

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI BELÉM – PA**

**POLÍTICA JUDICIÁRIA, GESTÃO E  
ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA**

**JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO**

**JOSÉ QUERINO TAVARES NETO**

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. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

**Secretário Executivo** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

**Representante Discente – FEPODI**

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

**Secretarias:**

**Relações Institucionais**

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

**Relações Internacionais para o Continente Americano**

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes**

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

**Eventos:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFES – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

**Comunicação:**

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

P769

Política judiciária, gestão e administração da justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: José Henrique Mouta Araújo; José Querino Tavares Neto – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-864-6

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Belém, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa  
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis  
Santa Catarina – Brasil



Universidade do Vale do Rio dos Sinos  
Belém - Pará - Brasil  
<https://www.cesupa.br/>

# XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

## POLÍTICA JUDICIÁRIA, GESTÃO E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

---

### **Apresentação**

Os artigos apresentados neste Grupo de Trabalho durante o XXVIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, sob o tema: “Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça i”, guardam entre si uma íntima e estreita ligação de multidisciplinaridade em relação à temática do Direito Constitucional, mas, sobretudo, o Acesso à Justiça enquanto sua realidade cimentar e integradora.

De certa forma, observou-se nas exposições e debates, uma clareza da importância da afirmação da necessidade de uma política cada vez mais clara do próprio Sistema de Justiça como um todo, alterar sua constante afirmação de eixos próprios concorrentes, para não dizer desintegradores, já que se observa uma afirmação constante dos projetos e mesmo as ações das instituições do Sistema de Justiça, gozando de uma autonomia, o que seria afirmativo, mas que acaba se concretizando num processo concorrente e pouco dialogal.

Isso certamente ocorre, pela ausência de natureza multidisciplinar na ordem quase confessional, que implica num reflexo, diríamos, da forma visceral e contributiva para superação que não se apresenta no exercício institucional, seja porque concorrem pelo monopólio de dizer o que é o Direito, seja, sobretudo, porque sua tradição é mesmo disciplinar e pouco afeita a mudanças.

Esse foi o eixo norteador das discussões de nosso GT, mormente, indicando a necessidade urgente de superação dessas leituras estanques e pouco avançadas de formas de ver a própria “Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça” e também o “Processo, jurisdição e efetividade da Justiça” como instrumentos mais complexos, sobretudo, mais disponíveis aos efeitos dialogais de uma ordem que se propõe mais afeita ao diálogo e oxigenação das formas tradicionais do próprio acesso à justiça, que se confunde com acesso ao judiciário.

Dia desses, uma sala de aula, diálogos e diálogos que indicam cada vez mais a reflexão e o avanço acadêmico de propostas inusitadas e inovadoras.

José Henrique Mouta Araújo - CESUPA

José Querino Tavares Neto - UFG / PUC/PR

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.  
Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

**A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A DEMOCRACIA NO BRASIL:  
INFLEXÕES E PONTOS DE TENSÕES**

**THE CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND DEMOCRACY IN BRAZIL:  
INFLECTIONS AND POINTS OF TENSION**

**Marcio de Souza Pessoa  
Elísio Augusto Velloso Bastos**

**Resumo**

Este artigo tem como objetivo analisar se a jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal coaduna-se com o princípio democrático e com o princípio da Separação dos Poderes. Para tanto, a metodologia utilizada será análise crítica bibliográfica, normativa e jurisprudencial. Nesse sentido, serão vistas as formas de exercício da jurisdição constitucional, especialmente o controle de constitucionalidade e as premissas da democracia constitucional. Ao final, o artigo concluirá que nos últimos anos, no Brasil, o Poder Judiciário passou a ocupar um espaço central em detrimento dos outros Poderes, o que não se revela positivo para a democracia brasileira.

**Palavras-chave:** Democracia, Jurisdição, Constituição, Separação dos poderes, Cidadania

**Abstract/Resumen/Résumé**

This article aims to analyze if the constitutional jurisdiction exercised by the Federal Supreme Court is consistent with the democratic principle and with the principle of separation of powers. The methodology used will be based on critical bibliographical, normative and jurisprudential analysis. Will be seen the forms of exercise of constitutional jurisdiction, particularly, the control of constitutionality and the premises of the court's current action to the democratic principle. The article will conclude that in recent years, in Brazil, the Judicial Power has occupied a central place to the detriment of other Powers, which is not positive for Brazilian democracy.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Democracy, Jurisdiction, Constitution, Separation of powers, Citizenship

## 1 INTRODUÇÃO

As decisões advindas do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, têm impactado cada vez mais na vida dos cidadãos brasileiros, bem como na própria organização política do país.

Não é raro se deparar com modelos de conduta da vida privada que agora são pautados por decisões advindas dos Tribunais, como por exemplo o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277<sup>1</sup>, bem como a edição da Resolução 175/2013, criada pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que versou sobre o reconhecimento de uniões homoafetivas.

Da mesma forma, questões de natureza público-políticas foram levadas ao Supremo Tribunal Federal para que o Tribunal decidisse sobre as controvérsias que se instauraram com a discussão da matéria, como por exemplo, a criação de ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADI 3330)<sup>2</sup> ou sobre a prisão de condenados em segunda instância (ADCs 43 e 44)<sup>3</sup>, entre outras.

Muitas dessas decisões foram pautadas, essencialmente, em princípios ou valores meta-jurídicos, de textura aberta, os quais sempre que aplicados sem rigor metodológico ou técnico seguro e bem definidos podem dar ensejo, como no mais das vezes dão, a posições com alto teor de subjetividade e que tendem a irradiar efeitos de forma vinculante para toda a sociedade.

O principal ponto de tensão desse relativamente novo cenário diz respeito à legitimidade dessas decisões, tendo em vista que no Brasil os juízes não são eleitos pelo voto popular. Ou seja, o problema de pesquisa consiste em perquirir se a conduta das pessoas ou se questões relevantes para o povo podem ser decidida a revelia da lei, pela vontade de uma minoria de poucos notáveis, em possível afronta ao princípio democrático.

A discussão revela-se de grande importância não apenas no Brasil. Isso porque não é segredo para ninguém que as democracias liberais se encontram em crise, o que

1 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 / RJ e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 foram julgadas em conjunto em 05/05/11, sob a relatoria do Min. Luiz Fux, no sentido de dar procedência aos pedidos formulados pelos autores para aplicar o regime jurídico das uniões estáveis às uniões homoafetivas.

