ricardo Dos Reis Silveira - UNAERP / UNIFEB

**SUPREMO LEGISLADOR FEDERAL: QUAL SERÁ O PRÓXIMO PASSO?
PERMITIR A PENA DE MORTE?**

**SUPREME FEDERAL LEGISLATOR: WHAT IS THE NEXT STEP? ALLOW THE
DEATH PENALTY?**

Alex Pereira Franco

Resumo

RESUMO: O presente artigo analisará o papel do Supremo Tribunal Constitucional como órgão instituído pelo poder constituinte originário, que delimitou suas competências, atribuições e limites, bem como se o mesmo em suas decisões vem respeitando essas delimitações contidas na Constituição Federal ou encontra-se atuando como um órgão inconstitucional, usurpando competência de outros Poderes e os apequenando-os, caso em que novos instrumentos teriam que ser utilizados pelo constituinte derivado para restabelecer o equilíbrio entre os Poderes e o sistema de freios e contrapesos.

Palavras-chave: Palavras-chave: supremo tribunal federal, Inconstitucionalidade, Atuação, Proposta de emenda constitucional 33

Abstract/Resumen/Résumé

This article will examine the role of Supreme Constitutional Court as a body constituted by the constituent power originates, which restricted its powers, duties and limits, as well as in their decisions is respecting these boundaries contained in the Constitution or is acting as a unconstitutional body, usurping powers of other powers and decreasing them, hypothesis it which would have new instruments to be used by the constituent derived to restore the balance of powers and the system of checks and balances.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Supreme constitutional court, Unconstitutionality, Performance, Proposed constitutional amendment 33

1. INTRODUÇÃO

O presente tem como objetivo geral analisar qual o papel do Supremo Tribunal Federal (STF) dentro do Estado Democrático de Direito, como poder constituído e que portanto tem suas atribuições e limitações definidas pela Constituição Federal, bem como analisar se esse órgão está atuando como poder constituído ou encontra-se em atuação ilegítima, inconstitucional, extrapolando suas funções.

Como objetivo específico serão analisados quatro acórdãos do STF no sentido de verificar se esse órgão está extrapolando suas funções constitucionais, de órgão constituído, ou assumindo o papel de legislador constituinte derivado indevidamente, transformando as normas constitucionais em meras folhas de papel, o que geraria um desequilíbrio entre os poderes da República Federativa do Brasil, com o apequenamento principalmente do Poder Legislativo, bem como levaria a um desequilíbrio entre os sistemas de freios e contrapesos.

Em sendo a resposta supra mencionada positiva, as consequências dessa suposta atuação do STF serão avaliadas, bem como analisadas se medidas como a Proposta de Emenda à Constituição de n.º 33 são constitucionais e legítimas para restabelecer o equilíbrio entre os Poderes da República Federativa do Brasil e a harmonia do sistema de freios e contrapesos.

Assim, na primeira parte do artigo será objeto de estudo a posição do Supremo Tribunal Federal como poder constituído e reflexivo da Constituição Federal.

Já na segunda parte o tema Supremo Constitucional Federal inconstitucional será discorrido, delimitando as hipóteses em que esse órgão agiria fora dos seus limites e competências.

Ato contínuo, quatro acórdãos do STF serão analisados afim de verificar se há compatibilidade dos mesmos com a Constituição Federal ou não, caso em que a Corte Suprema teria atuado de forma irregular, inconstitucional.

No próximo tópico a Proposta de Emenda Constitucional n.º 33 será debatida, avaliando sua legitimidade, constitucionalidade e eficácia para restabelecimento da equilíbrio entre os Poderes e a boa convivência entre os sistemas de freios e contrapesos.

Por fim, apresentar-se-á uma conclusão sobre o objeto de análise desse artigo.

O método utilizado para feitura desse artigo é o dedutivo, sendo a pesquisa realizada por meio de levantamento bibliográfico e análise de dados de órgãos públicos.

2. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO PODER CONSTITUÍDO E REFLEXIVO

O poder constituinte originário pode ser entendido como sendo “*a força política consciente de si que resolve disciplinar os fundamentos do modo de convivência na comunidade jurídica.*” (BRANCO; COELHO; MENDES, 2008, p. 197)

Compete ao poder constituinte originário gerar e organizar os poderes do Estado (BRANCO; COELHO; MENDES, 2008, p. 197), estabelecendo suas competências, atribuições e limites. Para tanto, esse poder se caracteriza como inicial, ilimitado e incondicionado. (BRANCO; COELHO; MENDES, 2008, p. 198)

Assim, todos os demais poderes são constituídos pelo poder constituinte originário e por ele limitados e vinculados, ou seja, os poderes constituídos não são o que se autoproclamam, o que pretendem ou o que dizem ser. Eles são o que o poder constituinte originário estabeleceu na Constituição Federal e devem atuar dentro desses limites e competências. Fora desses parâmetros, os poderes e autoridades públicas estarão atuando em desconformidade com a Constituição Federal criada pelo poder constituinte originário. Como aduz BRUM e MORAIS:

