XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIAS DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

ELOY P. LEMOS JUNIOR

LORENA DE MELO FREITAS

JERÔNIMO SIQUEIRA TYBUSCH

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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 Naspolini 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. Vladmir Oliveira da Silveira - UNINOVE

T314

Teorias da decisão e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS; Coordenadores: Eloy P. Lemos Junior, Jerônimo Siqueira Tybusch, Lorena de Melo Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-069-5

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 da decisão. 3. Realismo jurídico. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIAS DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

PREFÁCIO

Profa. Dra. Lorena Freitas

Prof. Dr. Eloy Jr.

Prof. Dr. Jerônimo S. Tybusch

O CONPEDI, Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, na realização de seus Encontros e Congressos, tem um papel fundamental de integração e conhecimento do estado da arte das diversas temáticas jurídicas com as apresentações no âmbito dos Grupos de Trabalho que o compõem. Estes trabalhos expressam o andamento dos estudos dos pesquisadores das pós-graduações em Direito e afins de todo país revelando os GTs como a principal dinâmica no evento.

O GT Teoria da Decisão e Realismo Jurídico foi proposto originalmente no Congresso realizado em Novembro de 2014 no PPGCJ da UFPB, expressando as preocupações teóricas do único grupo de pesquisa cadastrado no CNPq com título e objeto sendo o Realismo Jurídico. A manutenção do GT nesta edição do CONPEDI contou com a experiência na coordenação dos trabalhos dos professores signatários deste prefácio e que por ora pretende apresentar aos leitores o resultado agora em forma de livro da discussão científica apresentada no encontro.

Como nosso objeto não é apresentar cada pesquisa/artigo em si que compõem este livro, cuja multiplicidade de temas e abordagens enriqueceram o debate científico, deixamos para o julgamento do leitor a busca do conteúdo no próprio resumo que cada artigo traz.

A qualidade dos trabalhos ali apresentados permite certamente perceber este GT como uma especialidade em comparação aos tradicionais GTs de Filosofia e Hermenêutica Jurídicas, por exemplo, dando sede própria à problemática em torno da Teoria da norma x teoria da decisão, pragmatismo filosófico e jurídico, Realismo jurídico norte-americano e Realismo jurídico escandinavo, discurso jurídico, judicialização, ativismo judicial e decisionismo.

Assim, apresentamos ao público este livro com 12 capítulos agrupando exatamente os melhores trabalhos submetidos, aprovados e apresentados no XIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado em Aracaju, entre 3 e 6 de junho de 2015, cujo expressivo número de inscritos e trabalhos apresentados só vem ratificar este compêndio da doutrina nacional em Teoria Geral do Direito.

Os Coordenadores

A PEC 33/2011: UM INSTRUMENTO PARA FORTALECER OU ENFRAQUECER O EQUILÍBRIO ENTRE OS PODERES?

THE PEC 33/2011: A TOOL FOR STRENGTHEN OR WEAKEN THE BALANCE BETWEEN THE POWERS?

Fabiana Costa Lima De Sá

Resumo

A PEC 33/2011 de autoria do deputado Nazareno Fonteles apresentada com o propósito de limitar a atuação ativista do Poder Judiciário e de fortalecer o Poder Legislativo, é o foco deste artigo. O objetivo da pesquisa é entender se a proposta na forma como foi apresentada abala ou reforça o equilíbrio entre os poderes. Para alcançá-lo, desenvolveu-se pesquisa bibliográfica e de natureza qualitativa. Inicialmente, discorre-se sobre a teoria dos freios e contrapesos com base em Montesquieu e em Madison. Em seguida, trata-se, na visão de Hamilton, do papel do Poder Judiciário enquanto guardião da Constituição. Ao final, concluise que a referida proposta, uma vez aprovada na forma em que foi apresentada e dentro do contexto atual, poderá enfraquecer o equilíbrio entre os poderes.

Palavras-chave: Pec 33/2011, Ativismo judicial, Teoria de freios e contrapesos.

Abstract/Resumen/Résumé

The PEC 33/2011 of authored by Mr Nazareno Fonteles presented with the purpose of limiting the activist role of the judiciary and strengthen the legislative branch, is the focus of this article. The objective of the research is to understand whether the proposal was presented in the way undermines or reinforces the balance of power. To achieve this, we developed literature and qualitative research. Initially, it talks about the theory of checks and balances based on Montesquieu and Madison. Then it is in Hamilton's view, the role of the judiciary as guardian of the Constitution. Finally, it is concluded that this proposal, once approved as it was presented and in the current context, could weaken the balance of power.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Pec 33/2011, Judicial activism, Theory of checks and balances.

INTRODUÇÃO

Houve, inegavelmente, uma expansão da jurisdição constitucional pós Constituição brasileira de 1988, incontestavelmente o Poder Judiciário passou a ter um comportamento mais atuante. Assim o tema ativismo judicial e seus possíveis limites passou a ser bastante debatido no âmbito jurídico.

A pesquisa tem como objeto de estudo a proposta de emenda constitucional nº 33/2011, que traz como justificativa para a sua apresentação a manifestação ativista do Supremo Tribunal Federal. No seu texto, formado apenas por três artigos, encontram-se algumas sugestões para a alteração de dispositivos constitucionais com o propósito de dar limites ao Poder Judiciário e fortalecer o Poder Legislativo.

O princípio da Separação de Poderes é um dos pilares do Estado de Direito e a proposta a ser estudada se sustenta com a justificativa de que no caso de manifestação ativista do Poder Judiciário deve-se limitar a sua atuação, entende-se, portanto, que é de suma importância tentar descobrir se a referida proposta, realmente, uma vez aprovada, servirá para reequilibrar os poderes. Por isso, o objetivo da pesquisa é entender se a proposta na forma como foi apresentada enfraquece ou fortalece a teorias dos freios e contrapesos, verificar se abala ou reforça o equilíbrio entre os poderes.