2 A Ação Direta de Inconstitucionalidade 3330 – DF foi julgada em 03/05/12, sob a relatoria do Min. Carlos Ayres Britto, no sentido de julgar improcedentes os pedidos formulados pelos autores em face da Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005, que instituiu o Programa Universidade para Todos – PROUNI.

3 A Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 43 / DF e a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 44 / DF, de relatoria do Min. Marco Aurélio, ainda não foram julgadas em definitivo, mas já tiveram o pedido de cautelar indeferido, no sentido de não suspender a execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância.

consequentemente atrai os olhares de todos para os seus protagonistas. Portanto, o presente trabalho se justifica na medida em que se propõe a cotejar os fundamentos da doutrina constitucional com os fatos históricos que colmataram a atual situação do constitucionalismo brasileiro, jogando luzes em um caminho não pensado pelo constituinte originário e que tende a se naturalizar no decorrer da história.

Com efeito, é de se reconhecer que com a força imposta pelas regras da CF/88, o Poder Judiciário passou a exercer gradativamente um papel central na estrutura institucional brasileira, tendo ocupado, rápida e recentemente o espaço deixado por um Legislativo forte (que culminou com a Constituinte em 1988) e que já fora exercido outrora por um Executivo forte (personificado pelas figuras de Getúlio Vargas, Juscelino Kubitscheck, Fernando Henrique Cardoso e Luís Inácio Lula da Silva, considerando apenas o período democrático). Portanto, as cobranças doutrinárias, políticas e populares se justificam.

Importa lembrar ainda que, na última corrida presidencial, os dois principais candidatos à Presidência da República suscitaram em seus planos de governo ou em discursos públicos a possibilidade de reforma da Constituição e/ou o aumento dos integrantes do Supremo Tribunal Federal, evidenciando de uma vez por todas que a atuação do Poder Judiciário, em especial de seu órgão de cúpula, é tema sensível a qualquer forma de governo que se avizinha e por isso deve ser tratado, tanto quanto possível, de forma responsável, séria e fundamentada.

Portanto, o presente artigo tem como objetivo geral analisar se a jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil se coaduna com o princípio democrático e com o princípio da Separação dos Poderes. Nesse sentido, como objetivos específicos será feita análise das formas de exercício da jurisdição constitucional, em especial o controle de constitucionalidade e as premissas da democracia constitucional; além de cotejar os conceitos estabelecidos e – tentar – concluir pela (in) compatibilidade da atual atuação dos Tribunais ao princípio democrático.

Para alcançar o desiderato definido, a metodologia utilizada será fundada em análise crítica bibliográfica, normativa e jurisprudencial, abordando-se qualitativamente os dados apresentados, porquanto baseados em percepções e análises dos autores.

## **2 DEMOCRACIA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

A noção de democracia é antiga e em razão do escopo deste trabalho não se pretende tratar. Interessa-nos o conceito moderno de democracia, surgido em meados do século XVIII,

e que tem na elaboração de uma Constituição seu ponto de referência. Nesse sentido, a Constituição é uma vitória das revoluções liberais, que por intermédio desse documento estabeleceu o “contrato social” para reger as relações do cidadão com o Estado.

Modernamente, ademais, a ideia de democracia está intrinsecamente ligada à existência de uma Constituição. Isso porque, o conceito de democracia não está mais associado unicamente com a ideia de vontade da maioria, mas sim com o estabelecimento de regras mínimas do jogo político para o exercício do poder (BOBBIO, 1989).

Com efeito, é a Constituição o documento que estabelece quais as regras e princípios que regerão determinada sociedade. É onde se principia um Estado Democrático de Direito. Há um relativo consenso na literatura político-jurídica em relação a isso. Entrementes, como ser inanimado que é, toda constituição precisa de um intérprete para expressar, no mundo dos fatos, a sua vontade. De igual forma, toda Constituição precisa de um guardião para protegê-la e garantir-lhe a efetividade.

Majoritariamente, os Estados contemporâneos atribuem essas funções a membros do Poder Judiciário e, em última instância, aos Tribunais que se encontram no topo do sistema judicial ou a Tribunais eminentemente constitucionais (RUIZ, 2005). Trata-se do que se denomina por jurisdição constitucional.

A função precípua da jurisdição constitucional, portanto, consiste na garantia e defesa da Constituição e das metas e objetivos nela traçados, no controle de constitucionalidade, portanto. Esta a competência nuclear da jurisdição constitucional e, no caso brasileiro, do Supremo Tribunal Federal, na qualidade de órgão máximo dessa jurisdição.

Há outras funções inerentes à jurisdição constitucional, muito embora todas reconduzíveis à função precípua de garantia da Constituição, porquanto existem outras necessidades, além do controle de constitucionalidade, que derivam imediatamente da norma constitucional. No que se refere a essas demais funções, aos outros aspectos possíveis da jurisdição constitucional, a doutrina costuma destacar: o contencioso das liberdades; o conflito de atribuições entre os órgãos constitucionais e federativos, e os conflitos eleitorais.

Para fins do presente artigo, identificar-se-á uma função imediata e duas mediatas à jurisdição constitucional. Como função imediata identifica-se o dever de garantir a Constituição, inclusive exercendo o controle de políticas públicas, mediante a fiscalização de constitucionalidade. Como funções mediatas o artigo identifica a defesa dos Direitos Fundamentais e a garantia de distribuição vertical e horizontal do Poder, como as mais relevantes, servindo, de certo modo, para destacar a supremacia de partes específicas da Constituição e como boa medida para a legitimação da jurisdição constitucional.

Com a vinculação do termo jurisdição constitucional ao Poder Judiciário, busca-se diferenciar jurisdição de justiça constitucional, na medida em que nesse último a aplicação pode ser conduzida por um órgão estatal dito político, independente ou desvinculado da estrutura do Poder Judiciário, que pertença ao Executivo ou ao Legislativo, ou por meio de órgão independente dos denominados Três Poderes.

Assim, a jurisdição constitucional pressupõe uma atividade interpretativa por parte dos juízes tanto na aplicação direta das normas, quanto na verificação da sua adequação em termos de conteúdo e forma às regras constitucionais.