Como todos sabemos – ou deveríamos saber – há apenas um poder constituinte. Todas as demais “autoridades” públicas e poderes estatais são constituídos, portanto, por aquele fundados, e em relação àquele limitados e vinculados. Assim, estes “existem” em razão de uma decisão do constituinte. E não apenas são constituídos abstratamente pelo constituinte em sua forma como também em seu conteúdo. Daí a pertinência de debatermos os possíveis mecanismos de controle institucional a serem exercidos sobre eles. (BRUM; MORAIS, 2016)

Nesse contexto, o poder constituinte originário criou o Supremo Tribunal Federal (STF) e estabeleceu suas competências, atribuições e limites da mesma forma que o fez com os demais poderes e órgãos. Dentre as competências do STF, v.g., está a de julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). Caso o poder constituinte originário entendesse que a melhor opção seria não deixar essa tarefa a cargo da Suprema Corte Brasileira, poderia atribuir essa tarefa a outro poder ou órgão. A título de exemplo, no Reino Unido não há controle de constitucionalidade, ou seja, nenhuma lei votada pelo parlamento pode ser afastada por outro órgão. (BARROSO, 2011, p. 13)

Assim, no caso da República Federativa do Brasil, o poder constituinte originário estabeleceu dentre as competências do STF a guarda precípua da constituição. Em nenhum momento a Constituição Federal atribuiu à Corte Suprema a competência de modificá-la ou de criar normas constitucionais.

Portanto, a atividade do Supremo Tribunal Federal é reflexiva da Constituição Federal, ou seja, cabe a esse órgão refletir em suas decisões o conteúdo contido na CR/88 e não criar ou modificar suas normas, como ensina BRUM E MORAIS:

A democracia como reflexividade deliberativa reduziria, então, as distâncias entre a democracia formal – ou seja, procedimento – e a democracia substancial – como conteúdo –, permitindo corrigir algumas das falhas do sistema democrático original, centrado na regra da maioria e na decisão política. Mas isso nem de longe pode significar que as Cortes Constitucionais devam enxergar a si mesmas como depositárias de desejos de grupos ou atores sociais. O exercício de uma legitimidade reflexiva tem como “espelho” a Constituição, seus limites e possibilidades. As Cortes, portanto, devem “refletir” de modo contínuo e duradouro o pacto constituinte, sendo instrumentos de consecução da vontade constitucional, e jamais funcionando como senhoras dessa vontade. Com efeito, ver no Supremo Tribunal Federal uma espécie de “permanente poder constituinte”, para utilizarmos as palavras do Ministro Celso de Mello, representa a destruição da sua legitimação pela via da reflexividade. (BRUM; MORAIS, 2015).

O Constituinte Originário brasileiro foi bem claro ao elaborar a Constituição da República Federativa do Brasil, atribuindo ao STF a guarda da constituição e ao Poder Legislativo a tarefa de alterá-la dentro dos limites estabelecidos na própria Constituição, atuando esse como poder constituinte derivado, além de ser esse o poder competente e legítimo para elaboração das leis infraconstitucionais.

3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL INCONSTITUCIONAL

Nesse contexto, toda vez que o Supremo Tribunal Federal atua fora das suas atribuições, modificando ou criando normas constitucionais e infraconstitucionais ou dando às mesmas sentido totalmente diverso do que realmente possuem, estará agindo ilegitimamente, assumindo papel de autoridade inconstitucional, conforme expõe BRUM, MORAIS e NETO:

Em outras palavras, o que estamos sugerindo aqui é que, ao decidir como decidiu (a exemplo, de forma mais expressiva, do caso recente da “presunção de inocência”), contra texto expresso de dispositivo constitucional ou inovando de modo a “transformar-se em” (ou mesmo simplesmente usurpar) o poder constituinte, o STF acaba por assumir feições de uma “autoridade inconstitucional”. (BRUM; MORAIS; NETO, 2016)

Como já dito, o artigo 102 da C.F. atribui ao Supremo Tribunal Federal a tarefa de guardar a constituição. Ora, guardar é bem diverso de modificar ou criar. Guardar é manter, conservar. Ao agir de forma ilegítima, referido poder atua ilegitimamente e contrariamente à democracia, atuando como se a Constituição fosse propriedade sua e que o mesmo pudesse dela dispor da forma como bem entendesse. Nos dizeres de BAHIA, OLIVEIRA e SILVA e BAHIA, OLIVEIRA e MORAIS:

[...]Ora, se o Supremo Tribunal Federal – assim como qualquer órgão público e cada cidadão (nos termos propostos por Peter Häberle – é um guardião da Constituição, ele não pode se comportar como se fosse “dominus” dela, sob pena de frustrar a co-participação democrática de todos nos processos constitucionais, *privatizando* a Constituição a alguns poucos. (BAHIA; OLIVEIRA; SILVA, 2016)

Se os direitos e garantias fundamentais, assim como o controle democrático das instituições, formam aquele sistema de direitos sobre os quais assentimos ao regular nossas vidas em comum, jurídica e democraticamente (Habermas), então, abrir mão deles é romper com tal compromisso que nos constitui enquanto sociedade política. (BAHIA; OLIVEIRA; MORAIS, 2016)