Para alcançá-lo, desenvolveu-se pesquisa bibliográfica em artigos científicos publicados em torno da matéria, documentos e dados obtidos na Internet e em bancos de dados com respaldo científico.O estudo, então, está calcado na doutrina do Direito Constitucional, do Direito Processual Constitucional e da Ciência Política. No que se refere à natureza, a pesquisa caracteriza-se como de natureza qualitativa.

Primeiramente, aborda-se a teoria dos freios e contrapesos tendo como fundamentação teórica Montesquieu e Madison. Em seguida apresenta-se, na visão de Alexander Hamilton, o papel do Poder Judiciário como corte constitucional. Ao final, a partir da problemática levantada, discute-se se a PEC 33/2011 visa fortalecer ou enfraquecer o equilíbrio entre os poderes.

2 REVISITANDO A TEORIA DOS FREIOS E CONTRAPESOS EM ALGUNS CLÁSSICOS

Antes de começar a analisar os vários artigos da PEC 33/2011 será necessário, primeiramente, discorrer sobre a teoria dos freios e contrapesos apresentada por alguns

clássicos. Montesquieu (1962) abordou o tema no livro XI da sua obra *Do Espírito das Leis*, a teoria foi desenvolvida tendo por inspiração a Constituição da Inglaterra. Neste livro XI o autor faz estudo *Das leis que formam a liberdade política em sua relação com a constituição*. Madison aborda o tema em *O Federalista*, coleção de 85 artigos escritos por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay.

2.1 Em Montesquieu

Primeiramente, o filósofo busca uma significação para a palavra liberdade, apontando que nas democracias era confundida com o poder do povo, já que era pensada como se o povo pudesse fazer tudo o que almejar, mas segundo o autor liberdade política não consiste em fazer tudo o que quer, mas sim fazer o que quer dentro das limitações legais, ou seja, fazer apenas o que a lei permitir (MONTESQUIEU, 1962, p. 178-180). E a liberdade política somente existiria nos Estados moderados desde que não houvesse o abuso de poder, aponta que para a não ocorrência natural do abuso do poder por todo aquele que o detém, o poder deve ser limitado pelo próprio poder. Para Montesquieu (1962, p. 180-181) existem três tipos de poderes:

[...] o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado.

Montesquieu (1962), portanto, afirma que o poder legislativo seria o encarregado da elaboração das leis ou da revogação das já elaboradas, por vez cuida da criação da lei, de outra apenas de alterá-la ou ainda da sua extinção, o poder executivo cuidaria da segurança, das relações internacionais e o poder de julgar trataria dos conflitos penais e civis.

A sua grande contribuição foi o desenvolvimento da ideia de limitação recíproca dos poderes, defendeu que a existência da liberdade política está condicionada a contenção de um poder pelo outro e que a liberdade política consistiria num estado de espírito proporcionado pelo sentimento de segurança, seria o sentimento de segurança

que cada cidadão possui por não temer os seus semelhantes (MONTESQUIEU, 1962, p. 181).

Para o filósofo a liberdade não poderia ser alcançada quando ocorresse a concentração de poderes, assim, quando não houver a distribuição das funções estatais entre pessoas ou grupo de pessoas diferentes a liberdade política padeceria. As três funções deveriam ser exercidas por pessoas ou grupo de pessoas distintas, não poderiam ser acumuladas, pois do contrário tudo se perderia (MONTESQUIEU, 1962, p. 181).

A liberdade política estaria ausente quando a mesma pessoa ou grupo de pessoas acumulasse a função legislativa e a executiva, pois, provavelmente surgiriam leis tirânicas que seriam aplicadas tiranicamente (MONTESQUIEU, 1962, p. 181).

Assim como também o poder de julgar deve ser distribuído distintamente dos demais, pois caso estivesse cumulado numa mesma pessoa ou grupo de pessoas com a capacidade de elaboração das leis, o juiz seria legislador e estaria em risco a vida e liberdade das pessoas, pois agiria arbitrariamente. E caso o juiz também exercesse a função executiva poderia agir como um opressor (MONTESQUIEU, 1962, p. 181).

Entende-se que as funções legislativa, administrativa e jurisdicional devem ser exercidas por órgãos ou pessoas diversas, que a concentração de funções coloca em risco a vida e liberdade das pessoas. Sobre a função judicial, dispõe Montesquieu (1962, p. 182-187):

O poder de julgar não deve ser outorgado a um senado permanente mas exercido por pessoas extraídas do corpo do povo num certo período do ano, de modo prescritivo pela lei, para formar um tribunal que dure apenas o tempo necessário.

- [...] Não se tem constantemente juízes diante dos olhos e teme-se a magistratura e não os magistrados.
- [...] os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a bôca que pronuncia as sentenças da lei, sêres inanimados que não podem moderar nem sua fôrça nem seu rigor [...].

Ao cuidar do Poder Judiciário o autor entende como um poder que não seja fixo, permanente, mas que seja exercido com a participação popular de forma temporária, pois deveria permanecer apenas o tempo necessário. Na sua concepção seria um poder nulo. Defende que as decisões judiciais sejam a aplicação pura da literalidade da lei, visa, portanto, a famosa concepção do juiz boca de lei. Um Tribunal que exerceria o poder de julgar com a participação popular onde o acusado seja julgado por juiz que corresponda a sua condição, ou seja, o acusado seria julgado por seus pares, corresponde ao Tribunal do Júri.

Em relação ao julgamento dos nobres faz menção ao foro privilegiado, já que para ele deveriam ser julgados pela casa do poder legislativo que tem em sua composição a presença dos nobres, assim, os poderosos não poderiam ser julgados pelos tribunais ordinários do povo, tendo em vista que sempre seriam alvos da inveja e não portariam "do privilégio que, num Estado Livre, o mais humilde cidadão possui de ser julgado pelos seus pares". (MONTESQUIEU, 1962, p.187).