Esse cenário poderia levar a crer na sedutora hipótese de que a única forma de se garantir o cumprimento da Constituição de forma plena e efetiva ocorreria sob o manto do Poder Judiciário. Decorre desse entendimento a ideia de que os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, teriam uma função de vanguarda no seio social, quase “iluminista”, sendo os responsáveis em capitanear as mudanças sociais que o novo século requer.

Entretanto, existem democracias consolidadas no mundo contemporâneo onde essa tarefa não é exercida pelo Poder Judiciário (supremacia legislativa) ou, quando o é, é exercida pelo judiciário de “forma fraca” (TUSHNET, 2010)<sup>4</sup>.

No Reino Unido, por exemplo, a Human Rights Act orienta os Tribunais a interpretar as leis de acordo com os direitos fundamentais. Se não estiver compatível, os Tribunais apenas declaram a incompatibilidade, sem anular a lei. Essa declaração exorta o Legislativo a mudar a lei ou que o Ministro peça prioridade no processo de emenda ou altere por ordem ministerial (TUSHNET, 2010).

Tais exemplos denotam claramente que existem vários arranjos e opções institucionais capazes de manter a hegemonia constitucional em consonância com os princípios democráticos. E em cada modelo a repartição do poder pode ser diferente, a depender do grau de confiança que o povo deposita em seus atores.

Portanto, pode se ver que “a jurisdição constitucional não é nem incompatível tampouco indispensável à democracia” (GRIMM, 2006, p. 9). Por isso, ninguém duvidaria, por exemplo, do caráter democrático de Estados como o Reino Unido, muito embora lá não se adote o controle de constitucionalidade.

Na verdade, em ambos os sistemas há problemas. Considerando os ensinamentos de John Rawls (2004), que nos informa que as sociedades modernas estão cada

<sup>4</sup> Como por exemplo, a ordem interpretativa na Nova Zelândia; a ordem interpretativa reforçada no Reino Unido e o controle judicial dialógico no Canadá.

vez mais plurais e marcadas por desacordos morais não conciliáveis, é possível que em uma democracia sem controle judicial de constitucionalidade ou com controle fraco, muitos interesses moralmente legítimos sejam injustificadamente abolidos ante a uma eventual derrota no campo representativo, dito genuinamente “democrático”, já que não existiria um órgão independente, autônomo e forte o suficiente para fazer respeitar tais interesses, ainda que contra a vontade da maioria (papel contramajoritário da jurisdição constitucional).

O cenário fica mais grave quando se constata uma total dissintonia entre os representantes eleitos pelo povo e o próprio povo, fenômeno esse bastante comum em países subdesenvolvidos.

Por outro lado, em uma democracia onde se exerce o um controle judicial forte, é possível que esses interesses moralmente razoáveis acabem sendo decididos por pessoas sem legitimação popular, normalmente alocadas nos órgãos de cúpula do Poder Judiciário.

Da mesma forma, o cenário agrava-se quando se constata que a forma de escolha dessas autoridades ocorre sem a observância das regras previstas na CRF/88 e se dá em razão de critérios eminentemente políticos/partidários.

No caso do Supremo Tribunal Federal, deve ser objeto de especial preocupação os julgamentos com decisões imotivadas ou com motivações jurídicas deficientes; o descumprimento de alguns membros da Corte com a ética da magistratura (como por exemplo, quando antecipam decisões públicas pela imprensa antes de julga-las na Corte), e até mesmo a inexistência de um pensamento coletivo de seus membros sobre o papel do STF e até mesmo sobre o que é o Direito, o que frequentemente gera decisões isoladas, que no mais das vezes mais atrapalham do que contribuem com a estabilização da jurisprudência.

Não obstante essas considerações, a jurisdição constitucional, em regra, tem sido prestigiada no Brasil. Historicamente, a Constituição de 1891 previu pela primeira vez o controle difuso de constitucionalidade. Mais tarde, por intermédio da Emenda Constitucional nº 16/65, fora introduzido o controle concentrado de constitucionalidade, tendo sido o Supremo Tribunal Federal alçado ao topo do sistema constitucional brasileiro. É o que a doutrina constitucionalista chama de “controle misto”, já que comporta o controle tanto indiretamente (modelo americano), como diretamente, por intermédio de ação específica para esse fim (modelo kelseniano).

Considerando as peculiaridades do Estado brasileiro, que até hoje possui um tecido social bastante estratificado, desigualdades de renda marcantes e que até bem pouco tempo atrás conviveu com uma longa ditadura militar, parece-nos que andou bem o constituinte ao prestigiar a jurisdição constitucional.

Cotejando o desenvolvimento do constitucionalismo brasileiro, é possível verificar que esse prestígio da jurisdição constitucional aumentou ao longo dos anos, tudo com autorização do Poder constituinte (originário ou derivado).

Com efeito, são exemplos desse fenômeno: o aumento dos legitimados para propor o controle concentrado (antes restrito ao Procurador Geral da República, agora facultado a várias outras entidades da sociedade e órgãos públicos); a permissão do controle de atos comissivos e omissivos; a criação da Ação Direta de Constitucionalidade (permitindo que o STF legisle indiretamente quando provocado) e a possibilidade de edição de súmulas vinculantes, que passaram a obrigar todo o Judiciário e a Administração Pública.

Nesse momento, é necessário fazer uma reflexão pontual acerca das súmulas vinculantes. Isso porque o advento de tais súmulas foi marcado por inúmeras críticas da doutrina e da magistratura à época, sob os argumentos de que se estaria violando o princípio do livre convencimento dos magistrados (na medida em que estes estariam vinculados às decisões vinculantes do STF) e – principalmente, e o que importa neste estudo – que se estaria malferindo o princípio da separação dos poderes (tendo em vista que o órgão de cúpula do Judiciário estaria claramente legislando, ao estabelecer procedimentos vinculantes para os demais Tribunais e para a Administração, influenciando indiretamente toda a sociedade).

As críticas eram pertinentes. A justificativa de que as súmulas vinculantes trariam mais celeridade e igualdade ao sistema judicial, não passando de um mero método de trabalho, parece não ter convencido a maioria da doutrina.