Não se pode deixar de trazer à tona a crítica realizada por BRUM e MORAIS, pela clareza e objetividade:

Portanto, ao STF incumbe “guardar” a nossa CRFB/88. O que não significa, sem adentrarmos no debate hermenêutico (sempre muito bem posto pelo parceiro Lenio Streck), que a ele se deu a possibilidade de tomar o texto constitucional como se seu fosse. Pô-lo, por assim dizer, sob sua custódia não significa dar-lhe uma atribuição constituinte. Ao contrário, como órgão constituído deve manter sua legitimidade exatamente por exercer suas atribuições nos limites – formais e materiais – que o único poder constituinte, manifestado por meio da ANC de 87/88, lhe deu. Ao agir para além deles, extrapolando-os, insere-se no âmbito da inconstitucionalidade. (BRUM; MORAIS, 2016)

Portanto, não cabe aos ministros do Supremo Tribunal Federal proferirem seus julgamentos em conformidade com seu pensamento pessoal, com sua moral interior, com o que entende que seria a melhor norma. Cabe a esses observarem obrigatoriamente nos julgamentos que exaram as normas constitucionais e infraconstitucionais elaboradas em conformidade com o Estado Democrático de Direito, salvo nos casos em que as normas infraconstitucionais forem declaradas inconstitucionais ou sofrerem uma interpretação conforme a Carta Magna ou no caso de inconstitucionalidade material de emenda constitucional, sob pena do pacto político que estabeleceu a República Federativa do Brasil e o Estado Democrático de Direito ser violado, conforme aduzem BARRETO e STRECK:

Explicando melhor: em um regime democrático, como bem afirma Ronald Dworkin, em *A Virtude Soberana*, é preciso fazer uma distinção entre preferências pessoais e questões de foro de princípio. O judiciário pode intervir – e deve – sempre que estiver em jogo uma questão de princípio. Mas não cabe a este poder exarar decisões que manifestem preferências pessoais de seus membros ou de uma parcela da sociedade (Dworkin, 2002, 2006). Isso se deve a um motivo bastante simples: a democracia é algo muito importante para ficar à mercê do gosto pessoal dos representantes do Poder Judiciário.

[...]

Alfás, como bem diz Dworkin, não deve importar ao direito o que os juízes pensam sobre o direito, sobre a política, sobre o futebol etc. Aplicar o direito quer dizer “fazer interpretação com base em argumentos de princípio” e não por argumentos pessoais” etc. Portanto, quando se pergunta ao Judiciário alguma coisa, este não pode responder com argumentos pessoais, políticos, morais etc. Em uma democracia não se quer saber o que o juiz pensa sobre determinado fenômeno; o que se quer saber é como se pode alcançar uma resposta a partir do direito. E

definitivamente, o direito não é – e não pode ser – aquilo que o judiciário “diz que é”.! (BARRET; STRECK, 2009).

Assim, se ao Supremo Tribunal Federal cabe a guarda da Constituição, mas esse órgão não a guarda, pelo contrário, a contraria, a modifica, esse órgão de cúpula do Poder Judiciário, que foi instituído para garantir o respeito às normas constitucionais e infraconstitucionais, não cumpre seu papel, deixando de velar pelo respeito à repartição de competências estatuída pelo Constituinte Originário, contribui para a desestruturação do “ *sistema de limites e garantias em que todos os poderes estatais se sustentam.*” (MORAIS; NETO; TASSINARI, 2014, p. 65)

Como já dito no tópico anterior, o Supremo Tribunal Federal somente existe como tal porque o constituinte originário assim o quis e esse delineou todas as atribuições desse órgão, não sendo legítimo ao mesmo usurpar as competências e atribuições dos demais poderes e órgãos. Quando assim o faz, age inconstitucionalmente. Sobre o tema aduz BRUM, MORAIS e NETO:

[...] se não fosse a decisão constituinte de os criar, estes não existiriam. Se não fosse o constituinte estabelecer-lhes as competências e formas de atuação, estes não estariam aí, para pôr em prática aquilo que, por opção constituinte – repetimos -, foi estabelecido como opção para a construção daquela que foi a maior das opções: o Estado Democrático de Direito, caracterizado, sinteticamente, por uma constituição rígida e por um mecanismo de controle material de constitucionalidade, voltado à transformação social e não apenas à uma adaptação circunstancial, como querem os objetivos da República, inseridos no art. 3º da Constituição do Brasil

Portanto, quando as autoridades constituídas – quaisquer delas – agem em desencontro com as opções constituintes o fazem inconstitucionalmente, seja pela forma na tomada de decisão, que desrespeita os padrões e as estruturas constitucionais, seja pelo conteúdo, que se desvia, para além – extrapolando o conteúdo da norma – ou para quem – não pondo em prática aquilo que o constituinte estabeleceu – das decisões constituintes plasmadas no texto constitucional

Assim, poderíamos parafrasear Otto Bachoff e dizer que, para além das normas constitucionais inconstitucionais, há *instituições constitucionais inconstitucionais*...Pelo menos naqueles momentos em que, agindo, mesmo no cumprimento formal de suas atribuições constitucionais, em contradição material com o texto constitucional, vão de encontro ao definido pelo poder político que, inicialmente representativo, expressou, sob a forma de texto, a vontade popular constituinte. (BRUM; MORAIS, 2016)

É por isso que MORAIS, NETO e TASSINARI, sustentam, com razão, que sendo a Constituição a fonte de legitimação democrática do judiciário para garantir o respeito aos direitos fundamentais, não há como o Supremo Tribunal Federal atuar fora dos limites a ele impostos pela Carta Magna.