Em relação ao Poder Legislativo ensinou que diante da incapacidade do povo de discutir os negócios públicos seria necessária a escolha de representantes pelo povo para que ajam em seu nome, pois o povo somente tem a capacidade para escolher os seus representantes. A participação do povo estaria adstrita à escolha de seus representantes, que uma vez eleitos pelo povo elaborariam as leis em seu nome. Ainda afirma que o Legislativo seria composto tanto por representantes eleitos pelo povo, como por um corpo de nobres hereditários que estariam separados em suas assembleias para deliberarem seus interesses. Os nobres formariam "um corpo que tenha o direito de sustar as iniciativas do povo, tal como o povo tem o direito de sustar a deles". (MONTESQUIEU, 1962, p.183-185).

O Poder Legislativo seria formado por duas casas, uma composta dos representantes escolhidos pelo povo e outra pelos nobres, cada uma poderia sustar a iniciativa da outra, ou seja, as duas estariam em equilíbrio, uma contendo a outra.

Mostra a sua preferência pela monarquia quando afirma que o Poder Executivo, que é encarregado da execução da vontade geral, seria melhor exercido por um só do que por muitos, assim, aponta que o monarca deveria exercer o Poder Executivo. Menciona que o Executivo teria o poder de vetar as deliberações do Poder Legislativo, através do veto participaria do procedimento de elaboração das leis, bem como o Legislativo verificaria a forma como as leis devem ser executadas. (MONTESQUIEU, 1962, p. 185-188).

2.2 Em Madison

Alexander Hamilton, James Madison e John Jay são os autores de *O Federalista*, coleção de 85 artigos por eles escritos com o propósito de convencer a convenção de Nova York a aprovar a Constituição americana de 1787, recém escrita. Nos artigos 47 e 48 Madison (1984, p.393) discorre sobre a separação de poderes,

inicialmente, reconhece a sua importância para garantir a liberdade das pessoas e afirma que a

[...] acumulação de todos os poderes –Executivo, Legislativo e Judiciário – nas mesmas mãos, quer de um, de poucos ou de muitos cidadãos, por hereditariedade, autonomeação ou eleição, pode com justiça ser considerada como caracterizando a tirania [...].

O autor reconhece que a proteção e defesa da liberdade são condicionadas à distribuição dos três poderes a pessoas ou grupo de pessoas diferentes, pois caso concentrados nas mãos do mesmo indivíduo ou grupo de indivíduos haveria a tirania, o despotismo.

Madison (1984, p. 394-399) reconhece o mérito de Montesquieu quando afirmou em sua teoria que a garantia da liberdade depende da distribuição dos três poderes e utiliza o entendimento deste para fundamentar o seu pensamento. Madison ao analisar a Constituição inglesa, fonte da teoria apresentada por Montesquieu, afirma que as funções executiva, legislativa e jurisdicional estão numa relação de interdependência, portanto, longe de haver uma nítida separação entre elas, passando o autor, assim, a identificar o exercício de funções atípicas pelos três poderes, mas sem deixar de reconhecer que não pode haver a concentração das três funções fundamentais nas mesmas mãos.

Os três poderes estariam entrelaçados uns com os outros para possibilitar o controle que um deve exercer sobre o outro. Em sua teoria, assim como em Montesquieu, o poder deve conter o poder, pois todo aquele que o detém tende abusar do mesmo (MADISON, 1984, p. 401-405). Madison (1984, p. 415) analisa o sistema dos freios e contrapesos no artigo 51 de *O Federalista*, quando menciona que:

A fim de criar os devidos fundamentos para a atuação separada e distinta dos diferentes poderes e governos — o que, em certo grau é admitido por todos como essencial à preservação da liberdade — é evidente que cada um deles deve ter uma personalidade própria e, consequentemente, ser de tal maneira constituído que os membros de um tenha a menor ingerência possível na escolha dos membros dos outros.

Entende ser essencial para a garantia da liberdade dos indivíduos a separação dos poderes e ainda afirma que para a sua devida fundamentação cada um dos poderes deve ser constituído de forma a haver a menor interferência possível dos demais poderes na escolha de seus membros.

Os membros do Poder Judiciário devem possuir determinadas qualificações e mandatos vitalícios, a vitaliciedade do mandato deve proporcionar a independência do membro nomeado em relação à autoridade que lhe nomeou.

Todavia, a grande segurança contra uma gradual concentração de vários poderes no mesmo ramo do governo consiste em dar aos que administram cada um deles os necessários meios constitucionais e motivações pessoais para que resistam às intromissões dos outros [...] A ambição será incentivada para enfrentar a ambição [...] Ao constituir-se um governo – integrado por homens que terão autoridade sobre outros homens – a grande dificuldade está em que se deve, primeiro, habilitar o governante a controlar o governado e, depois, obrigá-lo a controlar-se a si mesmo. A dependência em relação ao povo é, sem dúvida, o principal controle sobre o governo, mas a experiência nos ensinou que há necessidade de precauções suplementares (MADISON, 1984, p. 418).

Preocupa-se com a concentração de poderes, afirma que o poder deve conter o poder, que um deve conter a ambição do outro, um deve exercer controle sobre o outro. O governante deve conter os governados e deve exercer controle sobre si mesmo. E o principal controle exercido sobre o governo, que deve conter os governados, é a dependência em relação ao povo, com certas precauções a serem tomadas, segundo o autor em razão dos ensinamentos extraídos da experiência, são necessárias em relação ao mencionado algumas precauções.

Admite o predomínio do Poder Legislativo no regime republicano e defende, na tentativa de solucionar o inconveniente, a sua divisão em vários ramos, com modos diversificados de eleição e diferentes princípios de ação. Defende o fortalecimento do Poder Executivo, defende o exercício do veto pelo Executivo (MADISON, 1984, p. 419).

Madison ainda fala da divisão do poder concedido pelo povo em dois governos, um federal e outro estadual. E que o poder em cada governo estadual seja repartido em ramos diferentes e separados. "Assim, resulta uma dupla segurança para os direitos do povo. Os dois governos se controlam mutuamente e, ao mesmo tempo, cada um é controlado por si mesmo". (MADISON, 1984, p. 419). O governo federal controlaria os estaduais, assim como seria controlado pelos mesmos e cada um deveria ser controlado por si mesmo.