De qualquer forma, favoráveis ou não, é preciso reconhecer que a aplicação das súmulas vinculantes virou uma realidade no cenário jurídico brasileiro, seja porque mostrou eficiência pragmática; seja porque a classe jurídica se resignou e não mostrou força para promover seu afastamento do sistema.

Entretanto, o principal ponto em favor da inovação é que ela foi consentida pelo legislador constitucional. Ou seja, foi promovida por intermédio de emenda constitucional (E.C nº 45/04), tendo sido aprovada pelos representantes do povo, respeitando o quórum especial previsto na Constituição.

O que para muitos representa uma mera questão formal, revela-se um argumento valioso, porque, em última análise, foi ouvida a vontade da maioria, manifestada pela aprovação no Parlamento.

Evidentemente, não se desconhece que o poder derivado é limitado e suas alterações devem respeito ao bloco de constitucionalidade (inclusive muitas questões alteradas pela reforma promovida pela E.C nº 45/04 foram questionadas no próprio STF mais tarde); da

mesma forma, sabe-se que uma alteração dessa magnitude dificilmente ficaria imune ao jogo político-partidário (que muitas vezes envolve *lobbys* nem sempre republicanos), mas, ao final e ao cabo, o respeito à vontade popular parece ter tido o condão purificador de eventuais vicissitudes dessa controversa novidade.

O fato é que a partir desse momento se pode notar uma crescente hipertrofia do Poder Judiciário (materializada, por exemplo, na judicialização da política e no ativismo judicial), culminado com constantes decisões do Judiciário “i” sobre questões de natureza política da nação (“judicialização da política”); “ii” sobre questões onde não existe margem de discussão do significado da norma constitucional e “iii” de caráter vinculante.

Não se quer dizer que o advento das súmulas vinculantes levou a esse cenário. Como dito nas linhas iniciais, sabe-se que esse processo foi trilhado no curso da história política brasileira. Sabe-se também que muitos fatores de natureza público-política interferiram direta ou indiretamente, como por exemplo, a completa desconfiança que os representantes do Poder Executivo e Legislativo nutriam no povo, gerando um sentimento de revolta da população contra os políticos tradicionais<sup>5</sup>, em razão das incansáveis e sucessivas denúncias de corrupção.

O que se pretende fazer notar é que essas (con) causas tem uma natureza exógena ou natural, no sentido de que não partiram do próprio Poder Judiciário. São “aceitáveis”, pois. Entretanto, existem três acontecimentos que merecem análise mais detida, por serem de duvidosa constitucionalidade, podendo representar verdadeira afronta a democracia brasileira.

### **3 OS PONTOS DE INFLEXÃO**

#### **3.1 Mutação constitucional**

Um dos brocardos mais conhecidos no mundo jurídico é atribuído ao jurista francês George Ripert: “Quando o Direito ignora a realidade, a realidade se vinga ignorando o Direito” (RIPERT, 1947).

Pode dizer-se que a mutação constitucional é uma tentativa de atender a advertência de Ripert naqueles Estados cuja tradição aponta para a existência de uma Constituição rígida,

<sup>5</sup> Basta lembrar que nos últimos anos, o eleitorado brasileiro elegeu representantes sem nenhuma expressão da política tradicional, como o apresentador de TV e estilista Clodovil Hernandes (2006), o cantor Frank Aguiar (2006), o jogador Romário (2009), o palhaço Tiririca (2010), dentre tantos outros, sempre com expressiva votação nas urnas.

ou seja, onde a alteração exige um método mais rigoroso, justamente para garantir a especialidade e a ascensão em razão das outras normas.

O fenômeno da mutação constitucional foi desenvolvido na Alemanha, ainda no século XIX, tendo em Georg Jellinek e Paul Laband dois de seus maiores entusiastas (JELLINEK, 1991).

Segundo Ana Victória Sanchez Urrutia, com a Constituição Imperial Alemã de 1871, surgiram os primeiros problemas de ordem constitucional que deram origem a possibilidade de reforma do texto constitucional pelo Estado sem a necessidade de sua alteração observando as regras existentes (URRUTIA, 2000).

No Brasil, o tema ganhou cores nos trabalhos de Ana Cândida da Cunha Ferraz, que classificou como mutação constitucional os: “processos não formais ou processos informais, para designar todo e qualquer meio de mudança constitucional não produzida pelas modalidades organizadas de exercício do Poder Constituinte Derivado” (FERRAZ, 1986, p. 12).

Logo depois, Gilmar Ferreira Mendes naturalizou em sua doutrina o impacto das mutações constitucionais feitas pelo judiciário: “as mutações constitucionais nada mais são que as alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático axiológico em que se concretiza a sua aplicação” (MENDES, 2009, p. 152).

Mais recentemente, Luis Roberto Barroso mostrou-se adepto à tese, mas procurou estabelecer critérios para sua aplicação, exigindo: “i” o respeito “as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, aos sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado” e “ii” a “preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição” (BARROSO, 2017).

Como visto, tendo como premissa que texto e norma não se confundem, a mutação constitucional seria a solução para o problema da desatualização do texto constitucional com a práxis social, alterando a norma sem a necessidade de alterar-se o texto (que se daria por intermédio de processo formal de elaboração de emendas à Constituição).

Na verdade, a discussão sobre a possibilidade ou não da utilização de mutação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal é uma discussão sobre os limites da jurisdição constitucional. Sendo mais direto, é uma discussão sobre o que é o direito para o Estado Brasileiro.

Isso porque ou se rende deferências a garantia da Lei e da Constituição em sua literalidade, que desde a sua concepção se fundamenta sob um dogma de que representaria a

vontade do povo, ou se inclina as garantias advindas de um Poder Judiciário livre, independente e inventivo que poderá, inclusive, transmutar-se para uma espécie de poder constituinte permanente, não submetido a nenhum outro poder e simplesmente não deve satisfação para ninguém (BARROSO, 2017).

É claro que a questão não é tão simples assim. É que, como dito anteriormente, subjaz à atuação dos Tribunais uma valorosa vocação contra majoritária, que servirá como último escudo de defesa de direitos e garantias fundamentais de minorias, muitas vezes vilipendiadas ou negligenciadas pela vontade popular.