Assim, se a lei – ou, especialmente, a Constituição – é a fonte de legitimação democrática do Judiciário para garantir o respeito aos direitos fundamentais – esfera do indecidível -, de que maneira poderia esse poder – como ocorre muitas vezes – ultrapassar os limites daquilo que o texto da constituição estabelece? Em rápida resposta, não podem. É por isso que, junto com juristas brasileiros, Luigi Ferrajoli critica posições teóricas neoconstitucionalistas por entendê-las como uma fábrica de princípios cuja ponderação só pode resultar no enfraquecimento da autonomia do

direito constitucional e, como consequência, na fragilização do próprio Estado. (MORAIS; NETO; TASSINARI, 2014, p. 70).

Estabelecida essa premissas, cabe analisar como vem atuando o Supremo Tribunal Federal em seus julgamentos, dentro dos seus limites constitucionais ou de forma inconstitucional.

4. ANÁLISE DE DECISÕES DO SUPREMO

No presente tópico serão analisadas 04 decisões do Supremo Tribunal, o HC 126.292 (BRASIL, 2016), o RE 466343/SP (BRASIL, 2008), Reclamação 4335/AC (BRASIL, 2014) e a Ação Cautelar 4030/DF (BRASIL, 2016a) para através delas verificar se a atuação da Corte está dentro ou fora dos seus limites constitucionais.

A primeira decisão foi a que causou maior perplexidade no meio jurídico. Na sessão plenária do dia 17 de fevereiro de 2016 o Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria, sete de seus onze membros votaram pela possibilidade da execução da pena de prisão de sentença penal condenatória após decisão de segundo grau, passando a entender que a presunção de inocência não impede a execução da sentença penal condenatória confirmada em segunda instância. Conseqüentemente, passou a ser possível a executividade de sentença penal ainda que não esgotada definitivamente todas as formas de defesa previstos no ordenamento brasileiro jurídico.

Não obstante, o artigo 5.º, inciso LVII da CR/88, é claro em dizer que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.”. Vejam, a CR/88 foi clara em condicionar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória como requisito para uma pessoa ser considerada culpada. Tendo em vista tal decisão, o STF, que deveria ser o guardião dos direitos e garantias individuais, violou o direito e garantia individual estabelecido no artigo supra mencionado. Por todos, as críticas realizadas por BITENCOURT serão pertinentes:

Essa plenipotenciário, não o transforma em uma Instituição mais identificada com a sociedade. Pelo contrário, cria enorme insegurança jurídica, agride o bom senso, fere os bons sentimentos democráticos e republicanos e gera insustentável insegurança jurídica na sociedade brasileira; as garantias constitucionais são flagrantemente desrespeitadas, vilipendiadas, reinterpretadas e até negadas, como ocorreu no julgamento do HC 126292. (BITENCOURT, 2016).

Quem se dispuser a ler a íntegra do referido acórdão verá que o julgamento foi marcado fortemente por posicionamentos pessoais dos ministros do Supremo, que julgaram segundo sua

moral, seu sentimento de justiça e não como agentes públicos que têm obrigação constitucional de guardar a constituição e fazer suas normas refletirem nos julgamentos da Corte.

Em razão desse julgamento o procurador de Justiça Rômulo de Andrade Moreira, membro do Ministério Público da Bahia, levou o caso até a Comissão da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.¹ Nesse contexto, conforme aduziu BAHIA, OLIVEIRA e MORAES:

O Poder Judiciário que deveria se ocupar em garantir o exercício de direitos diante da inércia dos demais poderes, acaba exatamente por ser o lugar de violação dos direitos fundamentais. (BAHIA; OLIVEIRA; MORAIS, 2016)

Já no RE 466343/SP o STF criou uma nova espécie de norma constitucional que a constituição não prevê. O artigo 59 da C.F. prevê as seguintes espécies de normas: Emendas à Constituição, Leis Complementares, Leis Ordinárias, Leis Delegadas, Medidas Provisórias e Decretos Legislativos. Não há na Carta Magna nenhum dispositivo autorizando o STF a criar alguma espécie de norma diversa da prevista no artigo 59 da C.F.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do referido RE, em flagrante afronta à Carta Magna, decidiu no sentido de que os tratados e as convenções sobre direitos humanos que não forem aprovados com procedimentos idênticos aos das emendas constitucionais terão status de norma supralegal, ou seja, são inferiores a Constituição, mas superiores a normas infraconstitucionais.

