

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

TEORIA CONSTITUCIONAL

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

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

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

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

Conselho Fiscal

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

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

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

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Paulo Roberto Barbosa Ramos – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-068-8

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

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria constitucional.
I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

O livro Teoria Constitucional, resultado do esforço de jovens e veteranos constitucionalistas brasileiros, reúne pesquisas relevantes sobre as novas perspectivas da teoria constitucional. Muito embora o constitucionalismo encontre os seus fundamentos nos séculos XVIII, XIX e nas primeiras décadas do século XX, tem passado por inúmeras e consideráveis transformações no século XXI por conta do novo lugar que tem sido reservado à constituição em um mundo globalizado.

Se nos séculos anteriores os elementos que deram vazão à ideia de constituição estavam assentados na necessidade de criar instrumentos para limitar o exercício do poder no âmbito dos estados nacionais, como forma de garantir as condições para que os cidadãos pudessem usufruir dos direitos fundamentais, os quais passaram a se constituir em anteparo diante dos abusos do poder estatal, no século XXI a questão que se coloca é como estender essas conquistas para espaços que ultrapassem as fronteiras dos estados nacionais, como mecanismo adequado para evitar que as forças sem controle de âmbito transnacional ou multinacional oprimam os indivíduos, por meio da inviabilização dos seus direitos fundamentais, porquanto operando em um universo não sujeito a regras ou a regras pouco efetivas.

A superação desse quadro exige uma reflexão profunda das ideias matriciais da teoria constitucional como fundamento para análise e reanálise de categorias as quais devem ser moldadas para oferecer condições de reflexão para busca de alternativas e estratégias para manter o poder ainda sem controle do mundo globalizado dentro de certos limites, os quais devem se relevar como fronteiras para a garantia dos direitos elementares da pessoa humana.

Os trabalhos intitulados A(sobre)posição dos influxos da política sobre o direito e a (simbólica) concretização constitucional: o rompimento do acoplamento estrutural e o surgimento de um acoplamento artificial; A busca pela efetivação da justiça: breve análise metodológica da intervenção em situações de conflitos entre princípios constitucionais; A constituição de 1988 e sua fórmula política: notas sobre a legitimidade do poder estatal a partir da realização da fórmula política; A nova ordem constitucional e a situação jurídica dos empregados públicos não efetivos: análise jurídica da regularidade dos contratos de trabalho celebrados e seus reflexos jurídicos; A possibilidade de incidência do controle de constitucionalidade sobre súmulas (não vinculantes) editadas pelos Tribunais Superiores; A

reclamação 4335/AC e seus reflexos para o direito brasileiro: novas perspectivas para a jurisdição e hermenêutica constitucional no Brasil; A redemocratização brasileira por meio da constituição brasileira de 1988: um paradoxo?; A interpretação das normas constitucionais de Häberle como alternativa ao positivismo jurisprudencial: análise do caso brasileiro; Acerca do poder constituinte decorrente: aplicação do princípio da simetria no processo legislativo; As questões institucionais e a estabilidade institucional; Constituição e racionalidade jurídica no contexto do neoconstitucionalismo; Matizes construtivas da supranacionalidade frente aos princípios e normas constitucionais; O controle de constitucionalidade das leis entre Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella; O controle de constitucionalidade das leis e a crítica de Jeremy Waldron; O diálogo institucional entre cortes constitucionais: a jurisdição constitucional justificada pelos diálogos transnacionais; O direito fundamental de liberdade no Brasil: limites e possibilidades frente à horizontalidade dos direitos fundamentais; O novo constitucionalismo pluralista latino-americano e o estado plurinacional da Bolívia; O perfil constitucional da saúde: reflexões teóricas se comparada acerca do reconhecimento do direito à saúde nas constituições brasileira e italiana; O poder executivo como intérprete imediato da Constituição: ensaio sobre os diálogos constitucionais travados a partir de políticas públicas; O positivismo jurisprudencial brasileiro: a judicialização da terra indígena Raposa Serra do Sol; O Welfare State na América Latina. A (in)efetividade das promessas da modernidade; O neoconstitucionalismo e o ser da constituição brasileira: entre simbolismo e substância normativa; Precedentes à brasileira: uma adaptação peculiar da Common Law; Reflexões para uma teoria da constituição adequada à proteção das pessoas portadoras de sofrimento mental, Pluralismo jurídico e plurinacionalidade na América Latina: lutas, limites e conquistas; Teoria da inconstitucionalidade por arrastamento na jurisprudência do STF e Uma (des) leitura da PEC 33/11: seria uma resposta (adequada) ao ativismo judicial? contribuem sobremaneira para esse debate, além de lançar luzes sobre peculiaridades do constitucionalismo brasileiro e de novos aspectos do constitucionalismo latino-americano.

UMA (DES)LEITURA DA PEC 33/11: SERIA UMA RESPOSTA (ADEQUADA) AO ATIVISMO JUDICIAL?

ONE (UN)READING ABOUT THE PEC 33/11: IT WOULD BE RESPONSE (ADEQUATE) FOR JUDICIAL ACTIVISM?

**Fabiano Muller
Daniel Ortiz Matos**

Resumo

Desde a Constituição de 1988 temos visto um alargamento do Judiciário, sobretudo, atuando na implementação de direitos, diante da ineficiência do Parlamento e da Administração Pública. Em resposta a este quadro o Poder Legislativo propôs a PEC 33/11 na tentativa de limitar os amplos poderes dos juízes e tribunais. Diante disto, exurgiu o nosso problema de pesquisa: Seria a PEC 33/2011 (democraticamente) adequada para a contenção de uma Judiciariocracia? A abordagem proposta parte da necessária distinção entre a judicialização da política e o ativismo judicial para depois analisar a PEC e a sua (im)possibilidade. Para realizar a pesquisa utilizamos como referencial teórico a Crítica Hermenêutica do Direito, proposta por Lenio Streck. Ao final, entendemos que a PEC 33/11 não se coaduna com o Constitucionalismo Contemporâneo, em que as decisões de constitucionalidade cabem ao Judiciário, bem como é inadequada seja pelas exigências democráticas ou por não compreender de fato o problema do ativismo judicial.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional; pec 33; ativismo judicial;

Abstract/Resumen/Résumé

Since the Constitution of 1988 have seen a widening of the Judiciary, especially, working in the implementation of rights, due to the inefficiency of Parliament and Public Administration. In response to this situation the Legislature proposed PEC 33/11 in an attempt to limit the broad powers of judges and courts. Given this, emerged our research problem: It would be the PEC 33/2011 (democratically) suitable for containing a Juristocracy? For the proposed approach, first, we did of the necessary distinction between the legalization of politics and the judicial activism. After, we did exam about the PEC and its (im) possibility. To conduct the research used as a theoretical framework Hermeneutics Criticism of Law , proposed by Lenio Streck. At the end, we understand that the PEC 33/11 is not in line with the Contemporary Constitutionalism; and that is inadequate for the democratic demands and for not really understanding the problem of judicial activism.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional jurisdiction; pec 33; judicial activism.

Introdução.

É notório na realidade brasileira um agigantamento do Poder Judiciário que, assumindo um papel protagonista, tem avocado para si um espaço que deveria estar em aberto para o exercício da cidadania frente aos demais Poderes. Isto, sob a justificativa estar efetivando valores constitucionais. Dentro deste contexto insere-se o presente trabalho que tem por objeto a Proposta de Emenda à Constituição n.33 de 2011 que entendemos ser uma resposta darwiniana (Streck) do sistema ao aumento do protagonismo judicial. Assim, intentamos fazer uma anamnese da PEC, tanto do ponto vista histórico quanto crítico-reflexivo.

Para tanto será utilizado o método hermenêutico-fenomenológico, por intermédio do qual se torna possível fazer uma reconstrução histórico-institucional do fenômeno analisado, o ativismo judicial. Sob o prisma teórico, este estudo lastreia-se nos aportes da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) de Lenio Streck.

O artigo se subdivide em três partes. A primeira é destinada a uma discussão ainda não superada acerca da distinção entre judicialização e ativismo, esta “limpeza semântica” é necessária para que se compreenda donde partimos e o porque da nossa crítica. A segunda é um panorama geral da PEC 33/11. A terceira e última apresenta uma (des)leitura da PEC tentando responder se ela apresenta-se (ou não) como uma resposta adequada ao problema que intenta resolver.

2. A necessária distinção entre ativismo judicial e judicialização da política.

Desde quando a Constituição tornou-se o fundamento do agir do Estado Democrático tem se visto um deslocamento do polo de tensão para o Poder Judiciário, principalmente, em países de modernidade tardia como o Brasil.