3 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO ENQUANTO CORTE CONSTITUCIONAL NA VISÃO CLÁSSICA DE ALEXANDER HAMILTON

No artigo 78 de *O Federalista*, Hamilton (1984, p. 575-576) faz análise sobre o papel dos "juízes como guardiões da Constituição", passa a verificar a organização do Poder Judiciário, afirma ser este o poder menos ofensivo aos direitos políticos, afirma que, na realidade, "[...] pode-se dizer que não tem 'força' nem 'poderio', limitando-se simplesmente a julgar, dependendo até do auxílio do ramo executivo para a eficácia de seus julgamentos".

Hamilton (1984, p. 576-577) entende ser o Poder Judiciário o mais fraco dentre os três, assim, sempre este poder deve estar atento aos ataques que pode sofrer tanto do Poder Executivo quanto do Poder Legislativo e defende que não poderia, com sucesso, afrontá-los. Uma vez separado dos demais poderes não consiste em ameaça para liberdade geral, apesar de poder acontecer opressões individuais uma vez ou outra, a liberdade geral dos indivíduos estaria a salvo. Caso a separação do Poder Judiciário em relação aos demais não seja efetiva e sim meramente aparente estaria este em constante ameaça de ser controlado, de sofrer influências e ser intimidado pelo Poder Executivo e Poder Legislativo. E segundo o autor a estabilidade dos juízes nos cargos é de extrema importância para a proteção da independência do Poder Judiciário, da justiça e segurança da sociedade.

Entende que a Constituição deve impor limites para a atuação do legislador e que caberia ao Poder Judiciário a garantia destes limites, pois caberia a este poder, através das Cortes de Justiça "[...] o dever de declarar nulos todos os atos contrários ao manifesto espírito da Constituição. Sem isso, todas as restrições contra os privilégios ou concessões particulares serão inúteis". (HAMILTON, 1984, p. 577).

Hamilton (1984, p. 577), em defesa do exercício do Controle de Constitucionalidade dos atos legislativos por Cortes de Justiça, rebate que o que tem gerado certa surpresa em razão do que se defende é o "[...] falso pressuposto de que tal prática implica em uma superioridade do Judiciário sobre o Legislativo [...]". Afirma que é falso o entendimento segundo o qual levaria a entender que o Controle de Constitucionalidade dos atos legislativos pelo Poder Judiciário implicaria na supremacia deste sobre o Poder Legislativo.

O Poder Legislativo desenvolve uma competência que lhe foi delegada pelo povo e caso venha a elaborar lei em desconformidade com a Constituição, não estaria agindo em sintonia com a vontade popular, não estaria em seus atos atendendo a vontade de quem lhe delegou o poder, assim o ato deve ser declarado nulo. Refutar esse

entendimento é aceitar que os representantes do povo estejam em posição de superioridade em relação a quem lhe delegou poder.

> [...] Por outro lado não é de admitir-se que a Constituição tivesse pretendido habilitar os representantes do povo a sobreporem a própria vontade à de seus constituintes. É muito mais racional supor que as cortes foram destinadas a desempenhar o papal de órgão intermediário, entre o povo e o Legislativo, a fim de, além de outras funções, manter este último dentro dos limites fixados para sua atuação. O campo de ação próprio e peculiar das cortes se resume na interpretação das leis [...] a Constituição deve prevalecer sobre a lei ordinária, a intenção do povo sobre a de seus agentes (HAMILTON, 1984, p. 577-578).

Com o propósito de combater a tão temida superioridade do legislador, Hamilton defende a supremacia da Constituição em relação às leis ordinárias, pois inaceitável o legislador ordinário não ter seus atos limitados pela vontade popular, pela Constituição. Na visão do autor deveria o Poder Judiciário ser o encarregado de conter o legislativo dentro dos limites traçados pela Constituição.

Os juízes não podem exercer suas funções em cargos temporários, pois teriam a sua independência afetada, devem ser, em suas ações, limitados por normas estritas e anteriormente estabelecidas, pois do contrário poderiam agir arbitrariamente (HAMILTON, 1984, p. 581).

A PEC 33 VISA FORTALECER OU ENFRAQUECER O **EQUILÍBRIO ENTRE OS PODERES?**

A proposta de emenda constitucional¹ nº 33 apresentada em 2011 de autoria do deputado federal Nazareno Fonteles (PT/Piauí)² tem gerado muitas discussões. O autor da proposta apresentou como justificativa o papel ativista desempenhado pelo Poder Judiciário e, principalmente, pelo Supremo Tribunal Federal. Será que a proposta apresentada, que veio como resposta ao ativismo judicial na justificativa do autor, seria uma solução para conter o Poder Judiciário? Será que a proposta veio para fortalecer o equilíbrio entre os Poderes? Ou para enfraquecê-lo?

Para se chegar à conclusão daquilo que se propõe, passa-se a analisar os pontos da referida PEC, que uma vez aprovados serão cruciais para manutenção ou não do equilíbrio entre os poderes.

¹Emenda constitucional é norma da competência do Congresso, que tem por finalidade modificar o texto da Constituição Federal de acordo com as regras estabelecidas.

² A aprovação da PEC se dá pelo quórum de 3/5 nas duas casas legislativas, portanto, 3/5 tanto da Câmara dos Deputados, como do Senado Federal, em dois turnos de votação.

Em seu artigo 1º ³ foi proposto que o quórum de maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo do poder público seja modificado para 4/5, a mudança na alteração do quórum é medida razoável, apesar de se entender que não o é nestas proporções, pois é extremista, então, o aumento do mínimo de votos para 2/3, como ocorre com a aprovação da Súmula Vinculante hoje, seria uma solução intermediária, assim, nem se chegaria a tanto e nem se manteria tão pouco.