Mas onde está essa permissão constitucional? Ao ler o acórdão, extrai-se que o Ministro Gilmar Mendes se baseou em um artigo da Constituição Alemã que prevê referida hipótese e a reproduziu no seu voto. Contudo, esqueceu-se que a Constituição da República Federativa do Brasil não tem norma similar à contida na Constituição Alemã. O que se extrai é que foram utilizados subterfúgios para que o Ministro decidisse o caso de acordo com sua opinião pessoal e não tendo como parâmetro a C.F. brasileira. Assim, a corte suprema do país violou o art. 59 da Carta Magna e se arvorou, se auto intitulou legislador constituinte derivado, criando no ordenamento jurídico pátrio uma nova espécie normativa.

Outro julgamento que pegou de surpresa a comunidade jurídica foi a decisão do STF proferida na Ação Cautelar 4030/DF, em que fora determinada a prisão cautelar do à época senador Delcídio do Amaral. Não obstante, o art. 53, § 2.º, da CR/88, veda a prisão dos membros do Congresso Nacional desde a expedição do diploma, salvo em caso de flagrante delito de crime inafiançável. Segundo a esmagadora doutrina (BATOCHO, 2015), o Supremo Tribunal Federal deu uma interpretação utilitarista ao dispositivo ora comentado para poder proferir a

¹ Formulário de Petição disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/corte-interamericana-prisao-antes.pdf>. Acessado em 20 de março de 2016.

decisão que pretendia e não a que se extrairia da Constituição Federal. Como a Constituição não prevê a possibilidade prisão preventiva, processual, para senador da República, se fez então uma interpretação casuística do significado de flagrante para possibilitar a prisão de um senador. Tratou-se de um péssimo ativismo judicial do STF.

O ativismo judicial é fundado na discricionariedade judicial presente em todas as correntes positivistas, isto é, o juiz ativista é positivista, e como um “lobo com pele de cordeiro” se intitula pós-positivista e (neo)constitucionalista, eis que repristina um jusnaturalismo que nunca existiu, na medida em que usa toda esta construção como mero *álibi* para fundamentar suas decisões baseadas em valores intersubjetivos, pois o ativista decide para depois fundamentar, ele antecipa os sentidos impondo suas crenças através de seus princípios axiológicos. (PERES, 2014, p. 61)

O último acórdão analisado é a Reclamação 4.335-5/AC. Nesse acórdão se discutiu qual seria o papel do Senado quando o STF, em controle difuso, declarasse uma norma inconstitucional.

O art. 52, X, da Constituição Federal aduz de forma clara que compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal de forma definitiva.

Contudo, o Ministro Gilmar Mendes defendeu que não obstante o contido na Constituição Federal, atualmente caberia ao Senado apenas dar publicidade às decisões da Corte que declarara inconstitucionais, no todo ou em parte, determinadas leis. Essas decisões se aplicariam *erga omnes* sem a necessidade do Senado suspender a execução das leis declaradas inconstitucionais pelo STF. Para tanto, sustentou que teria havido uma mutação constitucional, no que foi acompanhado pelo Ministro Eros Grau.

Posteriormente, o Ministro Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa divergiram da tese proposta pelo ministro Gilmar Mendes, aduzindo que o que estava sendo proposto não era uma nova interpretação da Constituição, mas sim a mudança de uma norma que está descrita de forma clara e precisa na mesma.

Nesse diapasão, em estudo realizado por Carlos Victor Nascimento dos Santos (DOS SANTOS, 2014), esse demonstrou que sequer os pressupostos para uma mutação constitucional estariam presentes no caso.

O julgamento dessa questão restou prejudicado tendo em vista que pela demora de sua conclusão o Tribunal editou a súmula vinculante n.º 26, que abrangia o mérito da demanda.

Os Ministros Ricardo Lewandowski, Luiz Roberto Barroso e Marco Aurélio se manifestaram contrariamente à tese levantada pelo ministro Gilmar Mendes, sustentando que a edição de súmula vinculante já resolveria a questão.

Contudo, vê-se que essa foi mais uma tentativa de afronta à Constituição Federal.

Portanto, resta claro que o Supremo Tribunal Federal não está agindo como guardião da Constituição, mas de forma inconstitucional, como legislador constituinte derivado, a modificando sem ter atribuição para tanto.

Nesse diapasão, é preciso relembrar uma frase que vem sendo proferida com frequência por STRECK: *“lutamos tanto pela democracia e por leis democráticas...! Quando elas são aprovadas, segui-las à risca é nosso dever.”* (STRECK, 2010).