Outro ponto importante reside no fato de que a nossa CRF/88 (e as leis em geral), muito embora tenham preocupações com questões sociais, tenham sido feitas da elite para a elite, de modo que não raras vezes trazem em seu bojo dispositivos normativos que favorecem as elites políticas e econômicas do país.

Dessa forma, por mais paradoxal que possa parecer, muitos sustentam que em um país inundado por casos de abuso de poder, existirão situações que cumprir à risca o que está expresso na lei ou mesmo na CRF/88 significará afastar-se da justiça e da correição<sup>6</sup>. Aí estão os grandes pontos de tensão, consoante o presente artigo.

O problema é que permitir ao Judiciário, em especial ao Supremo Tribunal Federal, realizar alteração da norma em completa dissintonia com o seu texto e até mesmo da vontade do legislador constitucional (ainda que sob o pálio de uma posição de vanguarda), importa em abrir caminho para um decisionismo<sup>7</sup> imparável no direito pátrio (MACEDO JUNIOR, 1994).

Ou seja, os fundamentos das decisões judiciais passariam a depender quase que única e exclusivamente da vontade dos ministros do Supremo Tribunal Federal, já que poderiam fundamentar suas decisões em quaisquer outros parâmetros que não os expressos na Constituição.

Sabe-se que existem autores, como Dominique Rousseau, que vislumbram no Direito constitucional jurisprudencial um ato de decadência da noção tradicional de Constituição e, sobretudo, um ato de desvalorização da escrita constitucional (no sentido de que ela não mais possuiria, por ela mesma, um significado a se impor como uma obrigação para os atores constitucionais), afirmando, inclusive, que a Corte Constitucional poderá, por seu poder de interpretação, recriar ininterruptamente a Constituição, inaugurando, assim, um espaço vivo

6 Basta lembrar as questões de foro por prerrogativa de função (foro privilegiado) asseguradas na CF/88, mas mitigadas em decisões recentes do juiz Sérgio Moro e do próprio Supremo Tribunal Federal durante a condução do julgamento dos casos da Lava Jato.

7 Teoria associada ao jurista Carl Schmitt, segundo a qual o fundamento último do direito é uma decisão política do soberano.

de criação indefinida de direito e liberdades, pelo que antes da interpretação não haveria normas, mas meras palavras, meras proposições subjetivas de normas (ROUSSEAU, 1990).

Tal argumento não poderá ser acatado sob o risco de condução do intérprete ao que a doutrina vem chamando de “positivismo jurisprudencial”<sup>8</sup>, ou seja, o risco de que a teoria constitucional seja reduzida, de forma “*injustificada y falaz*”, à relevância da jurisprudência constitucional, abandonando-se as “*cuestiones capitales del derecho público*”, tais como identificar os mecanismos para “*dar sentido y coherencia al principio democrático*”, tanto porque Pedro de Vega García identifica, no Estado, a “*ausencia cada vez más notoria del principio democrático como criterio justificador de su estructura*”(GARCIA, 1998, p. 85) .

Ademais, não se pode deixar de opor outra grande objeção a tal teoria, que retira da norma, geral e abstrata, qualquer sentido ou legitimidade prévia.

François Ost realiza a ponderação ao aduzir, acertadamente, que referida contextualização da norma com a fixação de sua consistência apenas no momento de sua aplicação provoca a desqualificação do “tempo instituinte da regra” e da “aptidão do seu texto, geral e abstrato, para transcender as situações particulares”, já se sabendo o que restaria da regra e do texto se lhes fosse negado a capacidade de se descontextualizar (OST, 1999).

Em sentido semelhante é o ensinamento de Konrad Hesse ao esclarecer, acertadamente, que a “interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação” (HESSE, 1991, p. 232).

Hesse não deixa de reconhecer os efeitos do contexto de aplicação da norma, todavia reconhece a importância de se identificar o sentido que ela guarda desde sua elaboração, na medida em que a atividade exegética não pode ser usada para negá-lo. Continua o referido autor:

[...] a finalidade (Telos) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação. Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito. Uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária dentro desses limites (HESSE, 1991, p. 22-23).

O autor admite, inclusive, a influência dos fatos (da realidade) sobre a norma jurídica, admitindo, portanto, a denominada mutação constitucional, ou seja, a possibilidade

8 O termo usado e a reflexão são de Pedro de Vega García (1998, p.85).

de os resultados da concretização da norma serem modificados com o tempo, sem a respectiva alteração do texto da norma (HESSE, 1998).

Salienta Hesse, contudo, que tal mutação precisa ter limites e um deles é, justamente, a impossibilidade de que a mutação entre em “contradição unívoca com o texto da norma”, sendo este, pois, um “limite insuperável da interpretação constitucional”, sob pena da interpretação converter-se em rompimento constitucional, ou como salienta Pablo Lucas Verdú, sob pena do intérprete deixar de ser o *Hüter* da Constituição, passando a ser o *Herr* dela. (VERDÚ, 1994).

Por fim, adverte Boaventura de Sousa Santos sobre os perigos de se atribuir ao Judiciário a incumbência de se fazer as reformas democráticas que deveriam ser realizadas em seu local apropriado (parlamento), quando afirma que o mesmo tribunal que tem produzido um chamado ativismo bom (progressista) no passado, pode, hoje, se tornar um órgão de “contrarrevolução jurídica” (SANTOS, 2009).

### **3.2 A “abstrativização do recurso extraordinário”**

Como consectário do tópico anterior destaca-se o resultado do julgamento da Reclamação 4335-5/AC, que acabou por equiparar os efeitos do controle difuso aos do controle concentrado, sem que tenha sido promovida qualquer alteração no texto constitucional.

Desde já é preciso deixar claro que mais impressionante do que o local equivocado da discussão, ou seja, em uma simples Reclamação em trâmite no STF, é de se questionar se mesmo o poder derivado poderia promover essa alteração, já que tal mudança seria responsável por uma ruptura significativa no plano da jurisdição constitucional no Brasil, impactando diretamente no equilíbrio entre os poderes, pois transformaria o Senado Federal em mero órgão publicador das decisões do STF.