Ocorre um aumento da judicialização das relações sociais nos quais os debates públicos são redirecionados para o Judiciário.¹ Assim, o que antes era resolvido por meio do

¹ De outra perspectiva, a judicialização das relações sociais, processo também universal e com ampla fixação nas democracias consolidadas, chegou a nós pelos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, de recente e ainda progressiva institucionalização, responsáveis pela exposição do Poder Judiciário, sem qualquer tipo de mediação social ou política, às expectativas por direito e cidadania de setores socialmente emergentes. De fato, são esses os segmentos sociais que estão presentes na explosão da demanda por jurisdição, que passou dos 350 mil processos novos, em 1988, para cerca de 8,5 milhões, em 1998. A democratização do acesso à Justiça, cuja trajetória guardou alguma semelhança com o processo de institucionalização da comunidade de interpretes – uma inovação devida à *intelligentsia* jurídica e os aliados políticos na Constituinte -, tem também, entre uma de suas origens, a ação do vértice dos Tribunais estaduais e, muito especialmente, as iniciativas do associativismo dos

costume ou da eticidade social agora é judicializado.

Ademais não podemos nos olvidar que a judicialização da política, como fenômeno típico dos Estados sociais em função da profunda redefinição paradigmática do princípio da separação dos poderes, tem impacto sobre o controle judicial de políticas públicas no sentido da garantia dos direitos sociais, econômicos e culturais, bem como sobre o controle judicial de constitucionalidade no pós-guerra.²

Além dos conflitos nas relações sociais, são criados novos direitos, por exemplo, a questão ambiental e do biodireito e/ou são trazidos novos problemas (ou velhos problemas que não eram debruçados pela sociedade), como a questão das mulheres vítimas de violência. Werneck³ enfatiza que

A invasão do direito no mundo contemporâneo não tem limitado as suas representações ao âmbito dos poderes republicanos e à esfera propriamente política [...]. Ela também vem alcançando a regularização da sociabilidade e das práticas sociais, inclusive daquelas tidas, tradicionalmente, como de natureza privada e, portanto, impermeáveis à intervenção do Estado, como são os casos, entre outros, das relações de gênero no ambiente familiar e do tratamento dispensado às crianças por seus pais ou responsáveis. Ao lado dessa crescente regularização da vida privada, também no concerne a novíssimas dimensões da experiência social, cujos exemplos poderiam ser a dramática ampliação do consumo juvenil de drogas ou, de uma perspectiva mais positiva, a universalização de uma consciência ecológica, o direito vem expandindo a sua capacidade normativa, armando institucionalmente o Judiciário de meios e modos para o exercício de uma intervenção nesse plano. É todo um conjunto de práticas e de novos direitos, além de um continente de personagens e temas até recentemente pouco divisível pelos sistemas jurídicos – das mulheres vitimizadas, aos pobres e ao meio ambiente, passando pelas crianças e pelos adolescentes em situação de risco, pelos dependentes de drogas e pelos consumidores inadvertidos –, os novos objetos sobre os quais se debruça o Poder Judiciário, levando a que as sociedades contemporâneas se vejam, cada vez mais, enredadas na semântica da justiça.

Desse modo, os conflitos de cidadania são institucionalizados e levados ao Poder Judiciário. As relações sociais são juridificadas, como adverte Habermas:

Simultaneamente são juridificados complexos internacionais, no quais os conflitos antes eram resolvidos eticamente, na base do costume, da lealdade ou da confiança; a partir de agora, esses conflitos são reorganizados de tal maneira que os participantes em litúgio podem apelar para pretensões de direito. E a universalização de um status de cidadão institucionalizado pública e juridicamente forma o complemento necessário para a juridificação potencial de todas as relações sociais. O núcleo dessa cidadania é formado pelos direitos de participação política, que são defendidos nas novas formas de intercâmbio da sociedade civil, na rede de associações espontâneas protegidas por direitos fundamentais, bem como nas formas

juízes, destacadamente a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). VIANNA, Luiz Werneck, et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, Renavan, 1999, p. 11.

² OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; NUNES, Dierle. Controle de constitucionalidade é judicial, não político. *Consultor Jurídico*. 30.04.2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/sistema-controle-constitucionalidade-judicial-nao-politico>. Acesso em: 9 de novembro de 2014.

³ VIANNA, Luiz Werneck, et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, Renavan, 1999, p. 149.

de comunicação de uma esfera pública política produzida através da mídia.⁴

Deve-se ter em conta que com a atual Constituição brasileira ocorreu uma nítida elevação na importância do Poder Judiciário para responder inúmeras questões que batem a sua porta. Esse fenômeno pode ser chamado de judicialização. Veremos que a judicialização é contingencial. Ela não é um mal em si. Ocorre na maioria das democracias, decorrente do aumento dos direitos.

Por tudo isso, pode-se dizer que a judicialização apresenta-se como uma *questão social*. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e desaguam no aumento da litigiosidade – característica da sociedade de massas. A diminuição da judicialização não depende, portanto, apenas de medidas realizadas pelo Poder Judiciário, mas, sim, de uma plêiade de medidas que envolvem um comprometimento de todos os poderes constituídos.⁵

Como não é possível abster-se do fenômeno da judicialização da política ou das relações sociais,⁶ devemos estabelecer o modo como julgador decide, pois numa República não há que falar em desrespeito aos limites constitucionais sob a justificativa e estar aplicando os valores da Constituição. Para Lenio Streck:

O ativismo ocorre quando o juiz extrapola os limites republicanos, fazendo prevalecer sua opinião, sendo um problema de comportamento, em que o juiz substitui os juízos políticos e morais pelos seus, a partir de sua subjetividade (chamo a isso de decisões solipsistas). O problema é o ativismo, que, para mim, é a vulgata da judicialização. Enquanto a judicialização é um problema de (in)competência para prática de determinado ato (políticas públicas, por exemplo)⁷.

Ainda, com a alegação de que concretização de direitos fundamentais, sob o paradigma do neoconstitucionalismo,⁸ os juízes acabam criando direito:

⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, vol I, p. 105.

⁵ TASSINARI, Clarissa. *Ativismo Judicial*, Brasil. 2011. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2012, p. 24.

⁶ É, enfim, a esse crescente invasão do direito na organização da vida social que se convencionou chamar de judicialização das relações sociais. VIANNA, Luiz Werneck, et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, Renavan, 1999, p. 149.

⁷ STRECK, Lenio. O que é isto, o ativismo judicial, em números? *Consultor Jurídico*. 26.10.2013. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-e-isto-o-ativismo-judicial-em-numeros>. Acesso em: 11 de novembro de 2013.

⁸ [...] o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados: (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e o profundo de constitucionalização do Direito. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Orgs). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 61.

Nesse contexto de déficit normativo, surge a tentação do ativismo judicial, envolta no viés neoconstitucionalista, com o discurso de que o supremo Tribunal Federal deve suprir as lacunas da legislação, para que prevaleça o espírito do texto constitucional, em busca da harmonia e equilíbrio federativo e da concretização dos direitos fundamentais.⁹

O principal representante em *terrea brasilis* do neoconstitucionalismo envolto de posturas ativistas é Luís Roberto Barroso. Para ele a interpretação tradicional não é mais satisfatória:

Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórios. Assim: (i) quanto ao *papel da norma*, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao *papel do juiz*, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.

Essas transformações noticiadas acima, tanto em relação à norma quanto ao intérprete, são ilustradas de maneira eloquente pelas diferentes categorias com os quais trabalha a nova interpretação. Dentre elas incluem-se as cláusulas gerais, os princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação.¹⁰

Assim, o juiz seria criador do direito, pois a interpretação não deveria ficar adstrita ao texto. Cappelletti afirma que:

O intento ou resultado principal desta amplíssima discussão foi o demonstrar que, com ou sem consciência do intérprete, certo grau de discricionariedade, e pois de criatividade, mostra inerente a toda interpretação, não só à interpretação do direito, mas também no concernente a todos outros produtos da civilização humana [...]. Em realidade, interpretação significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistar a compreendê-los e – no caso do juiz, não menos que no do musicista, por exemplo – reproduzi-los, “aplicá-los” e “realizá-los” em novo e diverso contexto, de tempo e lugar. É óbvio que toda a representação e execução varia profundamente, entre outras influências, segundo a capacidade do intelecto e estado de alma do intérprete.

[...]