Após essas demonstrações, é preciso enfrentar o problema de quem controla o controlador, mormente quando esse vem atuando de forma abusiva, ilegítima e inconstitucional? Ademais, conforme narra BAHIA, OLIVEIRA e MORAES:

Lutar pelo Estado Democrático de Direito, não cabe dúvida, significa responsabilizar de forma republicana e democrática aqueles que descumprirem a Constituição da República e a legislação vigente no Brasil, respeitado sempre e de forma inegociável o devido processo legal. Todavia, ninguém, nem mesmo o Poder Judiciário, está acima da Lei. (BAHIA; OLIVEIRA, MORAIS, 2016)

Nunca é demais lembrar que há tempos o saudoso Rui Barbosa já dizia que *“a pior ditadura é a do Judiciário. Contra ela não há a quem recorrer”*.

Nesse contexto, não será surpresa se o STF passar a interpretar a Constituição no sentido de permitir a pena de morte para determinados crimes, até porque alguns argumentos utilizados para fragilizar a presunção de inocência podem ser utilizados também para mitigar a proibição de pena de morte na República Federativa do Brasil, tais como a sensação de impunidade, a gravidade dos delitos e clamor popular.

5. A PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL DE N.º 33

Somando-se ao exposto supra, nos últimos anos o poder do STF vem sendo ampliado, com a criação, v.g., da súmula vinculante e da Repercussão Geral, ambas através da Emenda Constitucional n.º 45.

Contudo, a concentração de poder em apenas um órgão, além de trazer desequilíbrio entre os poderes da República, nem sempre é salutar, mais eficiente e justo, além de que, como já demonstrado, o órgão que vem recebendo essa concentração e que está incumbido de guardar a Constituição já não a guarda, pelo contrário, a modifica a seu bel prazer. A crítica de BAHIA, OLIVEIRA e MORAES é bastante pertinente:

É preciso também alertar que o aumento do poder jurisdicional nem sempre representou, como no caso brasileiro, o incremento de uma cultura do exercício do poder como coisa pública. Isso porque geralmente aquele é o efeito inverso do pretendido, é dizer, apesar de serem partes integrantes das transformações concretas da política, da sociedade e da economia, o aumento do poder jurisdicional pode

representar também uma forma de favorecer três grandes grupos: 1) as elites políticas, já que se manteriam longe das vicissitudes da democracia suas preferências políticas particulares como forma de perpetuar sua hegemonia; 2) as elites econômicas, uma vez que vê a constitucionalização do direito de propriedade, da liberdade e do livre exercício profissional como forma de se impor limites à ação governamental de promover o livre mercado e as desigualdades sociais; e, por fim, 3) as elites judiciais e as mais altas cortes, que veem nestas *olocus* adequado para a perpetuação de sua influência política e reputação internacional. (BAHIA; OLIVEIRA; MORAIS, 2016)

Tendo em vista esse contexto de atuação inconstitucional do STF, que tem se replicado para todo o Poder Judiciário e o apequenamento dos demais poderes é que veio a lume a Proposta de Emenda Constitucional n.º 33/2011, que propunha alterar a quantidade mínima de votos para declaração de inconstitucionalidade, condicionava o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo, bem como buscava submeter ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. Nesse último caso, é importante mencionar que caso o Congresso Nacional divergisse do Supremo Tribunal Federal, a controvérsia deveria ser submetida à consulta popular, quem caberia a palavra final.

Assim, não seria qualquer declaração de inconstitucionalidade que seria objeto de deliberação pelo Congresso Nacional, mas somente a Declaração de Inconstitucionalidade em que se declarasse a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal.

Portanto, além de tratar de novos procedimentos de aprovação da súmula vinculante, a presente proposição também conferia ao Poder Legislativo um papel relevante no controle de constitucionalidade de Emendas à Constituição Federal. Ressalte-se que, nesse tópico, a proposta versaria apenas sobre o controle de constitucionalidade de Emendas à Constituição Federal.

Não obstante, as várias críticas que essa proposta de Emenda Constitucional recebeu, talvez pelo momento em que a mesma foi proposta, nesse contexto em que o Poder Judiciário vem atuando de forma inconstitucional, não há como não pensar na PEC 33 como um instrumento que restabeleceria o equilíbrio entre os Poderes da República Federativa do Brasil, principalmente seu sistema de freios e contrapesos.

Ademais, não há como negar que referida PEC transferiria o poder final de decidir derradeiramente sobre a constitucionalidade ou não de uma emenda constitucional declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal quanto à sua materialidade ao povo, real detentor de todo o poder.

Sendo esse o detentor de todo o poder, nada mais legítimo que opine de forma definitiva e direta sobre a constitucionalidade ou não de uma Emenda Constitucional declarada

inconstitucional no que tange à sua materialidade. Afinal, se foi o próprio povo, através do poder constituinte originário, quem instituiu os poderes na República e definiu suas funções e limitações, nada mais legítimo que esse mesmo povo exerça seu poder para equilibrar a balança dos freios e contrapesos.