A solução intermediária tem fundamento na ideia do equitativo, do justo defendida por Aristóteles (1991, p. 102 *apud* MAFFETTONE; VECA, 2005, p. 59):

[...] De maneira que o equitativo é o meio entre o mais e o menos; a vantagem e a perda são, em sentido oposto, o mais e o menos, sendo a vantagem um mais em relação ao bem e um menos em relação ao mal, e a perda, o contrário: entre eles, o equitativo, conforme já dito, é o caminho intermediário e aquilo que chamamos de justo [...].

É razoável a proposta da alteração do mínimo de votos quando se percebe que uma lei ou ato normativo poderá ser considerado inconstitucional com a diferença entre os vários membros do Supremo Tribunal Federal de apenas um voto, pois hoje pode ser declarada inconstitucional pelo voto da maioria absoluta de seus membros, ou seja, o Supremo Tribunal Federal tem na sua composição onze ministros, com o voto de seis do total de seus membros poderá ser declarada inconstitucional a lei, ainda que, quase a metade do órgão entendeu ser constitucional, cinco membros.

Neste caso fica evidenciado o não consenso entre os membros do Supremo Tribunal Federal para a declaração de inconstitucionalidade e com uma diferença muito pequena entre eles faz-se sentir que é de inconstitucionalidade duvidosa, a inconstitucionalidade não é evidente, então, pensa-se que a proposta pode ser vista como uma boa resposta para este tipo de distorção, assim, fortaleceria o equilíbrio entre os poderes já que exigiria um maior número de votos para a declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, evitando-se em casos de inconstitucionalidade duvidosa a sua declaração e consequentemente um maior respeito à vontade do legislador ou do Poder Executivo.

No segundo artigo da PEC, foram sugeridas mudanças referentes às Súmulas Vinculantes, também se propõe a alteração do quórum de aprovação da Súmula Vinculante de 2/3 para 4/5 dos membros do Supremo Tribunal Federal, pensa-se que a

_

³ BRASIL, 2015, on line (a).

proposição é desnecessária e extremista, que o mínimo de votos já estabelecido em 2/3 é suficiente para a manutenção do equilíbrio entre os poderes, que a exigência de oito dentre os onze ministros é razoável.

A Súmula Vinculante⁴ é ato editado pelo Supremo Tribunal Federal sobre matéria constitucional e de observância obrigatória para a Administração Pública direta e indireta nas esferas federal, estadual e municipal e para os demais órgãos do Poder Judiciário, pois tem efeito vinculante em relação a estes. Entende-se, como, Glauco Salomão Leite (2007, p. 28) e Mônica Sifuentes (2005, p.279) que é um ato jurisdicional com característica de norma, um ato jurisdicional normativo, portanto um ato que é fruto do exercício da jurisdição constitucional com caracterização de norma.

O ativismo judicial pode ser visto, em uma conotação negativa, como um comportamento do Poder Judiciário além dos limites estabelecidos constitucionalmente, o ativismo ocorre quando o Poder Judiciário extrapola os limites estabelecidos e, consequentemente, invade a esfera dos demais poderes.

Para frear a manifestação ativista do Supremo Tribunal Federal na edição de Súmulas Vinculantes, para se resgatar o equilíbrio entre o Poder Legislativo e Poder Judiciário quando o Supremo Tribunal Federal extrapola os seus limites e se comporta de maneira ativista em Súmula Vinculante, entende-se que é de extrema importância a previsão, no caput do art. 2°, no sentido de condicionar o efeito vinculante da Súmula aprovada pelo Supremo Tribunal Federal à deliberação do Congresso Nacional no prazo de noventa dias do recebimento do processo, processo este formado pelo enunciado e decisões precedentes. Mas, entende-se que o controle pelo Congresso Nacional do efeito vinculante da Súmula editada deve ser estabelecido apenas como um complemento aos meios já existentes no nosso ordenamento jurídico para se questionar a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante, pois do contrário poderia provocar uma interferência infundada do Congresso Nacional na competência do Supremo Tribunal Federal.

No caso de questionada posição ativista do Supremo Tribunal Federal e depois que já apreciada a questão pelo próprio Supremo quando provocado pelos legitimados para propor o pedido de revisão ou cancelamento ou a declaração de inconstitucionalidade da Súmula Vinculante, em razão da sua posição de guardião da

⁴ Adveio com a Reforma do Judiciário, com a Emenda Constitucional nº 45/2004 e depois foi regulamentada pela Lei nº 11.417 de 19 de dezembro de 2006.

Constituição, uma vez se manifestando contrário a sua revisão ou cancelamento, ou contrário a sua declaração de inconstitucionalidade e o Poder Legislativo, ainda assim, sentir-se lesionado em sua função, entendendo haver o ativismo manifestado, poderia o Congresso Nacional deliberar sobre o efeito vinculante da Súmula, a deliberação passaria a ser, nesta situação, um instrumento para conter o Supremo Tribunal Federal, para preservar o equilíbrio entre os poderes.

Quando há manifestação do ativismo judicial pelo Supremo Tribunal Federal em Súmula Vinculante ela é inconstitucional e, hoje, o ordenamento jurídico brasileiro prevê meios de questioná-la perante o próprio Supremo Tribunal Federal, que exerce o papel de Corte Constitucional enquanto defensor da Constituição Federal, para alguns⁵ autores a inconstitucionalidade deveria ser refutada pelo pedido de revisão ou cancelamento e para outros⁶ pelo controle concentrado de constitucionalidade. Então, como já existem meios através dos quais pode ser questionada a inconstitucionalidade de uma Súmula Vinculante, seja através de controle concentrado ou pedido de revisão ou cancelamento para que não sejam deixados de lado ou não sejam atropelados estes instrumentos já regulamentos e para que não ocorra uma desnecessária interferência do Poder Legislativo nas funções do Poder Judiciário com a permissão para o Congresso Nacional interferir na competência do Supremo Tribunal Federal deliberando o efeito vinculante de toda e qualquer Súmula, inclusive, a editada dentro dos parâmetros constitucionais, com base jurisprudencial sólida, entende-se que em reforço a teoria dos freios e contrapesos defendida por Montesquieu e Madison em O Federalista, o controle feito pelo legislador do efeito vinculante da Súmula deveria ser permitido somente em caso de postura ativista e uma vez negada a revisão ou cancelamento ou declaração de inconstitucionalidade.