#### **3.2.1 Contextualizando a discussão**

Para melhor compreender-se o problema, é preciso recobrar um pouco da dogmática, ainda que singelamente. Nesse sentido, o controle de constitucionalidade brasileiro admite a modalidade difusa e concentrada. A forma concentrada é realizada perante o Supremo Tribunal Federal, em ação própria (Ação Direta de inconstitucionalidade, Ação Declaratória

constitucionalidade, Arguição de Descumprimento de preceito fundamental, Ação Direta de inconstitucionalidade por omissão), com legitimados restringidos no art. 103 da CRF/88.

A tônica desse tipo de controle é atribuir às decisões do STF efeitos *ex-tunc* (retroativos) e *erga omnes* (para todos) como regra (respeitadas as exceções da Lei nº 9.868/99).

Por outro lado, a forma difusa é feita por todo e qualquer juiz, incidentalmente no processo, tendo no STF o órgão de vértice para julgar os recursos que combatem eventuais erros “*in procedendo*” ou “*in iudicando*”.

Como se trata de um procedimento feito para resolver conflitos individuais (ou coletivos, porém em concreto), como regra, possuem efeitos *ex-tunc e inter partes* (entre as partes), podendo ser suspensa a execução da referida lei pelo Senado da República, nos termos do art. 52, X, da CF/88. Nesse caso, os efeitos da decisão tornam-se *erga omnes*, porém *ex-nunc* (não retroage).

Dado o escopo desse artigo, pede-se vênua ao leitor por não aprofundar o tema<sup>9</sup>. O que se pretende deixar claro é que há, no texto constitucional, uma clara diferença em relação aos efeitos entre os dois tipos de controle, tudo em nome de um pacto democrático de harmonia entre os poderes.

Assim, quando se revoga uma lei, seus efeitos permanecem; quando se a nulifica, é inexistente. Portanto, o que o Supremo Tribunal Federal faz no controle difuso é nulificar, porém apenas com efeitos entre as partes.

É que nesse caso o Supremo age em razão do art. 102, II, alíneas “a”, “b”, “c” e “d”, que por sua vez é bem claro ao estabelecer que cabe ao Tribunal julgar “as causas decididas em única ou última instância” e não teses que deverão ser aplicadas para todos os cidadãos. Portanto, caso o STF queira que os efeitos de sua decisão tenham validade *erga omnes*, tem necessariamente que enviar a mensagem ao Senado Federal, nos termos do art. 52, X da CF/88.

Ocorre que no julgamento Reclamação 4335-5/AC, o Supremo Tribunal Federal deixou assentado que as suas decisões oriundas também do controle difuso poderiam ter eficácia *ex-tunc e erga omnes*, independentemente da remessa ao Senado Federal, em manifesta afronta ao art. 52, X da CF/88.

Os argumentos políticos e pragmáticos arguidos pelos Ministros foram responsáveis pela mudança do procedimento previsto na Constituição, sendo cunhada pela

9 Para quem quiser complementar o estudo do tema, ver a obra de Gilmar Ferreira Mendes (2012).

doutrina como “abstrativização do recurso extraordinário”. Uma das razões utilizadas, a da racionalização do trabalho no Tribunal, levou em conta o fato de que tanto no controle difuso como no controle concentrado as decisões eram tomadas pelo quórum qualificado (cláusula *full bench*), o que levaria a uma falsa percepção de que se estaria tratando diferentemente, de forma desnecessária, julgamentos iguais.

O problema é que a existência da diferença entre os efeitos dos dois tipos de controle não encerra uma questão de procedimento ou mesmo de pragmatismo. A distinção é proposital e representa uma deferência à democracia do país, colocada estrategicamente pelo legislador constitucional para equilibrar o sofisticado sistema de controle de constitucionalidade em voga.

Nesse sentido, por mais sedutor que pudesse parecer a alteração do entendimento por parte do Tribunal, este não poderia sob hipótese alguma interferir nesse sistema, principalmente porque sem nenhum tipo de participação popular. Eis o problema da mutação constitucional tratada no tópico anterior.

O que mais preocupa é que, exceto por algumas críticas da doutrina especializada (em número muito menor do que as críticas quando do advento das Súmulas Vinculantes, por exemplo), a alteração de entendimento foi realizada sem nenhuma ação neutralizadora por parte dos representantes do povo. Ao contrário, o que se viu é que as técnicas de abstrativização dos recursos foram ampliadas no CPC/2018, demonstrando que o Congresso Nacional parece não se importar com a delegação de suas competências aos órgãos de cúpula do Poder Judiciário.

### **3.3 Os provimentos vinculantes**

Para completar, em 18 de março de 2016<sup>10</sup>, passou a vigorar no Brasil um novo Código de Processo Civil. Entre tantas mudanças promovidas pelo novo Código, uma das mais polêmicas foi a previsão constante em seu art. 927, que determinou a juízes e Tribunais a necessidade de “observância” de determinados provimentos previstos em seus incisos<sup>11</sup>.

10 Respeitada a *vacatio legis* de 1 (um) ano prevista na legislação específica.

11 Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

A despeito do acanhamento do legislador infraconstitucional ao utilizar o termo “observar”, fato é que o art. 927 foi apenas a porta de entrada para outros dispositivos previstos ao longo do Código<sup>12</sup> que sem a menor sombra de dúvida tiveram a pretensão de tornar aqueles dispositivos como vinculantes em qualquer esfera da jurisdição (já que menciona juízes e Tribunais).

Novamente, razões de ordem práticas e políticas foram utilizadas para justificar o enfraquecimento da importância da lei no ordenamento jurídico pátrio, preceito disposto expressamente no art. 5º, II da CRF/88<sup>13</sup>.

Com efeito, é evidente que a partir do momento que se cria um novo padrão decisório para julgamentos, tal padrão será automaticamente espelhado pela conduta dos jurisdicionados, que conforme visto, só poderiam ser obrigados a fazer ou deixar de fazer condutas previstas em lei.

Ou seja, o legislador infraconstitucional, por meio de uma lei ordinária e totalmente ao arrepio da Constituição, criou uma nova fonte para o direito brasileiro: a jurisprudência<sup>14</sup>.