Também não se pode olvidar que da mesma forma que as decisões do Congresso Nacional são tomadas por maioria, as do Supremo Tribunal Federal também, não havendo nenhuma garantia de que suas decisões sejam melhores que as do Congresso. Nesse sentido:

[...] Não é por outro motivo que, para Hirschl, a revisão judicial das leis em muitos regimes que se afirmam “neoconstitucionalistas” resulta de ações tomadas por grupos sociopolíticos hegemônicos que temem perder o controle sobre o poder político. (MORAIS; NETO; TASSINARI, 2014, p. 82)

Por último, é importante afastar o dogma difundido entre os juristas brasileiros de que a última palavra sobre constitucionalidade deve pertencer sempre à Corte Suprema. Conforme exposto por CORREA (2010), países como Canadá, Inglaterra, Nova Zelândia e Israel têm normas que mitigam e até dispõem de forma diversa à essa corrente de pensamento. Ademais, não há notícias de que nesses países a democracia esteja sendo colocada em risco, sendo mitigada ou que as funções do Poder Judiciário estariam sendo usurpadas pelos demais poderes.

Assim, não é absurdo, inconstitucional ou anti-democrático pensar em alternativas para equilibrar o “jogo” dos freios e contrapesos entre os poderes, mormente quando um deles encontra-se em atuação inconstitucional. Mister se faz necessário rever alguns pontos da PEC, tais como o quórum para declaração de inconstitucionalidade, podendo o mesmo ser minorado para 3/5 (três quintos dos membros do Supremo), o que já afastaria que uma norma fosse declarada inconstitucional por maioria simples do órgão de cúpula do órgão do Poder Judiciário.

Não obstante, a proposta é válida, interessante e traz a lume um debate que deve ser enfrentado pelo estado brasileiro de forma séria e sem dogmas, sob pena do Brasil passar a viver uma jurisdicocracia, que inclusive pode ter o efeito nefasto de perpetuar uma casta no poder, sem limites, o que não é desejo e objetivo de nossa Carta Magna.

6. CONCLUSÃO

O Supremo Tribunal Federal trata-se de um órgão constituído pelo poder constituinte originário, que tem suas atribuições, competências e limites estabelecidos por esse da mesma forma que ocorre com os demais poderes.

Toda vez que um órgão esteja atuando fora de suas atribuições, competência e limites constitucionais, estará agindo de forma ilegítima e inconstitucional.

O Constituinte Originário estabeleceu no artigo 102 da Constituição Federal que compete ao STF precipuamente a guarda da Carta Magna. Não há nenhum artigo atribuindo ao Supremo a competência para mudança ou criação de normas constitucionais.

Nesse contexto nunca foi tão atual a música “Que país é esse” da banda Legião Urbana, ao dizer que no Brasil “ninguém respeita a constituição”. Como demonstrado supra, nem mesmo o órgão constituído pelo poder constituinte originário para ser o guardião da Constituição está a respeitando, pelo contrário, encontra-se exarando decisões que a contrariam e a modificam sem possuir atribuição, competência constitucional e legitimidade para tanto.

Some-se a esses fatos que nos últimos anos a concentração de poder no STF foi alargada, com a criação dos institutos da Súmula Vinculante e da Repercussão Geral pela Emenda Constitucional n.º 45, o que trouxe como reflexo um apequenamento dos demais poderes, principalmente do Legislativo e um desarranjo no sistema de freios e contrapesos, em que todos os poderes devem conviver harmonicamente, uns controlando os outros.

Não obstante a crescente concentração de poderes nas mãos do STF, isso não refletiu em um respeito maior às normas constitucionais e aos direitos e garantias fundamentais. O Supremo Tribunal Federal encontra-se cada vez mais proferindo decisões com base em sentimentos pessoais e morais, o que é vedado ao ministros da Corte e aos demais magistrados.

Nesse contexto é que veio a lume a Proposta de Emenda Constitucional 33/2011, que alterava a quantidade mínima de votos para declaração de inconstitucionalidade de lei, condicionava o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e buscava submeter ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição, sendo que nesse caso havendo divergência entre o entendimento do Supremo e do Legislativo, a população seria consultada e daria a palavra final.

Apesar da PEC ter sido arquivada em 31/01/2015, o que se vê é um sentimento cada vez maior de que é necessário restabelecer um equilíbrio entre os Poderes da República, haja vista que diante da atuação inconstitucional do Supremo Tribunal Federal a pergunta “quem controla o controlador” fica sem resposta.

Portanto, ou Supremo Tribunal Federal revê seus posicionamentos, sua forma de decidir, passando a atuar como órgão democrático, que respeita seus limites e conformações estipulados na Constituição Federal pelo Constituinte Originário ou não haverá como atacar ou chamar de antidemocrática novas propostas como a PEC 33/2011, que busca modificar a

maneira como as declarações de inconstitucionalidade das leis e Emendas Constitucionais são realizadas no Brasil e os efeitos vinculantes das mesmas.