O ponto mais polêmico da mencionada PEC diz respeito à previsão em seu texto da possibilidade do exercício de controle pelo Congresso Nacional em relação à decisão sobre a inconstitucionalidade de emenda constitucional dada pelo Supremo Tribunal Federal, o que envolve o questionamento sobre quem deve exercer o controle de constitucionalidade. Existem modelos diferenciados de controle de

.

⁵ André Ramos Tavares (2007, p. 32-33) defende a impossibilidade do controle concentrado de inconstitucionalidade com a proposição tanto de ação direta de inconstitucionalidade como também através de arguição de descumprimento de preceito fundamental e que o meio adequado seria o pedido de revisão ou cancelamento.

⁶O controle concentrado é admitido por Rosemiro dos Reis Martins (2012, p. 19-44), tanto por vício formal quanto material. Já o admite somente para o vício formal Renato Augusto Ercolin (2014, p. 1).

constitucionalidade em diversos países⁷, a questão é decidir qual deles deve ser adotado pelo Brasil, deve-se manter o já existente controle feito pelo Poder Judiciário? O Supremo Tribunal Federal deverá continuar a ser o guardião da Constituição e consequentemente dar a última palavra sobre a declaração de inconstitucionalidade de emenda constitucional?

A Constituição é produto da manifestação do poder constituinte originário, já a emenda constitucional é ato do Congresso Nacional, com a finalidade de alterar o texto constitucional, ato do poder constituinte derivado reformador.

Ao elaborar a emenda constitucional o Congresso Nacional deve observar os limites traçados na Constituição Federal, do contrário deve ser declarada inconstitucional. E o que passa a ser questionado com a propositura da PEC 33/2011 é por quem deve ser declarada inconstitucional em última instância?

O teórico do Poder Constituinte foi o francês Emmanuel Joseph Sieyès (2009, p. 60-61) em sua obra *Qu'est-ce que Le Tiers État?*⁸ afirma que a Constituição é obra do poder constituinte e não do poder constituído e ao diferenciá-los em representantes extraordinários e ordinários menciona que:

[...] Mas é verdade que uma representação extraordinária não se parece em nada com a legislatura ordinária. São poderes diferentes. Esta só pode se mover nas formas e condições que lhe são impostas. A outra não está submetida a nenhuma forma em especial: se reúne e delibera como faria a própria nação [...].

A primeira Constituição a fazer previsão do controle de constitucionalidade, no Brasil, foi a Constituição que adveio em 1891, naquela época foi conferido ao Poder Judiciário o exercício deste controle nos moldes do controle americano, ou seja, passou a se adotar o controle difuso de constitucionalidade. Qualquer juiz ou tribunal poderia exercer a defesa da Constituição, verificar a observância do texto constitucional por leis ou atos normativos infraconstitucionais.

O controle judicial de constitucionalidade difuso tem sua origem no caso *Marbury vs. Madison*, em 1803 nos Estados Unidos (BARROSO, 2014, p.69-70).

Geralmente, o controle é exercido por via incidental, pois é um mero incidente em processo em curso e a declaração de inconstitucionalidade não é o principal objetivo

⁷Para o aprofundamento da matéria, ler *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado* de Mauro Cappelletti (1984).

⁸ O que é o terceiro Estado? Em tradução livre. No Brasil, A Constituinte Burguesa.

buscado no processo, como ocorre em um controle por via de ação. A declaração de inconstitucionalidade produz efeitos apenas *inter partes*.

Com a emenda constitucional nº 16, em 1965, à Constituição de 1946 o Brasil também passou a adotar o controle de constitucionalidade concentrado, onde já se apontava que deveria ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal. O controle concentrado teve sua origem na constituição austríaca de 1920 que depois foi reformulado em 1929 por emenda (BARROSO, 2014, p.70-71).

O controle de constitucionalidade concentrado é adotado por vários países da Europa onde é exercido através de tribunais constitucionais, com a adoção deste controle apenas um órgão ou poucos órgãos analisarão a compatibilidade de leis ou atos normativos infraconstitucionais com o texto constitucional. É exercido por via de ação, o principal objetivo do processo é a declaração de inconstitucionalidade da norma e a declaração de inconstitucionalidade produz efeitos *erga omnes*.

Percebe-se que já é tradição do ordenamento jurídico brasileiro a adoção do controle judicial de constitucionalidade, com uma quebra na história do país apenas em um período onde foi vivenciado um regime de exceção, na era de Getúlio Vargas. A Constituição outorgada de 1937 permitia ao Poder Legislativo, caso o Presidente entendesse que a lei declarada inconstitucional era necessária ao bem estar do povo, alterar as declarações de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

O artigo 3º da PEC⁹ fez previsão que a decisão definitiva proferida pelo Supremo Tribunal Federal em ação declaratória de inconstitucionalidade, quando declarar a inconstitucionalidade material de emenda constitucional, não produzirá de logo o efeito vinculante e eficácia contra todos, pois estará sujeita à deliberação do Congresso Nacional e que decidindo este órgão contrariamente ao tribunal a controvérsia deverá ser submetida a uma consulta popular. A deliberação do Congresso Nacional deverá ser feita no prazo de noventa dias, em sessão conjunta, e por maioria de 3/5 dos membros das respectivas casas legislativas.

Será que a proposta na forma como foi apresentada enfraquece ou fortalece a teorias dos freios e contrapesos? Será que abala ou reforça o equilíbrio entre os poderes?

⁹ BRASIL, 2015, on line (a).

Num primeiro momento, portanto a princípio pensa-se que não abala o equilíbrio entre os poderes, pois pelo que foi estipulado a última palavra sobre a controvérsia instalada acerca da declaração de inconstitucionalidade de uma emenda constitucional caberia ao povo através de uma consulta popular e hoje prevalece o entendimento de que a titularidade do poder soberano é do povo. O povo é titular do poder constituinte originário. Mas, sem muita precipitação para se concluir um assunto de tamanha importância, melhor analisar com cautela se existem riscos e quais poderiam ser apontados no caso da modificação proposta.