Por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel “texto”, ele será sempre, por

⁹ SOARES, Mário Lúcio Quintão; BARROS, Renata Furtado de. Limites Constitucionais do Ativismo Judicial. In: MORAIS, Jose Luis Bolzan de; BARROS, Flaviane de Magalhães (Coords). *Novo Constitucionalismo Latino-Americano*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 157.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Orgs). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 59. O jurista frisa ainda: “Antes de prosseguir, cumpre fazer uma advertência: a interpretação jurídica tradicional não está derrotado ou separada como um todo. Pelo contrário, é no seu âmbito que continua a ser resolvida boa parte das questões jurídicas, provavelmente a maioria delas. Sucede, todavia, que os operadores jurídicos e os teóricos do Direito se deram conta, nos últimos tempos, de uma situação de carência : as categorias tradicionais da interpretação jurídica não são inteiramente ajustadas para a solução de um conjunto de problemas ligados à realização da vontade constitucional. A partir daí deflagrou-se o processo de elaboração doutrinária de novos conceitos e categorias, agrupadas sob a denominação de nova interpretação constitucional, que se utiliza de um arsenal teórico diversificado, em um verdadeiro sincretismo metodológico”. Idem, p. 58.

assim dizer, *forçado a ser livre* – por que não há texto musical ou poético, nem tão pouco legislativo, que não deixe espaço para variações e *nuances*, pra a criatividade interpretativa.¹¹

Desta maneira, essa criação de direito é considerada uma postura ativista.

Segundo Streck:

[...] política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados); já a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do pólo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional [...]).¹²

Tassinari ressalta “uma concepção de ativismo¹³ que pode ser assim sintetizada: como a configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente.¹⁴

Por vezes, como bem ressalta Werneck, o aumento da jurisdição ocorre pela implementação de direitos das minorias e não por um papel mais atuante na interpretação constitucional por parte da Corte Constitucional.¹⁵ Enfatiza ainda, que a invasão do Judiciário no campo da política por vezes não é consciente:

De todo modo, já importa ressaltar que a mobilização das Adins não tem resultado, como na França, de uma sinalização positiva por parte da Corte Constitucional aos agentes legítimos da sociedade civil para a interpretação da Constituição. Menos ainda se assemelha ao processo de invasão consciente do Poder Judiciário no campo da política, tal como ocorreu na Itália.¹⁶

¹¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1999, p. 21-22.

¹² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 589.

¹³ Assim, em meio à dificuldade de se definir o ativismo judicial, mas, em contrapartida, com a existência de diversos entendimentos sobre a temática, em uma tentativa de sistematizar as concepções existentes, é possível elencar, por exemplo, algumas perspectivas de abordagem: *a*) como decorrência do exercício do poder de revisar (leia-se, controlar a constitucionalidade) atos dos demais poderes; *b*) como sinônimo de maior interferência do Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste caso, configuraria muito mais a judicialização); *c*) como abertura à discricionariedade no ato decisório; *d*) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outras. Ressalte-se que, apesar de ser possível identificar essas tendências no contexto da doutrina brasileira, fica difícil de encontrar o que se poderia chamar de *posicionamentos puros*. TASSINARI, Clarissa. *Ativismo Judicial*, Brasil. 2011. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2012, p. 22.

¹⁴ TASSINARI, Clarissa. *Ativismo Judicial*, Brasil. 2011. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2012, p. 25.

¹⁵ Vale registrar que o recurso ao Judiciário como sistema de defesa de minorias vem se manifestando por meio de Adins que reproduzem, em sua postulação, as coalizações estabelecidas nas lutas parlamentares: das 250 Adins postulados por partidos de esquerda, 52 (20,8%) são de iniciativa conjunta de mais um partido. É interessante observar que partidos de esquerda, cujas agendas, ao mesmo em termos de definição programática, não têm privilegiado ao temas institucionais da democracia política representativa, como o PC do B e, ainda mais incisivamente, PSTU, estejam igualmente participando do processo de judicialização da política – o primeiro, contando oito ações individuais e inúmeras em coligação, e o segundo, com duas ações individuais. VIANNA, Luiz Werneck, et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, Renavan, 1999, p. 97.

¹⁶ VIANNA, Luiz Werneck, et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, Renavan, 1999, p. 51.

E, por fim, alerta que o Poder Judiciário está legislando e não está havendo uma era de judicialização da política. No caso, mais do que se tratar de judicialização da política, parece que se tem uma incorporação indireta do Poder Judiciário à ação dos outros Poderes na produção dos diplomas legais”.¹⁷

Entendemos que devemos combater os decisionismos fruto de posturas ativistas. “Trata-se de evitar ativismos, necessariamente ligados a práticas discricionárias e/ou arbitrárias”.¹⁸ Os decisionismos não são compatíveis com o Estado Democrático de Direito. Portanto, devemos voltar a fazer política e debater as questões republicanas:

Por fim, como pressuposto para a limitação constitucional do ativismo judicial, deve-se evitar, nos embates cotidianos, a judicialização da política. Quem deve fazer política é o cidadão comum que questiona, crítica e delibera, através de procedimentos de legitimação, sobre os problemas suscitados. Aos juízes compete assegurar a estabilidade do Estado de Direito e da ordem democrática, mediante provimentos jurisdicionais bem fundamentados e eficazes, em prazo razoável. Novo Constitucionalismo.¹⁹

Enquanto a judicialização da política é uma contingência histórica resultante de um descompasso entre os direitos constitucionalmente assegurados e a sua plena efetivação, o ativismo é uma forma de atuação que, sob o pretexto emancipatório, atua para além das margens da Constituição. E por isso tem que ser combatido. Em resposta a este contexto – de ativismo judicial – que nasce a Proposta de Emenda a Constituição nº 33, de 2011 que passamos a analisar na parte seguinte.

3. A gênese da PEC 33/11

A Proposta de Emenda a Constituição (PEC) nº 33, apresentada no dia 25/05/2011, na Câmara de Deputados, tendo como requerente o deputado Nazareno Fonteles (PT-PI) e subscrita por outros 218 deputados, surge como uma resposta do sistema ao crescente protagonismo judicial presente em *terrae brasilis*. Podemos citar a emenda como um exemplo de resposta darwiniana do sistema ao ativismo dos juízes e dos próprios tribunais. Na justificção da PEC é colocado o problema do aumento de atuação judicial:

O protagonismo alcançado pelo Poder Judiciário, especialmente dos órgãos de cúpula, é fato notório nos dias atuais. A manifestação desse protagonismo tem ocorrido sob duas vertentes que, embora semelhantes, possuem contornos distintos:

¹⁷ VIANNA, Luiz Werneck, et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, Renavan, 1999, p. 143.

¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 589.

¹⁹ SOARES, Mário Lúcio Quintão; BARROS, Renata Furtado de. Limites Constitucionais do Ativismo Judicial. In: MORAIS, Jose Luis Bolzan de; BARROS, Flaviane de Magalhães (Coords). *Novo Constitucionalismo Latino-Americano*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 157.

a judicialização das relações sociais e o ativismo judicial.²⁰

Continua a explicitação de motivos, delineando a diferença entre a judicialização e o ativismo judicial, nos mesmos moldes já trabalhado no item anterior. Enfatiza que

O ativismo denota um comportamento, um modo proativo de interpretar a Constituição por parte dos membros do Poder Judiciário. Adotando essa postura, os magistrados, para o deslinde da controvérsia, vão além do que o caso concreto exige, criando normas que não passaram pelo escrutínio do legislador.

O ativismo judicial tem sido fomentado pelo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que combina aspectos dos sistemas americano e europeu, sendo considerado um dos mais abrangentes do mundo.²¹

Ainda, o deputado Nazareno Fonteles, discorreu sobre alguns exemplos de ativismo judicial da última década, citando o exemplo da resolução da fidelidade partidária²² e própria súmula vinculante nº 13, do Supremo Tribunal Federal,²³ que veda o chamado nepotismo.

Deve-se ressaltar a defasagem democrática das atuações fora de limites do Poder Judiciário, em detrimento ao Poder Legislativo, é problemática.

Por óbvio, devemos reconhecer as deficiências do Poder Legislativo, que tem passado por várias crises de credibilidade. Contudo, esse aspecto não deve justificar tais medidas, como se houvesse um vácuo político a ser ocupado pelo Supremo Tribunal Federal. O fortalecimento do Legislativo deve ser debatido no âmbito da reforma político-eleitoral, mas não apenas nesse espaço. Há uma série de medidas de preservação e valorização da competência legislativa do Congresso Nacional que devem ser apreciadas, independentemente da aprovação de novas regras eleitorais.²⁴

²⁰ FONTELES, Nazareno. *Proposta de Emenda à Constituição nº _ ,de 2011*. Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CE33AC3FEB4A583170118B78967782C7.proposicoesWeb2?codteor=876817&filename=Tramitacao-PEC+33/2011. Acesso em: 01 setembro 2014, p. 3.