Nesse sentido, para o professor Miguel Reale, a jurisprudência nada mais é que um costume judiciário que se forma pela prática dos tribunais (REALE, 1986). Por outro lado, ensina Limongi França (1969):

jurisprudência, para ser considerada como um autêntico costume jurídico, deverá preencher certos requisitos: não ferir texto legal vigente; ser conforme a reta razão, ou seja, uma conclusão válida, cujo preceito venha a atender aos reclamos de uma lacuna; fazer com que, à força de sua própria necessidade sociojurídica, encontre na mente dos órgãos judicantes uma aceitação comum, reiterada e pacífica (FRANÇA, 1969, p.75)

Ou seja, não se desconhece que a jurisprudência é fonte do direito para o direito consuetudinário (*common law*), mas no direito brasileiro o papel da jurisprudência é secundário, integrativo, conforme dispõe o art. 4º do Decreto 4.657/42 (Lei de Introdução das Normas ao direito brasileiro)<sup>15</sup>.

É bom se dizer que a práxis brasileira não se confunde com as técnicas de vinculação ao precedente construídas nos países de *common law* (*stare decisis*), já que aqui o provimento

12 Vide artigos arts. 332; 496, §4º e 932, IV do NCPC, entre outros.

13 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

14 Ressalvas feitas aos incisos I e II, que tem previsão constitucional.

15 Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

vinculante é formado através de um argumento de autoridade, porque apenas os Tribunais Superiores e intermediários têm essa competência por “previsão legal”. Então, sequer do ponto de vista material a novidade poderia ser aproveitada.

O que mais chama a atenção é que essa “mudança”, patentemente inconstitucional, igualmente foi aprovada sem maiores afrontamentos no parlamento (passando pelo crivo das Comissões de Justiça da Câmara e do Senado), tendo sido recepcionada pela maioria esmagadora da doutrina pátria como algo positivo<sup>16</sup>, dentre outras razões, por racionalizar o processo, trazendo estabilidade, integridade e coerência aos julgamentos (WAMBIER, 2015).

Novamente deve ressaltar-se que não se trata de um mero diletantismo pela forma. A necessidade de se exigir previsão constitucional é uma deferência ao pacto democrático, pois somente com uma discussão em nível constitucional, e principalmente respeitado o quórum especial, poderia se aprovar uma mudança de tal magnitude.

#### **4 CONCLUSÕES**

Em que pese alguns países genuinamente democráticos não adotarem a jurisdição constitucional como forma de controle da efetividade da Constituição, é fato que o controle feito pelo Poder Judiciário vem se constituindo um importante instrumento de garantia de direitos e implementação da democracia, de forma que, atualmente, os membros dos Tribunais Constitucionais ou Tribunais Supremos estão em destaque ao redor do mundo.

No Brasil, a CR/88 conferiu ao Supremo Tribunal Federal a competência máxima para ser o guardião da Constituição (seja através do controle concentrado, ações originárias ou via recursal). Entretanto, além da própria sociedade, esse papel é compartilhado por todos os membros do Judiciário, que o realizam através do controle difuso.

Nesse sentido, toda vez que um Estado opta por realizar um controle de atos normativos com a Constituição por intermédio de um órgão jurisdicional, está diminuindo parcela de sua democracia em prol da garantia de um conjunto de valores e princípios que devem ser respeitados a qualquer custo.

Diante desse cenário, a tensão entre os poderes é acontecimento absolutamente normal e até desejável em uma democracia moderna, pois demonstra que todos os agentes estão em posição de ação no cenário político.

16 Exceções feitas a doutrinadores como Nelson Nery Jr., George Abboud, Cássio Scarpinela Bueno, Lênio Streck, entre outros que se opuseram a essa nova onda (in) evolutiva do processo civil.

Nos últimos anos, no Brasil, o Judiciário passou a ocupar um espaço central em detrimento dos outros Poderes, sendo responsável por um desequilíbrio de forças políticas (o que ocasionou o surgimento de alguns fenômenos, como a mutação constitucional até a mudança do Código de Processo Civil para criar um sistema de provimentos vinculantes sem qualquer fundamento na Constituição).

Isso porque está cada vez mais comum que questões de natureza política sejam decididas no Judiciário (judicialização da política) ou que condutas normativas sejam formadas no STF ou nos Tribunais Superiores.

Esse fenômeno não é desejável, pois essas decisões são desprovidas da necessária legitimidade democrática para garantir a aceitabilidade geral. Portanto, nesses casos, a atuação do Poder Judiciário pressupõe a excepcionalidade, sob pena de se tornar ilegítima.

Como os mecanismos de autocontenção não têm sido suficientes, faz-se premente que os outros Poderes retomem os seus papéis executivos, legislativos, resgatando assim sua representatividade perante a sociedade. Entretanto, para que isso ocorra, é preciso que, no exercício da política, esses poderes reconstruam sua imagem perante o povo, que por sua vez deve se manter vigilante as suas ações.

Mister, ademais, que o cidadão perceba que a melhor forma de controle político e social, a melhor forma de controlar e otimizar a eficiência dos gastos sociais não é conferir competência ao Poder Executivo, nem tão pouco ao Legislativo, nem, ainda, ao Poder Judiciário. Sim, porque o debate acerca da efetivação das Políticas Públicas jamais poderá ser atribuição de um só Poder.

Neste sentido, o ativismo judicial não é a melhor forma de proteger os direitos fundamentais, tampouco, a representação política. Afinal, a política é uma conquista da sociedade civil, que não deverá abrir mão de ser e de se sentir, cada vez mais, agente e não apenas destinatária das leis. Deste modo, o instrumento mais adequado para implementação de políticas públicas ainda é a pressão da sociedade civil organizada.

Há, evidentemente, instrumentos constitucionais a possibilitar tal participação. Destaque-se, nesse sentido, o normativo contido no art. 29, XII, da Constituição da República<sup>17</sup>. Referido normativo é a base constitucional autorizativa para a participação da sociedade na alocação de recursos públicos municipais, no que a doutrina denominou de orçamento participativo.

17 Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:  
XII - cooperação das associações representativas no planejamento municipal.

Igual destaque merece o normativo contido no art. 44 da Lei 10.257/01, que regulamentou os arts. 182 e 183 da Constituição da República, estabelecendo diretrizes gerais da política urbana, ao afirmar que em sede municipal, a gestão orçamentária participativa incluirá a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal.

Pretendendo a ampliação de tal esfera, a Lei Complementar 101/2000, em seus artigos 48 e 48-A, consagram, como instrumento de transparência da gestão fiscal não apenas o “incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos”.