REFERÊNCIAS:

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. SILVA, Diogo Bacha e. Em Defesa do Estado Democrático de Direito contra o risco atual do Estado Tutelar de Polícia: Uma crítica ao desrespeito judicial à Constituição e à legislação processual penal no Brasil. EMPORIODODIREITO. Colunas e artigos> Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/em-defesa-do-estado-democratico-de-direito-contr-o-risco-atual-do-estado-tutelar-de-policia-uma-critica-ao-desrespeito-judicial-a-constituicao-e-a-legislacao-processual-penal-no-brasil-por-alexand/>>. Acesso em 02.08.2016

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. MORAES, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. Sobre o Poder Judiciário Brasileiro e o risco do Estado de Exceção no Brasil: em defesa do Regime Constitucional Democrático em tempos de “Morogate”. EMPORIODODIREITO. Colunas e artigos. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/sobre-o-poder-judiciario-brasileiro-e-o-risco-do-estado-de-excecao-no-brasil-em-defesa-do-regime-constitucional-democratico-em-tempos-de-morogate1-por-alexandre-gustavo-melo-fra/>>. Acesso em 02.08.2016

BARRETO, Vicente de Paulo. STRECK, Lênio Luiz. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. Revista de Estudos Constitucionais, Hermêutica e Teoria do Direito (RECHTD). v. 1. n.º 2. São Leopoldo, jul./dez. 2009, pág 75-83. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47/2401>>. Acesso em 12.06.2016.

BARROSO, Luís Roberto. CURSO DE Direito Constitucional Contemporâneo. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BATOCHIO, José Roberto. Constituição não permite prisão processual para parlamentar, afirma Batochio. Consultor Jurídico. Texto publicado em 25 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-25/autor-regra-tema-batochio-ataca-prisao-delcidio>>. Acesso em 04.08.2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BITENCOURT Vania Barbosa. Em dia de terror, Supremo rasga a Constituição no julgamento de um HC. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/cezar-bittencourt-dia-terror-stf-rasga-constituicao>. Acessado em 21 de março de 2016.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. COELHO, Inocêncio Mártires. MENDES, Gilmar Ferreira. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar 4030/DF. Rel. atual: Teori Zavascki. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4887427>>. Acesso em 11.08.2016^a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 126.292/SP. Relator: ZAVASCK. Publicado no DJ de 16 de fevereiro de 2016. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoTema/anexo/Informativomensalfevereiro2016.pdf>. Acesso em 20 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 4335/AC. Relator. Gilmar Mendes. Publicado no DJ de 20.03.2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+4335%2ENUME%2E%29+OU+%28Rcl%2EACMS%2E+ADJ2+4335%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c4z34zg>. Acesso em 11.08.2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343/SP. Relator: Cezár Peluso. Publicado no DJ de 03.12.2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+466343%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+466343%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ax2k326>>. Acesso em 11.08.2016.

BRUM, Guilherme Valle. MORAIS, José Luis Bolzan de. NETO, Alfredo Copetti. REPEC&C e Garantismo (19) – Supremo, inconstitucional? EMPORIODODIREITO. Colunas e artigos. Disponível em: <http://emporiiodireito.com.br/repec-e-garantismo-juridico-19-supremo->

[inconstitucional-por-jose-luis-bolzan-de-morais-alfredo-copetti-neto-e-guilherme-valle-brum/](#).

Acesso em 12.06.2016.

BRUM, Guilherme Valle. MORAIS, José Luis Bolzan. De uma “hermenêutica dos desejos” a uma “constituição ilimitada”: notas inaugurais. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. RIHJ. ano, 13. n.º 18, Belo Horizonte, jul. 2015. pág. 77 – 99. Disponível em: <http://bidforum.com.br/?key1=AGU&key2=U34SP0&key3=3eed057a>. Acesso em 12.06.2016.

CORREA, Pinto José Guilherme Berman. Supremacia judicial e controle de constitucionalidade. Revista de Direito Público. v. 7, n.º 31, 2010. Disponível em: < <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1670>>. Acesso em 11.08.2016.

DOS SANTOS, Carlos Victor Nascimento. “MUTAÇÃO À BRASILEIRA”: UMA ANÁLISE EMPÍRICA DO ART. 52, X, DA CONSTITUIÇÃO*. Revista de Direito da Fundação Getúlio Vargas. n.º 20. São Paulo, jul./dez. 2014, pág. 597-614. Disponível em: < <http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/mutacao-brasileira-analise-empirica-art-52-x-constituicao>>. Acesso em: 12.06.2016.

MORAIS, José Luis Bolzan de. NETO. Elias Jacob de Menezes. TASSINARI, Clarissa. **A sacralidade do judiciário e o medo do novo: o exemplo da PEC 33/2011**. In: DEMOCRACIA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E JURISDIÇÃO. TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. (org.). vol. I, Pará de Minas: Virtual Books, 2014, pág. 62 a 93.

PERES, Fernando Reis de Carvalho. Ativismo judicial: quem poderá nos defender da bondade dos bons? Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. RIHJ., n.º 15, ano 12, Belo Horizonte, jan. 2014. pág. 61-72. Disponível em: <<http://bidforum.com.br/?key1=AGU&key2=U34SP0&key3=3ee>>. Acesso em 12.06.2016.

STRECK. Lênio Luiz. APLICAR A “LETRA DA LEI” É UMA ATITUDE POSITIVISTA? Revista Novos Estudos Jurídicos. v. 15, n.º 1, jan/abr. 2010, pág. 158-173. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/issue/view/166>. Acesso em 12.06.2016.