²¹ Idem, p. 3-4.

²² O Tribunal Superior Eleitoral aprovou a Resolução-TSE nº 22.610, de 25.10.2007, alterada pela Resolução-TSE nº 22.733, de 11.3.2008, que disciplina o processo de perda de cargo eletivo e de justificação de desfiliação partidária. Inconformados com a resolução do TSE foram ajuizadas duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 3999 e 4086, a primeira pelo Partido Social Cristão (PSC) e a segunda pela Procuradoria-Geral da República (PGR) contra a Resolução 22.610/07, do Tribunal Superior Eleitoral. Fidelidade partidária. Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/partidos/fidelidade-partidaria>. Acesso em: 15 de outubro de 2014.

²³ A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal. Ver: SÚMULAS na Jurisprudência Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=237077>. Acesso em: 7 de novembro de 2014.

²⁴ FONTELES, Nazareno. *Proposta de Emenda à Constituição nº _ ,de 2011*. Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CE33AC3FEB4A583170118B78967782C7.proposicoesWeb2?codteor=876817&filename=Tramitacao-PEC+33/2011. Acesso em: 01 setembro 2014,

A própria legitimidade das decisões carece de fundamentação democrática, pois são decisões verticalizadas. Ademais, a transferência das questões do Parlamento ao Judiciário é fruto da falta de debate público, no qual a minoria popular vai requerer o atendimento da sua demanda ao Poder Judiciário.

Assim, foram propostas 3 (três) modificações ao texto constitucional. A primeira modificação seria no art. 97, da Constituição Federal, no qual passaria a vigorar com a seguinte redação:

Art. 97 Somente pelo voto de quatro quintos de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou do ato normativo do poder público...(NR)”²⁵

A segunda alteração ocorreria no art. 103-A da Constituição Federal de 1988, que teria a seguinte redação:

Art. 103-A O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de quatro quintos de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, propor súmula que, após aprovação pelo Congresso Nacional, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.
§ 1º A súmula deverá guardar estrita identidade com as decisões precedentes, não podendo exceder às situações que deram ensejo à sua criação.
§2º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas.

Contudo, a terceira alteração, que será explicitada amiúde, foi a que provocou maior polêmica na comunidade jurídica nacional, pois o processo de controle de constitucionalidade das emendas constitucionais por parte da Suprema Corte seria alterado. Assim, o art.102 passaria dispor que:

Art. 102. ...
...
§ 2º-A As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produzem imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular.
§ 2º-B A manifestação do Congresso Nacional sobre a decisão judicial a que se refere o §2º-A deverá ocorrer em sessão conjunta, por três quintos de seus membros, no prazo de noventa dias, ao fim do qual, se não concluída a votação, prevalecerá a decisão do Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante e eficácia contra todos.
§2º-C É vedada, em qualquer hipótese, a suspensão da eficácia de Emenda à Constituição por medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal.”²⁶

p. 4-5.

²⁵ Idem, p. 1. Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 nov. 2014.

²⁶ FONTELES, Nazareno. *Proposta de Emenda à Constituição nº _ ,de 2011*. Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante

Atualmente o disposto no art. 102, §2º, da Constituição Federal,²⁷ prevê que as decisões de inconstitucionalidade das emendas à Constituição Federal terão efeito vinculante não dependendo da chancela do Poder Legislativo. Ainda, o próprio Parlamento poderia ser contrário à decretação de inconstitucionalidade e caso deliberasse contrariamente a Suprema Corte, deveria submeter a questão à consulta popular. Esse ponto é foi objeto de amplo debate que apresentaremos posteriormente.

Em explanação favorável a esse ponto o deputado lembra que “havendo divergências entre a posição dos juízes e dos representantes do povo, caberia ao próprio povo a última palavra”.²⁸ Refere, que o efeito vinculante da ADIn não foi instituído pelo Poder Constituinte Original de 1988 e sim, através da Lei 9.868/99 e da Emenda Constitucional nº 45/04.²⁹

Além disso, afirma que os legisladores não seriam menos aptos a tratar dos direitos da minoria, pois são os próprios parlamentares que consignaram nas leis e na própria Constituição a previsão de tais direitos. Também menciona que deve ser superado o argumento

que as maiorias legislativas são passageiras e circunstanciais, sendo natural o papel do Judiciário enfrentar, por não delas depender, as correntes majoritárias. Esse argumento falacioso menoscaba o Poder Legislativo, pregando-lhe a pecha de incapaz e inconsequente.³⁰

de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CE33AC3FEB4A583170118B78967782C7.proposicoesWeb2?codteor=876817&filename=Tramitacao-PEC+33/2011. Acesso em: 01 setembro 2014, p. 2-3.

²⁷ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 nov. 2014.

²⁸ FONTELES, Nazareno. *Proposta de Emenda à Constituição nº _ ,de 2011*. Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CE33AC3FEB4A583170118B78967782C7.proposicoesWeb2?codteor=876817&filename=Tramitacao-PEC+33/2011. Acesso em: 01 setembro 2014, p. 9.

²⁹ Afirma ainda: Vale lembrar que o efeito vinculante das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) não foram previstas no texto original da Constituição de 1988. Tal alteração foi introduzida apenas em 1993, pela Emenda à Constituição nº 3, que estabeleceu esse efeito apenas para as Ações Diretas de Constitucionalidade (ADC), e a partir de então, a jurisprudência do STF passou a conferi-lo também às ADI. Com a edição da Lei nº 9.868/1999 e, posteriormente, com a promulgação da EC nº 45/2004 (Reforma do Judiciário), o efeito vinculante foi expressamente estendido à ADI.

³⁰ FONTELES, Nazareno. *Proposta de Emenda à Constituição nº _ ,de 2011*. Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao

Por fim, cita o Panprincipiologismo, sendo um problema a criação livres de princípios constitucionais para fundamentar uma nova decisão judicial com alta carga moral, demonstrando uma “dogmática fluida” e com elevado grau de abstração.³¹ Conclui que as decisões ativistas representam grave violação ao regime democrático, a soberania popular e a própria separação de poderes, todos previstos na Constituição pátria. Destarte, essa anomalia deveria “ser corrigida por mecanismos que fomentem o diálogo institucional entre os Poderes. É, portanto, o que se propõe, sem buscar suprimir qualquer parcela, ínfima que seja da competência dos Poderes da República”.³² A proposta foi encaminhada a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) para apreciação de sua constitucionalidade. No dia 1º de julho de 2011, foi designado relator da PEC o deputado Esperidião Amin (PP-SC). Já em 30 de agosto de 2011, o deputado relator apresentou seu parecer pela admissibilidade da PEC, no entanto com emendas.³³

O relator seguiu para análise da Proposta de Emenda a Constituição a luz do art. 60 da Constituição Federal que disciplina os requisitos formais e materiais para que ocorra a emenda da Constituição.³⁴ Em análise inicial, ressaltou que os requisitos formais estavam

Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CE33AC3FEB4A583170118B78967782C7.proposicoesWeb2?codteor=876817&filename=Tramitacao-PEC+33/2011. Acesso em: 01 setembro 2014, p.13.

³¹ Como bem mencionado pelo preponente da PEC, o termo Panprincipiologismo foi cunhado pelo professor Lenio Streck no seu livro *Verdade e Consenso*. Ver: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

³² FONTELES, Nazareno. *Proposta de Emenda à Constituição nº 33, de 2011*. Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CE33AC3FEB4A583170118B78967782C7.proposicoesWeb2?codteor=876817&filename=Tramitacao-PEC+33/2011. Acesso em: 01 setembro 2014, p.13.

³³ AMIN, Esperidião. *Proposta de Emenda à Constituição nº 33, de 2011*. Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=914386&filename=Tramitacao-PEC+33/2011. Acesso em: 01 setembro 2014.