Levando-se em consideração o contexto do país, no início do século XXI, percebe-se que a participação popular apesar de fortalecer a democracia em tese, pode na prática, em certas circunstâncias, ser utilizada como mera manobra política, pois fazendo uma análise da participação popular em nível nacional por meio de referendo em toda a história brasileira se verificou que este instrumento da democracia direta foi realizado apenas duas vezes, uma quando o povo decidiu em 1963 o retorno ao sistema presidencialista e outra quando foi colocado em pauta o Estatuto do Desarmamento em 2005.

Já a participação popular, também em nível nacional, por meio de plebiscito por uma única vez foi consolidada e ainda vale lembrar que foi realizado o plebiscito em 1993, portanto, cinco anos depois da promulgação da Constituição de 1988, quando o povo decidiu entre o parlamentarismo ou o presidencialismo e entre monarquia ou república.

Deve-se ressaltar que o plebiscito era uma determinação da vontade do próprio poder constituinte originário, que assim o fez no art. 2º do ADCT da Constituição de 1988. Portanto, verifica-se que é da competência do Congresso Nacional autorizar referendo e convocar plebiscito 10 e que desde o surgimento da Constituição de 1988 apenas houve um plebiscito, já determinado por Assembleia Nacional Constituinte e um referendo sobre a comercialização de armas de fogo e munição, o que leva a crer que a consulta popular apesar de se fazer presente na PEC não vai ser efetivada, assim, a proposta pode ser considerada como uma manobra política para fortalecer o Poder Legislativo que passaria a dar a última palavra sobre a declaração de inconstitucionalidade de emendas constitucionais.

¹⁰Art. 49, XV da CF de 1988.

E caso a última palavra passe a ser do Congresso Nacional, a proposta de emenda constitucional nº 33/2011 instalará um desequilíbrio entre os poderes se for aprovada, pois a emenda constitucional é ato do Congresso Nacional e o próprio Congresso Nacional poderia se colocar contrariamente ao que foi decidido em ação direta de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Além de ser uma afronta a vontade do poder constituinte originário que deu a última palavra ao Supremo Tribunal Federal¹¹ e um descaso com a tradição histórica do país, faria com que imperasse o desequilíbrio entre os poderes, pois o Congresso Nacional controlaria a si mesmo e, provavelmente, como já afirmava Montesquieu que todo aquele que detém o poder tende a abusar do mesmo, poderia haver o risco de vir a abusar do poder que possui modificando a Constituição com grave ofensa ao texto constitucional, mesmo tendendo a abolir as cláusulas pétreas, como se exercesse o poder constituinte originário, em razão de que não poderia ser contido e amanhã os estudiosos estariam a pensar em como dar limites ao Poder Legislativo. Portanto, na busca de se traçar limites para a atuação do Supremo Tribunal Federal estaria se colocando em risco de solucionar um problema com a implantação de outro. Conclui-se que aceitar tal mudança é aceitar correr o risco que os legisladores possam se colocar em posição de superioridade em relação ao próprio povo.

E ainda levando-se em consideração o contexto atual, será que o povo teria maturidade para tomar diretamente este tipo de decisão? Será que o povo conhece a Constituição para poder decidir efetivamente se houve ou não ofensa ao seu texto? Será que, no Brasil, o povo tem a informação adequada para tomar uma decisão política fundamental como essa sem ser vítima de manobras dos detentores do poder?Lembre-se que a informação e a maturidade política são elementos essenciais para o desenvolvimento de uma democracia. Para a produção dos efeitos desejados seria necessário o amadurecimento político do povo, a boa vontade dos governantes em torná-lo apto a diretamente tomar decisões políticas fundamentais lhe conferindo uma melhor qualidade de ensino e maior acesso a cultura para que o povo adquira melhor capacidade avaliativa e possa decidir o que é melhor para si e para o coletivo sem ser manipulado.

¹¹ Discute-se a inconstitucionalidade do dispositivo, pois é questionada a violação à cláusula pétrea da Separação dos Poderes.

Ainda merece ser mencionado que o Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional exerce uma função contramajoritária, ou seja, faz a defesa de uma minoria para que não seja violada pela vontade da maioria, quando o Supremo Tribunal Federal exerce o controle de constitucionalidade das emendas constitucionais assume uma posição contramajoritária. E que a legitimidade de uma instituição não advém unicamente pelo voto, a legitimidade do Supremo Tribunal Federal advém da Constituição, da vontade soberana do povo representada na Constituição, que regulamentou em seu texto a sua competência e também das ações deste órgão quando cumpre os ditames constitucionais.

Madison (1984, p. 420) demonstra preocupação com os interesses da minoria, mostrando que a minoria estaria em perigo quando uma maioria se reunir em torno de um mesmo interesse, afirma que na república tanto é importante a defesa da sociedade contra a opressão dos que governam, como também o é a defesa da minoria contra a opressão da maioria.

Edmund Burke ao fazer *Reflexões sobre a Revolução Francesa*, também já mostrava preocupação com a possibilidade de uma maioria oprimir uma minoria num regime democrático, em suas palavras:

[...] Até agora, não temos visto exemplos consideráveis de democracias. Os antigos estavam mais familiarizados com elas. Embora não seja completamente ignorante na leitura dos autores que examinaram a maioria destas constituições e que melhor as compreenderam, não posso deixar de concordar com sua opinião de que uma democracia absoluta - não mais do que a monarquia absoluta – deve ser considerada entre as formas legítimas de governo [...] Aristóteles observa que uma democracia tem muitos pontos surpreendentes de semelhança com a tirania. Estou certo de que, numa democracia, a maioria dos cidadãos é capaz de exercer as mais cruéis opressões sobre a minoria, quando quer que prevaleçam fortes divisões neste tipo de política [...] Sob um príncipe cruel, têm a compaixão balsâmica da humanidade para aliviar a dor pungente de suas feridas; têm os aplausos do povo para animar a sua resistência generosa aos sofrimentos: mas aqueles que estão sujeitos à injúria das multidões estão desprovidos de todo consolo externo. Parecem deserdados pela humanidade, sobrepujados por uma conspiração de sua espécie inteira (WEFFORT, 2006, p. 43).