Evidente que tal incentivo quedaria infrutífero sem o correspondente dever de informar, inclusive por meios eletrônicos, de modo preciso e pormenorizado, acerca da execução orçamentária. Essa pressão pode ser materializada, também, na participação da sociedade civil organizada, sobretudo por intermédio de associações de diversas naturezas e das organizações não-governamentais.

No Brasil, a participação das ONGs na história política e social brasileira tem lugar, de modo mais proeminente, na década de 80, sobretudo a partir das necessidades impostas pela epidemia de AIDS surgida naquela década. Neste aspecto, em 1996, como fruto de tal mobilização social, obteve-se a garantia do acesso universal à medicação para tratamento das pessoas infectadas pelo vírus causador da doença, financiada, de modo integral, com recursos do Sistema Único de Saúde (Série Manuais, nº 83, p. 25 a 29).

Importante, ainda, destacar os modos de exercício direto da soberania popular de que trata o art. 14 da Constituição da República. Neste aspecto, o Brasil passou por duas relevantes e positivas experiências. A primeira delas de alcance nacional. A Lei Complementar nº 135/2010, denominada Lei da Ficha Limpa, originária de um projeto de lei de iniciativa popular que reuniu aproximadamente 1,3 milhões de assinaturas. Referida Lei Complementar, ao dar nova redação à Lei Complementar 64/90, instituiu hipóteses de inelegibilidade adicionais voltadas à proteção da probidade e da moralidade administrativas no exercício do mandato, nos termos do parágrafo 9º do artigo 14 da Constituição Federal.

É certo que o conteúdo de tal Lei vai de encontro com os interesses particulares de certos políticos, sendo possível inferir que se não fosse a iniciativa popular e a mobilização da sociedade civil tal texto não seria proposto, ou, se o fosse, não seria aprovado nos termos em que o foi.

Aliás, é possível inferir, ainda, que foi a força simbólica e efetiva de ter sido oriunda da iniciativa popular a maior responsável pelo desfecho do julgamento (em fevereiro do corrente ano, 2012) das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs 29 e 30) e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4578) que versaram acerca da aludida Lei Complementar. Por maioria de votos, prevaleceu o entendimento em favor da constitucionalidade da lei, que pode, assim, ser aplicada em relação a atos e fatos ocorridos antes de sua vigência.

A segunda experiência positiva e relevante vivida no Brasil ocorreu a quando da realização, em 11 de dezembro de 2011, de plebiscito que consultou a população do Pará acerca do desmembramento e da criação de dois novos Estados para nossa Federação (Estados de Carajás e Tapajós).

A consulta popular foi histórica não apenas porque mobilizou o interesse de todos os brasileiros, sobretudo, evidentemente, dos paraenses (o índice de comparecimento foi de 75% do eleitorado), mas também porque foi a primeira vez na história do país em que a população foi consultada, diretamente, sobre a divisão de um Estado.

A última unidade da Federação criada no Brasil foi o Estado do Tocantins, mas não por força de decisão popular, mas sim por força de decisão tomada pelo Congresso Nacional. Evidente que tais mecanismos ainda são exercidos de modo bastante tímido pelo cidadão brasileiro. Neste aspecto é desalentador que após 30 anos de vigência de nossa Constituição da República apenas dois referendos e três plebiscitos (dois deles, locais) tenham sido realizados.

Por outro lado, é extremamente preocupante perceber que uma grande parcela dos cidadãos brasileiros não nutre o sentimento de pertencimento ao grupo responsável pela tomada das decisões sociais relevantes. É, do mesmo modo, inquietante que a grande maioria da doutrina pátria analise tão intrincada questão sobre fixação e fiscalização das políticas públicas sob o viés da Separação de Poderes, deixando de analisá-la sob a luz da soberania popular.

Mas, não se pode negar o amadurecimento da sociedade civil brasileira nos últimos anos, não se pode negar a importância da política na vida diária do cidadão, e não se pode negar, sobretudo, que se o desejo de uma efetiva cidadania é utópico, será, justamente, esta utopia que terá o poder de promover o rompimento da inércia e o início do caminhar rumo ao destino desejado, por mais distante ou inalcançável que pareça ser.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Jurisdição constitucional: a tênue fronteira entre o direito e a política. In: *Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 4ª Ed., São Paulo. Editora Paz e Terra, 1989.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). *Código de Processo Civil Brasileiro*. Brasília, DF: Senado, 2015.

BRASIL. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Senado, 1942.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986

FRANÇA, Rubens Limongi. *Formas e aplicação do direito positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

GARCIA, Pedro de Vega. *El tránsito del Positivismo Jurídico al Positivismo Jurisprudencial en la doctrina constitucional*. Teoría y realidad constitucional. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, n. 1, p. 85, 1º sem. 1998.

GRIMM, Dieter. *Jurisdição constitucional e democracia*, Revista de Direito do Estado 4:3, 2006.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Tradução Christian Foster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *O decisionismo jurídico de Carl Schmitt*. Lua Nova [online]. 1994, n.32, pp.201-215.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo, Saraiva, 2012.

OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

RAWLS, John. *O direito dos povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1986.

RIPERT, Georges. *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*. Trad. de Gilda G. de Azevedo. Rio de Janeiro. Freitas Bastos, 1947.

ROUSSEAU, Dominique. *Une rèsurrection: la notion de Constitution*. Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Étranger, 1990, n. 1, Paris, LGDJ, p. 6, jan./fev. 1990.

RUIZ, Marian Ahumada. *Alternativas a La judicial review y variedades de judicial review*. Themis Revista de Direito. Coimbra Edições Almedina SA, 2005.

SANCHES URRUTIA, Ana Victoria. *Mutación Constitucional Y Fuerza Normativa de la Constitución*. Una Aproximación al Origen Del Concepto. Revista Española de Derecho Constitucional. Numero 58, Enero/Abril 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A contrarrevolução jurídica*. Disponível em: <<http://www.uc.pt/iii/novidades/CES-boaventura-contrarevolucao12-09>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

Série Manuais, nº 83, Brasília: Ministério da Saúde, 2008, p. 25 a 29

VERDÚ, Pablo Lucas. *La Constitución en la Encrucijada (Palingenesia Iuris Politici)*. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1994.

WAMBIER, Teresa A. A. et al. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil - Artigo por Artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.