³⁴ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

§ 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

preenchidos, visto que 219 deputados assinaram a proposta e o país vive em normalidade jurídica constitucional, não se enquadrando no § 1º, do art. 60, da CF.³⁵

Sobre a questão material, assim afirmou:

No que concerne à análise material da proposição em apreço, isto é, a sujeição de seu objetivo às cláusulas constitucionais imutáveis – as chamadas cláusulas pétreas – verificamos que as alterações projetadas na Proposta de Emenda à Constituição nº 33, de 2º11, não pretendem atingir a forma federativa do Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico e os direitos e garantias individuais.³⁶

No entanto, referiu que a separação de poderes, cláusula pétrea prevista no § 4º, III, do art. 60, da CF deveria ser melhor analisada. Argumentou que as duas propostas constantes no art. 1º e 2º não ferem a separação de poderes. Contudo, afirmou que a terceira proposta presente no art. 3º da PEC fere frontalmente a Constituição, pois a declaração de inconstitucionalidade das emendas à Constituição é tarefa típica do Poder Judiciário. Deste modo, o relator sugeriu uma emenda supressiva do art. 3º da proposta e no restante, votando pela admissibilidade da PEC. Ressaltou ainda, que vivemos no atual quadro da história um elevado ativismo judicial, sendo que a autocontenção pelos tribunais (“judicial *self-restraint*”) não tem conseguido evitar o seu protagonismo. Afirmou que “essa circunstância apenas reforça a necessidade de alterações constitucionais, com vistas a valorizar o papel do Poder Legislativo de titular soberano da função de legislar”.³⁷

Por fim, acrescentou que a PEC previne “a hipertrofia dos poderes do Supremo Tribunal Federal, evitando que atingissem, a hipertrofia dos poderes do Supremo Tribunal Federal, evitando que atingissem, desmesuradamente, as instâncias que lhe são inferiores e, no limite, o cidadão e as pessoas jurídicas”. E conclui que atualmente nem as leis vinculam tanto os juízes como as súmulas vinculantes, visto seu efeito vinculante sobre as decisões administrativas e judiciárias.

Esse primeiro parecer nunca chegou a ser apreciado pelo Plenário da Comissão de Constituição e Justiça. Em 17 de maio de 2012, foi designado novo relator, pois o relator

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 nov. 2014.

³⁵ AMIN, Esperidião. *Proposta de Emenda à Constituição nº 33, de 2011*. Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=914386&filename=Tramitacao-PEC+33/2011. Acesso em: 01 setembro 2014, p. 2.

³⁶ Idem, p. 2-3.

³⁷ Idem, p. 3.

primitivo devolveu o parecer sem manifestação. Assim, foi nomeado relator o deputado João Campos (PSDB-GO).³⁸ O novo relator apresentou seu relatório com apenas uma modificação em relação ao anterior. No entanto, a alteração é de alta relevância, pois, mantém o art. 3º da PEC, artigo este que submete o julgamento de inconstitucionalidade de EC's por parte do STF a aprovação do Legislativo. Assim, retirou a sugestão da emenda supressiva desse artigo. Em relação aos art. 1º e 2º da PEC, esta permaneceu inalterada.

Menciona que é relevante essa inovação, pois

há, na espécie, manifesta inovação. Ao valorizar a soberania popular, reforçando o comando constitucional previsto no parágrafo único do art.1º da CF, contribui sobremaneira para o diálogo e a harmonia entre os Poderes Judiciário e Legislativo, bem como preserva a separação dos Poderes. E deixa claro que no caso de conflito entre estes Poderes, a decisão cabe soberanamente ao Povo, através de consulta popular.³⁹

O relatório foi votado na Comissão no dia 24/04/13, no qual foi aprovado por ampla maioria. Somente dois deputados apresentaram voto em separado pela não admissibilidade da PEC. Foram eles, os deputados Paes Landim (PTB-PI) e Vieira da Cunha (PDT-RS). Os relatórios deles devem ser analisados, devido a certa profundidade teórica apresentada e também por já trazerem a discussão que a doutrina realiza(ou) da PEC.

O primeiro voto em separado do dep. Paes Landim, considerou inconstitucional a PEC, sugerindo a não admissibilidade desta. Considerou que a Assembleia Constituinte optou em 1988 pela permanência do Supremo Tribunal Federal como órgão do controle da constitucionalidade das leis, evitando assim a criação de um Tribunal Constitucional. Ressaltou ainda, que a atuação do STF foi ampliada pela Constituição de 1988.⁴⁰ Ainda

³⁸ A troca de relator foi objeto de questão de ordem por parte do Dep. Marcos Rogério, integrante da CCJ. O presidente da Câmara, Henrique Alves negou o pedido considerando legal a troca de relator. Enfatizou ainda, que a insatisfação do deputado requerente ocorreu passado toda a votação do PEC pela CCJ. Ver: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CE33AC3FEB4A583170118B78967782C7.proposicoesWeb2?codteor=1143545&filename=Tramitacao-PEC+33/2011. Acesso em: 01 setembro 2014.

³⁹ CAMPOS, João. *Proposta de Emenda à Constituição nº 33, de 2011*. Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CE33AC3FEB4A583170118B78967782C7.proposicoesWeb2?codteor=1046676&filename=Tramitacao-PEC+33/2011. Acesso em: 01 setembro 2014, p. 3.

⁴⁰ LANDIM, Paes. *Proposta de Emenda à Constituição nº 33, de 2011*. Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CE33AC3FEB4A583170118B78967782C7.proposicoesWeb2?codteor=1072783&filename=Tramitacao-PEC+33/2011. Acesso em: 01 setembro 2014.

destacou que o guardião da Constituição é o STF, conforme preceitua o art. 102, da CF/88.⁴¹ Referiu que a EC nº 45, de 2004, que introduziu o efeito vinculante as súmulas não modificou a questão de quem deva averiguar a constitucionalidade das leis e emendas constitucionais.

Mencionou, além disso, que a PEC possui uma tendência de abolir a separação dos poderes. Discorre que o comportamento mais atuante por parte do Poder Judiciário advém da judicialização das relações sociais, cuja causa é a abrangência do texto constitucional e fortalecimento do Ministério público. Destacou também que “*self restraint* é inadequado para as necessidades atuais da sociedade brasileira, principalmente diante de omissões inconstitucionais e da declaração de inconstitucionalidade de leis”.⁴² Por fim, frisou que a garantia dos direitos das minorias é imprescindível na democracia. E, por fim, posicionou-se contrariamente a ideia de que as deliberações do Poder Judiciário devam ser submetidas à aprovação do Poder Legislativo,

sem que tal proposta tenha origem em autorização do próprio Poder Judiciário, ainda que sob os argumentos de que tais atos não seriam tipicamente judiciais (caso da súmula vinculante) ou que poderiam se revestir de mais legitimidade caso se submetessem à soberania popular, apenas reduziria o Poder Judiciário a um Poder sem poder.⁴³

O parecer foi pela não admissibilidade da PEC em toda sua integralidade.

Já o segundo relatório, do dep. Vieira da Cunha (PDT-RS), trabalhou a questão que a PEC seria um entrave a jurisdição constitucional, comprometendo a eficácia de suas decisões.⁴⁴ Frisou que o poder popular, por meio da Assembleia Constituinte estabeleceu que o STF seria o guardião da Constituição. Ressaltou que Kelsen já estabelecia, “a atribuição da guarda da Constituição a uma corte constitucional, reputando como insuficientes a atuação do legislativo e do executivo como guardiões da Constituição”.⁴⁵ Destacou o mesmo ponto

⁴¹ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:” BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 nov. 2014.

⁴² LANDIM, Paes. *Proposta de Emenda à Constituição nº 33, de 2011*. Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CE33AC3FEB4A583170118B78967782C7.proposicoesWeb2?codteor=1072783&filename=Tramitacao-PEC+33/2011. Acesso em: 01 setembro 2014, p. 4.

⁴³ Idem, p. 6.

⁴⁴ CUNHA, Vieira. *Proposta de Emenda à Constituição nº 33, de 2011*. Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=32B116CD3433C82B87FF2371DF747673.proposicoesWeb2?codteor=1074731&filename=Tramitacao-PEC+33/2011. Acesso em: 01 setembro 2014.

⁴⁵ Idem, p. 2-3.

principal no qual a PEC trouxe o debate, que é a questão da possível abolição da separação dos poderes.

A PEC é tendente a abolir a separação de Poderes, pois, à sua disposição, o seu comando fragiliza e expõe a função de outro Poder. A doutrina é antiga, quem estabelece os fins (a Constituição é que faz isto) deve estabelecer meios adequados (ver neste sentido o case *MacCulloch v. Maryland*, de 1819), e a finalidade estabelecida pela Constituição de 1988 é de que os atos normativos inconstitucionais devam ser invalidados (essa é a regra). No entanto, criar um quórum excepcional para tal declaração é, notoriamente, impedir o exercício dessa função.⁴⁶

Por fim, mencionou que a submissão das decisões do STF ao Legislativo, revive a Constituição de 1937, no art. 96, parágrafo único, que estabelecia que a declarada a inconstitucionalidade de uma lei, o Presidente da República, poderia submeter essa decisão ao Parlamento, que poderia sustar a decisão mediante dois terços do Congresso. Enfatizou que repassar o controle das decisões de inconstitucionalidade da lei ao Parlamento ou submeter ao plebiscito é um “perigo objetivo que esta suposta noção democrática envolve”.⁴⁷ Votou assim, também pela não admissibilidade da PEC.