Não se pode esquecer que numa democracia deve-se fazer prevalecer a vontade da maioria, mas para que a minoria não seja oprimida, deve-se manter meios de garantia em defesa dos seus direitos.

Diante de tudo que foi explanado, reafirma-se o pensamento de Hamilton (1984, p.578-581) de que é preferível o Poder Judiciário exercer o controle dos atos do

Poder Legislativo e de que os juízes devem exercer as suas funções de forma limitada por normas estritas e estabelecidas para que não ajam arbitrariamente.

CONCLUSÃO

Montesquieu (1962, p. 178-181) afirma que a liberdade política somente existiria desde que não houvesse o abuso de poder, aponta que para a não ocorrência natural do abuso do poder, o poder deve ser limitado pelo próprio poder. O seu grande mérito foi o desenvolvimento da ideia dos freios e contrapesos, a ideia de limitação recíproca dos poderes, pois defende que o poder deve conter o poder e que tudo estaria perdido se houvesse a concentração do poder nas mãos da mesma pessoa ou grupo de pessoas.

Madison (1984, p. 393-399) reconhece o mérito de Montesquieu quando este afirmou em sua teoria que a garantia da liberdade depende da distribuição dos três poderes. Segundo Madison ocorreria a tirania caso houvesse a concentração dos poderes nas mesmas mãos. O autor defende que os três poderes estejam numa relação de interdependência, estejam entrelaçados, pois um poder deve exercer o controle sobre o outro, assim, foi identificado, pelo autor, o exercício de funções atípicas por cada um deles.

Hamilton (1984, p. 577), no artigo 78 de *O Federalista*, entende que devem existir limites na Constituição para a atuação do legislador e que caberia ao Poder Judiciário a garantia destes limites. Defende que o exercício do Controle de Constitucionalidade dos atos do legislador seja feito pelo Poder Judiciário e afirma que é falso o entendimento de que, desta maneira, haveria a superioridade do Poder Judiciário em relação ao Poder Legislativo.

Em 2011 foi apresentada a proposta de emenda constitucional n ° 33, objeto de estudo desta pesquisa, e dentre as proposições sugeridas foram analisadas aquelas que poderiam interferir no equilíbrio entre os poderes. Foi sugerido no art. 1° da PEC 33/2011 que o quórum de maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo infraconstitucional seja modificado para 4/5, entende-se que a alteração no mínimo de votos necessários para a declaração de inconstitucionalidade é medida razoável e fortalece o equilíbrio entre os poderes, mas pensa-se que o quórum proposto pode ser repensado, pois é muito elevado.

Também foram sugeridas mudanças referentes às Súmulas Vinculantes no art. 2º da PEC. Quando o Supremo Tribunal Federal se comporta de maneira ativista na edição de Súmula Vinculante será a Súmula inconstitucional e no ordenamento jurídico brasileiro existem instrumentos para se questionar a sua inconstitucionalidade, o problema é que é questionada perante o próprio criador do ato inconstitucional, perante o Supremo Tribunal Federal, portanto o controle do efeito vinculante pelo Congresso Nacional servirá para conter o Poder Judiciário e, assim, reequilibrar os poderes. Mas, propõe-se que seja adotada a medida como um complemento aos meios já existentes para não ocorrer uma interferência infundada na atividade do Supremo Tribunal Federal.

O artigo 3º da PEC é o que mais gerou polêmicas, fez previsão que a decisão definitiva proferida pelo Supremo Tribunal Federal em ação declaratória de inconstitucionalidade, quando declarar a inconstitucionalidade material de emenda constitucional, não produzirá de imediato o efeito vinculante e eficácia contra todos, pois estará sujeita à deliberação do Congresso Nacional e que decidindo este órgão contrariamente ao tribunal a controvérsia deverá ser submetida a uma consulta popular.

Conclui-se que a proposição, caso seja aprovada, não abalará o equilíbrio entre os poderes desde que, realmente, ocorra a consulta popular, portanto desde que a sugestão não seja uma manobra política para que a última palavra seja dada pelo Congresso Nacional e desde que a tomada da decisão pelo povo seja feita de forma consciente, algo que não se enquadra muito no atual contexto, não havendo, assim, o enfraquecimento do equilíbrio entre os poderes porque o povo daria a última palavra sobre a declaração de inconstitucionalidade de emenda constitucional e o povo é o titular do poder soberano.

Ressalta-se que não se pode deixar de lembrar que numa democracia mesmo devendo prevalecer a vontade da maioria devem existir meios para se conferir proteção à minoria e percebe-se que o Supremo Tribunal Federal tem assumido o papel contramajoritário no exercício da jurisdição constitucional.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. v.2. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. (Coleção Pensadores).

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** 48ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____.Proposta de Emenda à Constituição 33/2011. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667. Acesso em: 12 fev. 2015 (a).

_____. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm. Acesso em: 12 mar. 2015 (b).

_____. **Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111417.htm. Acesso em: 12 mar. 2015 (c).

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Antônio Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

HAMILON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

LEITE, Glauco Salomão. **Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MARTINS, Rosemiro dos Reis. Súmula vinculante inconstitucional: forma de controle de constitucionalidade e crise de legitimidade. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 7, n.1, p. 19-44, jan./abr. 2012.

MAFFETTONE, Sebastiano; VECA Salvatore (Org.). A ideia de justiça de Platão a Ralws. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa** – Qu'est-ce que Le Tiers Étar? Tradução de Norma Azevedo. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2009.

SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante:** um estudo sobre o Poder Normativo dos Tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante**: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006. São Paulo: Método, 2007.

WEFFORT, Francisco C. (Org.). Os clássicos da política. v. 2. São Paulo: Ática, 2006.