A aprovação da PEC na Comissão de Constituição e Justiça gerou mal estar entre o Parlamento e o Judiciário. Vários ministros do Supremo registraram sua insatisfação com aprovação da PEC. Criticaram a medida os Ministros Joaquim Barbosa (ministro aposentado), Marco Aurélio e Gilmar Mendes. O ministro Marco Aurélio afirmou:

No contexto vivenciado pelas instituições, a aprovação pela CCJ soa como retaliação, mas não acredita na sua aprovação pelo Congresso. “Uma retaliação que estaria sendo promovida, e eu não acredito que as duas casas do Congresso brasileiro assim se pronunciem, por políticos”, disse. Para o ministro, a aprovação da PEC atinge uma cláusula pétrea da Constituição Federal, a da separação dos poderes da República.⁴⁸

As próprias entidades representativas também contestaram a aprovação, referido que fere a cláusula pétrea da separação de poderes e conseqüentemente, o Estado Democrático de Direito. Ainda, argumentaram que o controle de constitucionalidade deixaria de ser jurídico para ser político.⁴⁹

A própria questão que a PEC tem como objetivo atacar, ou seja, a atuação exacerbada do Judiciário aconteceu, visto que o debate da aprovação da PEC ultrapassou o Parlamento e foi judicializada. Insatisfeito com aprovação da referida PEC, o deputado federal Carlos

⁴⁶ Idem, p. 3.

⁴⁷ Idem, p. 4.

⁴⁸ BARBOSA diz que PEC 33 fragiliza a democracia. *Consultor Jurídico*. 25.04.2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-25/joaquim-barbosa-aprovacao-pec-33-fragiliza-democracia>. Acesso em: 5 de novembro de 2014.

⁴⁹ JUÍZES contestam PEC que submete STF ao Congresso. *Consultor Jurídico*. 25.04.2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-25/associacoes-constestam-pec-submete-decisoes-stf-congresso>. Acesso em: 8 de novembro de 2014.

Sampaio, líder do Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) na Câmara dos Deputados, impetrou Mandado de Segurança (MS 32036), com pedido de liminar, no Supremo Tribunal Federal (STF), pedindo o arquivamento da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 33/2011. Destacou que

Permitir que o Congresso Nacional ou a população decidam pelo voto se uma cláusula pétrea pode ou não ser violada por emenda à Constituição é acabar com a existência das cláusulas pétreas”, sustenta o parlamentar. Ele também ressalta que o controle de constitucionalidade tem caráter contramajoritário e sua submissão ao controle popular “desvirtuaria completamente esse importante instrumento.⁵⁰

A liminar foi indeferida pelo ministro relator Min. Dias Toffoli, que ressaltou não haver *periculum in mora*, pois a tramitação da PEC estava suspensa e aguardava a formação da Comissão Especial. Diante disso não haveria o porquê de ser deferida a liminar.

Não havendo notícia da designação da Comissão Especial responsável pelo exame do mérito da proposição e elaboração de parecer a ser submetido ao plenário da Casa Legislativa, é possível afirmar que a tramitação da PEC 33/2011 encontra-se, atualmente, suspensa na Câmara dos Deputados, o que evidencia, ao menos nesse momento, a ausência de *periculum in mora* que justifique a atuação desta Suprema Corte em sede de liminar, justificou Dias Toffoli.⁵¹

A suspensão da tramitação ocorreu devido a uma reunião por parte dos presidentes da Câmara, Henrique Alves, do Senado, Renan Calheiros e do Supremo Tribunal Federal em que decidiram que a PEC teria seu trâmite obstado.

Todavia, mais uma vez a questão de fundo trabalhada na PEC, a questão do debate sobre o ativismo e o papel dos poderes no país foi deixado de lado. Deve se observar que muitas questões republicanas centrais não são trabalhadas. Como afirma Rafael Tomaz de Oliveira:

Esse acontecimento representa algo que pode ser tido como uma característica recorrente da política nacional: em vez de enfrentar de forma efetiva o problema, prefere-se partir para uma conciliação — geralmente ocorrida entre quatro paredes — sem transparência e ampla participação da sociedade. Poucos decidem. Muitos obedecem. Difícil não lembrar aqui das manobras realizadas pelo “estamento burocrático” para acomodação dos interesses de um certo patronato que tende a protagonizar a ação política brasileira, algo que aparece claramente em Raymundo Faoro e seu *Os Donos do Poder*.⁵²

⁵⁰ DEPUTADO federal questiona tramitação da PEC 33/11. *Notícias STF*. 25.04.2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=237077>. Acesso em: 7 de novembro de 2014.

⁵¹ HAIDAR, Rodrigo. Toffoli nega liminar para suspender tramitação da PEC 33. *Consultor Jurídico*. 10.05.2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-mai-10/dias-toffoli-nega-liminar-suspender-tramitacao-pec-33>. Acesso em: 01 de novembro de 2014.

⁵² Continua o jurista: “Segundo o noticiário, em uma reunião de portas fechadas, os parlamentares e o ministro definiram um acerto para o imbróglie. De um lado, a Corte promete agilidade na apreciação plenária da liminar que travou o trâmite do projeto. De outra banda, Renan Calheiros e Henrique Alves sinalizaram que a PEC 33 não deve chegar a aprovação no Congresso Nacional. O clima da reunião foi definido pelos congressistas como “cordial e distensionado”. Renan Calheiros teria dito, ainda, que “a bola está no chão”, em uma peculiar metáfora futebolística”. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. A persistência do fator conciliador e a PEC 33. *Consultor*

4. Uma (des)leitura da PEC 33

Devemos ter presente que o constitucionalismo moderno legou o papel de controle ao Poder Judiciário. Isso é próprio do Estado Constitucional Democrático. Desde o liberalismo do século XVIII o objetivo do constitucionalismo era a contenção do poder, elemento este imprescindível a caracterização a democracia constitucional. Assim sendo, a separação dos poderes é indispensável à limitação do Estado.

É daí que surgem os atributos da Constituição como instrumento orientado para conter o poder, em favor das liberdades, num contexto de sentida necessidade de preservação da dignidade da pessoa humana. Entende-se, então que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, proclamasse, no seu art. 16, que não teria constituição a sociedade em que os direitos não estivesse assegurados, nem a organização estatal em que não definisse a separação de poderes. A compreensão da Constituição como técnica de proteção de liberdades é atributo do constitucionalismo moderno.⁵³

A crítica mais contundente foi formulada por Marcelo Cattoni, Alexandre Bahia e Dierle Nunes, que aduzem que o paradigma que a PEC se assenta é de uma

enorme preocupação quanto ao exercício da jurisdição, especialmente quando se percebe que inúmeros assuntos, que tradicionalmente eram dimensionados por outros poderes, passam a entrar na pauta dos juízes, com destaque para o Supremo Tribunal Federal, que vão desde o legítimo exercício de um papel contramajoritário na garantia de direitos às minorias que não conseguiriam espaço nas arenas majoritárias (Parlamento e Executivo), à adoção de um ativismo seletivo sobre questões com forte apelo político; e, em tantos outros casos, decisões conservadoras (quase exegetas) em certas temáticas envolvendo questões (como v.g. a de defesa de direitos para movimentos sociais, como o de propriedade para sem tetos).⁵⁴

Para os juristas a PEC procurou resolver o problema do ativismo, de maneira incorreta, pois incorre no mesmo erro. “A PEC trata a questão do controle de constitucionalidade como disputa pela soberania legislativa e não como questão jurisdicional de garantia da Constituição, sendo, então, nesse sentido, a 'solução' tão ruim quanto o problema”.

Seria a tentativa de um controle político da constitucionalidade das leis, de direitos de maiorias, ferindo o Estado Constitucional, que desde o constitucionalismo americano legou-nos a supremacia da constituição e garantia dos direitos das minorias.

Jurídico. 04.05.2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-mai-04/diario-classe-persistencia-fator-conciliador-pec-33>. Acesso em: 10 de novembro de 2014.

⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, 39.

⁵⁴ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; NUNES, Dierle. Controle de constitucionalidade é judicial, não político. *Consultor Jurídico*. 30.04.2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/sistema-controle-constitucionalidade-judicial-nao-politico>. Acesso em: 9 de novembro de 2014.

Não é novidade no Direito brasileiro a tentativa de controle político de decisões do STF em sede de controle de constitucionalidade. Ainda que a intenção no presente possa ser diferente das do passado, cabe não apenas lembrar da doutrina das questões políticas durante a República Velha, da Carta de 1937 que expressamente previa a possibilidade de o Congresso derrubar decisões do STF a pedido do presidente da República e mesmo da tentativa proibição de questionamento judicial de tornar judicialmente imunes dos atos institucionais, e bem como suas as medidas de execução deles, em face do controle judicial durante a Autocracia de 1964.⁵⁵

Ressalta-se que não podemos reviver a Constituição de 1937, no qual as declarações de inconstitucionalidade das leis poderiam ser submetidas às duas Câmaras e estas poderiam mediante 2/3 dos membros de cada umas das Câmaras sustar a decisão do Tribunal.

A Carta de 1937 traduz um inequívoco retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade. Embora não tenha introduzido qualquer modificação no modelo difuso de controle (art. 101, III, b e c), preservando, inclusive, a exigência de quórum especial para a declaração de inconstitucionalidade (art. 96), o constituinte rompeu com a tradição jurídica brasileira, consagrando, no art. 96, parágrafo único, princípio segundo o qual, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta moderna, poderia o Chefe do Executivo submetê-la novamente ao Parlamento. Confirmada a validade da lei por 2/3 votos em cada umas das Câmaras, tornava-se insubsistente a decisão do Tribunal.

Instituíam-se, assim, uma peculiar modalidade de revisão constitucional, pois, como observado por Celso Bastos, a lei confirmada passa a ter, na verdade, a força de uma emenda à Constituição.⁵⁶

Além disso, a Carta de 1937,

vedou, expressamente, ao Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas (art. 94), e o mandado de segurança perdeu a qualidade de garantia constitucional, passando a ser disciplinado pela legislação ordinária. E o Código de Processo Civil, de 1939, excluiu da apreciação judicial, na via mandamental, os atos do Presidente da República, dos ministros do Estado, dos governadores e interventores dos Estados (art. 319).⁵⁷

⁵⁵ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; NUNES, Dierle. Controle de constitucionalidade é judicial, não político. *Consultor Jurídico*. 30.04.2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/sistema-controle-constitucionalidade-judicial-nao-politico>. Acesso em: 9 de novembro de 2014.

⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1062-1063. Ainda frise-se: "É bem verdade que o novo instituto não colheu manifestações unânimes de repulsa. Cândido Motta Filho, por exemplo, saudava a inovação, ressaltando que: "A subordinação do julgado sobre a inconstitucionalidade da lei à deliberação do Parlamento coloca o problema da elaboração democrática da vida legislativa em seus verdadeiros termos, impedindo, em nosso meio, a continuação de um preceito artificioso, sem realidade histórica para nós e que, hoje, os próprios americanos, por muitos de seus representantes doutíssimos, reconhecem despido de caráter de universalidade e só explicável em países que não possuem o sentido orgânico do direito administrativo. Leone, em sua *Teoria de la política*, mostra com surpreendente clareza, como a tendência para controlar a constitucionalidade das leis é um campo aberto para a política, por que a Constituição, em si, mesma, é uma lei *sui generis*, de feição nitidamente política, que distribui poderes e competências fundamentais".

⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1064. Ainda, Streck ressalta-se que: "Formalmente é possível dizer, com Loewenstein, que a Carta Polaca nem sequer entrou em vigor, pois, consoante o art. 187, "esta Constituição entrará em vigor na suadata e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República". O art. 186, entretanto, estabelecia o estado de emergência em todo o País, sendo que durante esse estado emergencial a Constituição ficava suspensa, nos termos dos arts. 168 e 170". Ver: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 514.

Criticar o protagonismo judicial do STF é válido e necessário. No entanto, isto não autoriza a regredirmos na democracia constitucional, fruto de longa batalha, destruindo a autonomia do direito conquistada nas últimas décadas.⁵⁸

Por fim, é preciso entender, de uma vez por todas, que criticar ativismos não significa fazer do judiciário um poder “menor”. Significa impingir, cada vez em mais alto grau, a necessidade de decisões fundamentadas que consigam ventilar em sua melhor luz aquilo que nosso modelo constitucional deixou estabelecido.⁵⁹

O Legislativo pode controlar o aumento do protagonismo judicial, através do debate e do legislar de matérias controvertidas, os quais muitas vezes não são objeto de deliberação por falta de coragem de enfrentá-las.⁶⁰ Não se pode, entretanto, consentir com a redução de direitos que maiorias eventuais sem controle do Judiciário possam cometer.

Assim, naquilo que se entende por Estado Democrático de Direito, o Judiciário, através do controle da constitucionalidade das leis, *pode servir como via de resistência às investidas dos Poderes Executivo e Legislativo, que representem retrocesso social ou a ineficácia dos direitos individuais ou sociais*. Dito de outro modo, a Constituição não tem somente a tarefa de apontar para o futuro. Tem, igualmente, a relevante função de proteger os direitos já conquistados. Desse modo, mediante a utilização da principiologia constitucional (explícita ou implícita), *é possível combater alterações feitas por maiorias políticas eventuais*, que, legislando na *contramão da programaticidade constitucional*, retiram (ou tentam retirar) conquistas da sociedade.⁶¹

O legado constitucional nos trouxe a necessidade do controle judicial das práticas legislativas. É a garantia dos direitos fundamentais, que são a garantia da própria legitimidade democrática.

E, todavia, não apenas porque esses direitos representam limites para o que possa ser decidido legislativamente, mas porque, como dito, esses direitos se apresentam, após duzentos anos de aprendizado social na tradição do constitucionalismo, como

⁵⁸ De todo modo, ao contrário dos discursos parlamentares proferidos em defesa da “subordinação” do STF, é importante deixar claro que, nesta quadra da história, é impossível negar o elevado grau de autonomia do Direito frente à política (e à economia e, também, à moral), alcançado sobretudo a partir do paradigma do constitucionalismo do segundo pós-guerra, em face dos históricos fracassos da falta de controle *da e sobre* apolítica, conforme as lições de Luigi Ferrajoli e Lenio Streck. TRINDADE, André Karam. PEC da submissão representa anticonrole da Constituição. *Consultor Jurídico*. 27.04.2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-27/diario-classe-pec-submissao-representa-anticonrole-constituicao>. Acesso em : 10 de novembro de 2014.

⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 67.

⁶⁰ *Numa democracia, é o Parlamento o centro do regime político*, sendo que ele também deve zelar pela sua legitimidade, representatividade e abertura ao debate público, assim como zelar por suas competências constitucionais (v.g., art. 49, XI, CR/88). Nesse sentido, compartilhamos das preocupações subjacentes às PECs suscitadas, embora discordemos do modo com que por meio dela se pretenda lidar com o problema da chamada *judicialização da política* mediante a PEC em comento. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; NUNES, Dierle. Controle de constitucionalidade é judicial, não político. *Consultor Jurídico*. 30.04.2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/sistema-controle-constitucionalidade-judicial-nao-politico>. Acesso em: 9 de novembro de 2014.

⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 68.

condições de institucionalização do próprio processo democrático. Direitos fundamentais não são limites externos à formação legítima do poder político, mas são constitutivos da geração legítima da opinião e da vontade — são criados pelo processo político, mas são também, co-originariamente, condições de possibilidade deste.⁶²

O constitucionalismo moderno trouxe o ensinamento da necessidade da questão do controle judicial dos poderes majoritários. O judiciário é contra-majoritário. Ele trabalha guardando os direitos fundamentais das minorias diante de possíveis retrocessos e também limitando o poder estatal, evitando que o cidadão de possíveis abusos. Trazer nessa quadra da história a discussão de quem deve ser o guardião da Constituição é um anacronismo em matéria de Teoria Constitucional.⁶³

Desse modo, os cidadãos não podem tudo. A maioria, por meio de conciliações, mitiga direitos fundamentais das minorias. E nessa defesa o Judiciário assume especial relevância como já explicitado anteriormente.

Por fim, vivemos numa democracia constitucional com uma Constituição normativa, dirigente e com promessas de modernidade. Não se pode aceitar que maiorias eventuais tentem mudar a Constituição por meio de Constituintes exclusivas ou por meio de Emendas Constitucionais como a PEC nº 33/11.⁶⁴

⁶² OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; NUNES, Dierle. Controle de constitucionalidade é judicial, não político. *Consultor Jurídico*. 30.04.2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/sistema-controle-constitucionalidade-judicial-nao-politico>. Acesso em: 9 de novembro de 2014.

⁶³ No fundo, parece que retornamos, mais uma vez, ao velho debate travado entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, no início do século XX, acerca de *quem deve ser o guardião da constituição*. Não podemos esquecer, contudo, que a tese kelseniana resultou vencedora e seus efeitos se mostraram determinantes tanto à evolução das teorias jurídicas contemporâneas quanto à jurisdição constitucional, em todo o mundo. TRINDADE, André Karam. PEC da submissão representa anticontrole da Constituição. *Consultor Jurídico*. 27.04.2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-27/diario-classe-pec-submissao-representa-anticonrole-constituicao>. Acesso em: 10 de novembro de 2014. O debate ocorreu entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. O primeiro considerava que o controle de constitucionalidade deve ser realizado por um órgão político. Já Kelsen, estabelece que cabe aos juízes serem os guardiões da Constituição. A segunda tese restou vencedora, precursora do controle concentrado de constitucionalidade e é adotada majoritariamente até hoje nos países ocidentais. Ressalta-se que o debate entre Schmitt e Kelsen não será objeto do trabalho, visto que o legado do constitucionalismo moderno estabelece a necessidade do controle judicial na defesa dos direitos fundamentais e no controle do poder. Para aprofundar a matéria: BARCELLOS, Logan Caldas. *Limites e possibilidades hermenêuticas da jurisdição constitucional contemporânea no estado democrático de direito*, Brasil. 2010. 218 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2010, p. 23-25.

⁶⁴ Como se sabe, a Constituição somente pode ser alterada por emenda constitucional que obedeça ao *quorum* de 3/5 em votação bicameral e em dois turnos, respeitadas, ainda, as proibições explícitas e implícitas do poder reformador. Quaisquer teses em contrário são exercício de golpismo. Vingassem quaisquer das propostas de emendas (denominadas Propostas de Emenda Constitucional – PECs) que estabeleçam autorizações plebiscitárias (por todas, vale registrar a de nº 193/07, capitaneada pelo Deputado Flavio Dino), o Brasil seria a primeira democracia a se autodissolver, fazendo um haraquiri institucional. Em vinte e cinco anos, o país passou por crises econômicas, uma revisão constitucional, reformas constitucionais e um *impeachment*. E na mais plena normalidade. Tentativas desse quilate apenas demonstram a incapacidade do parlamento de resolver os seus próprios problemas seguindo as regras do jogo constitucional. Uma democracia se consolida quando todos os Poderes da República apreendem que a Constituição é a explicitação do contrato social e o estatuto jurídico do

5. Considerações finais.

É imprescindível numa República analisarmos como ocorre a concretização de direitos por parte do Judiciário. E diante de abusos democráticos por parte de um Poder estatal faz se necessário que esse poder seja controlado, pois a democracia é incompatível com poderes absolutos. Ou seja, no Estado Democrático de Direito não é possível admitir que as decisões do que seja melhor para a Comunidade seja advinda da discricionariedade do julgador deixando de lado a legislação democraticamente criada.

A PEC 33/11 figura-se como uma tentativa de controle do Protagonismo Judicial, contudo, como demonstramos, é inadequada, anacrônica e não enfrenta diretamente o problema do ativismo judicial. Ademais, não podemos admitir que os direitos fundamentais sejam controlados pelo Parlamento suprimindo os direitos das minorias, que devem sim ser controlados pelo Poder Judiciário.

Não obstante ser a judicialização um fenômeno contingencial, a questão é como o Judiciário tem decidido. Mesmo com um maior espectro de atuação, isto não significa, necessariamente, que as decisões jurídicas possam ser fundamentadas para além do Direito. Entendemos que existem limites (hermenêuticos) a atuações criativas ou discricionárias do intérprete. A República não pode ficar nas mãos dos juízos pessoais dos julgadores.

Referências Bibliográficas

AMIN, Esperidião. *Proposta de Emenda à Constituição nº 33, de 2011*. Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. Disponível em:

político. Estranhamente, no entremeio de uma crise, que não é institucional e, sim, política, alguns brasileiros – que se julgam mais virtuosos que os demais – querem fazer crer que a culpa da corrupção é da Constituição. É como se democracia fizesse mal a um país; é com se fosse culpa da Constituição o afloramento da corrupção em *terrae brasilis*. Ora, é preciso entender – e qualquer estudante de direito sabe disso – que só se pode convocar uma Constituinte – ou qualquer miniconstituinte – na hipótese de uma ruptura institucional, que deve ser grave, com as instituições inviabilizadas, povo na rua, economia em crise etc. Para a convocação de uma assembleia constituinte deve haver uma ruptura com a ordem vigente. Enfim, um golpe, uma revolução. Não se dissolve um regime democrático porque se quer fazer outro (como seria esse “outro”?). A Constituição é coisa séria, fruto de uma repactuação (“*we the people...*”). E nela colocamos cláusulas pétreas e forma especial de elaborar emendas. A supremacia da Constituição estabelece impedimento para qualquer alteração em desacordo com o que o próprio constituinte originário estabeleceu. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 398-399.

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=914386&filename=Tramitacao-PEC+33/2011. Acesso em: 01 setembro 2014.

BARBOSA diz que PEC 33 fragiliza a democracia. *Consultor Jurídico*. 25.04.2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-25/joaquim-barbosa-aprovacao-pec-33-fragiliza-democracia>. Acesso em: 5 de novembro de 2014.

BARCELLOS, Logan Caldas. *Limites e possibilidades hermenêuticas da jurisdição constitucional contemporânea no estado democrático de direito*, Brasil. 2010. 218 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 nov. 2014.

CAMPOS, João. *Proposta de Emenda à Constituição nº 33, de 2011*. Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CE33AC3FEB4A583170118B78967782C7.proposicoesWeb2?codteor=1046676&filename=Tramitacao-PEC+33/2011. Acesso em: 01 setembro 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1999.

CUNHA, Viera. *Proposta de Emenda à Constituição nº 33, de 2011*. Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=32B116CD3433C82B87FF2371DF747673.proposicoesWeb2?codteor=1074731&filename=Tramitacao-PEC+33/2011. Acesso em: 01 setembro 2014.

DEPUTADO federal questiona tramitação da PEC 33/11. *Notícias STF*. 25.04.2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=237077>. Acesso em: 7 de novembro de 2014.

FONTELES, Nazareno. *Proposta de Emenda à Constituição nº __, de 2011*. Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CE33AC3FEB4A583170118B78967782C7.proposicoesWeb2?codteor=876817&filename=Tramitacao-PEC+33/2011. Acesso em: 01 setembro 2014.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, vol I.

HAIDAR, Rodrigo. Toffoli nega liminar para suspender tramitação da PEC 33. *Consultor Jurídico*. 10.05.2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-mai-10/dias-toffoli-nega-liminar-suspender-tramitacao-pec-33>. Acesso em: 01 de novembro de 2014.

JUÍZES contestam PEC que submete STF ao Congresso. *Consultor Jurídico*. 25.04.2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-25/associacoes-constestam-pec-submete-decisoes-stf-congresso>. Acesso em: 8 de novembro de 2014.

LANDIM, Paes. *Proposta de Emenda à Constituição nº 33, de 2011*. Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CE33AC3FEB4A583170118B78967782C7.proposicoesWeb2?codteor=1072783&filename=Tramitacao-PEC+33/2011. Acesso em: 01 setembro 2014.

LIMA, Danilo Pereira. *Constituição e Poder*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; NUNES, Dierle. Controle de constitucionalidade é judicial, não político. *Consultor Jurídico*. 30.04.2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/sistema-controle-constitucionalidade-judicial-nao-politico>. Acesso em: 9 de novembro de 2014.

SOARES, Mário Lúcio Quintão; BARROS, Renata Furtado de. Limites Constitucionais do Ativismo Judicial. In: MORAIS, Jose Luis Bolzan de; BARROS, Flaviane de Magalhães (Coords). *Novo Constitucionalismo Latino-Americano*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. O que é isto, o ativismo judicial, em números? *Os constitucionalistas*. 26.10.2013. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-e-isto-o-ativismo-judicial-em-numeros>. Acesso em: 11 de novembro de 2013.

SÚMULAS na Jurisprudência Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=237077>. Acesso em: 7 de novembro de 2014.

TASSINARI, Clarissa. *Ativismo Judicial*, Brasil. 2011. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2012.

TRINDADE, André Karam. PEC da submissão representa anticontrole da Constituição. *Consultor Jurídico*. 27.04.2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-27/diario-classe-pec-submissao-representa-anticonrole-constituicao>. Acesso em : 10 de novembro de 2014.

VIANNA, Luiz Werneck, et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, Renavan, 1999.