XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

HORÁCIO WANDERLEI RODRIGUES

BEATRIZ VARGAS RAMOS G. DE REZENDE

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C758

Constituição e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF; Coordenadores: Beatriz Vargas Ramos G. De Rezende, Horácio Wanderlei Rodrigues – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-212-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Constituição. 3. Democracia. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

Apresentação

O Grupo de Trabalho (GT) Constituição e Democracia I, no XXV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado nos dias 6 a 9 de julho de 2016, na Universidade de Brasília (UnB), contou com a presença de autores e autoras dos vinte e cinco textos que agora passam a integrar esta publicação, na qual figuram de acordo com a ordem alfabética de seus próprios títulos – ordem que, aliás, orientou sua apresentação e discussão no referido GT, por decisão dos participantes, quando da abertura das atividades.

De forma mais ou menos intensa, o conjunto dos textos reflete a preocupação com temas que ocupam o centro das discussões contemporâneas sobre jurisdição constitucional e democracia.

A questão do ativismo judicial é o foco central de vários dos artigos apresentados, além de merecer, em outros tantos, também alguma referência, ainda que secundária. Desde o debate filosófico-político animado por teóricos como Waldron, Vermeule, Tushnet e Habermas até as análises sobre objetos específicos – como a proposta de Emenda Constitucional n.º 33 /2011, a tese da mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, ou a função normativa da Justiça Eleitoral – são problematizados os limites da ação do Poder Judiciário e sua necessária interseção com o princípio democrático, o princípio da separação dos poderes e o da inafastabilidade da função jurisdicional.

Constituição como centro do ordenamento jurídico, normatividade dos Direitos Humanos, constitucionalização “do Direito” e constitucionalização “de direitos”, nomeadamente os direitos de acesso à justiça e à informação, figuram entre os temas tradicionais do campo jurídico-constitucional que mereceram enfoque analítico, sob a perspectiva da efetividade da Constituição e seu impacto na realidade brasileira, no tocante à construção da cidadania e à consolidação da democracia no País.

Outro tema de que se ocupam alguns dos textos ora apresentados, e que também corresponde à tradição dos debates do mesmo campo jurídico, é o da interpretação e da hermenêutica constitucional.

Alinham-se ainda outros artigos na temática da exclusão, inclusive das chamadas “ondas neoliberais”, da questão da justiça social e das desigualdades, da dignidade da pessoa

humana e da participação da sociedade civil e dos movimentos sociais, sob a ótica jurídica e econômica.

Finalmente, integram esta publicação artigos que podem ser reunidos sob a ideia comum da aplicação dos princípios constitucionais, a despeito dos variados temas específicos de que se ocupam, desde o meio-ambiente e o federalismo até o poder investigatório do Congresso Nacional e suas limitações e a questão da democratização da informação como coisa distinta do espetáculo, na discussão sobre o Supremo Tribunal Federal e a mídia.

Toda apreciação que destaca os elementos gerais de análises distintas, apesar da identidade do campo de conhecimento em que estão situadas, corre o risco de uma simplificação. Nada substitui a atividade do leitor em contato direto com o texto, sem a intermediação de um intérprete. Por isso mesmo, a apresentação que ora se faz do conjunto dos artigos componentes do GT Constituição e Democracia I, tem o objetivo de uma provocação, tem a pretensão de funcionar como um convite à leitura.

Brasília, julho de 2016

Profa. Dra. Beatriz Vargas Ramos G. de Rezende (Universidade de Brasília - UnB)

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues (Faculdade Meridional)

A PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL 33/2011 E O PLURALISMO ARGUMENTATIVO ENTRE OS PODERES

THE PROPOSAL AMENDMENT NUMBER 33/2011 AND ARGUE PLURALISM BETWEEN THE POWERS

Pedro Henrique Fidélis Costa [1]

Resumo

É mister observar que a legitimidade das decisões tomadas nos Tribunais Superiores, mormente no Supremo Tribunal Federal, deve ser objeto de diálogo entre as instituições democráticas. Nessa esteira, o presente artigo tem o condão de analisar a Proposta de Emenda à Constituição 33/2011 e sua importância no novo cenário constitucional, especificamente o brasileiro, em que se busca a quebra de paradigmas construídos ao longo dos séculos, como por exemplo a clássica teoria da separação dos poderes.

Palavras-chave: Diálogos institucionais, Revisão jurisdicional, Ativismo judicial

Abstract/Resumen/Résumé

It should be observed that the legitimacy of the decisions made by the High Courts of Justice, mainly by the Supreme Federal Tribunal (the Highest Court of Justice in Brazil) would have to be the object of discussions between the various democratic institutions. Therefore, this article aims at analyzing the Proposal of Amendment to the Constitution, no. 33/2011, and the importance it has in the new constitutional context, especially the Brazilian one, in which it is sought to break the paradigms built over the centuries, such us the classic theory of separation of powers.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Institutions dialogues, Judicial review, Judicial activism

[1] Bacharel pela Dom Helder Câmara. Pós graduado em Direito Constitucional pelo Instituto para o Desenvolvimento Democrático. Participante do I Curso de Verão de Direitos Fundamentais pela Universidade de Coimbra/Portugal.

INTRODUÇÃO

O inquietante debate sobre os limites e o grau de legitimidade das decisões judiciais no Brasil, mormente as que se referem ao controle concentrado de constitucionalidade, é fruto da tensão existente entre os poderes legislativo e judiciário na composição da legitimidade democrática, na seara da jurisdição constitucional.

Nessa esteira, o constituinte brasileiro, com desiderato no sistema do *strong judicial review*[1] norte-americano, proporcionou um verdadeiro desequilíbrio entre os poderes constituídos, devido ao elevado nível de confiança depositado no Poder Judiciário.

Correntio é a noção de que a separação dos poderes é arquitetada a partir da distribuição de funções a serem exercidas pelas instituições, que ao final, conduz a uma Corte responsável pela tutela da ordem constitucional. Nesse sentido, a circularidade das decisões de todos os poderes envolvidos termina a partir da deliberação da instituição que detém o poder de ditar a última palavra, no caso brasileiro, o Poder Judiciário através de seu órgão máximo, o Supremo Tribunal[2].

O objetivo primário do artigo consiste na análise das teorias dialógicas, que têm como finalidade impulsionar um reequilíbrio entre os poderes, e auxiliar na criação de um novo modelo de democracia deliberativa no Brasil, visando estabelecer uma corresponsabilidade entre executivo, legislativo e judiciário no que se refere à tutela e garantia do exercício dos direitos.

Numa primeira abordagem, o trabalho busca: (I) realizar um breve esboço histórico do constitucionalismo moderno, (II) analisar o surgimento e a consequência da judicialização da política e ativismo judicial, a partir do exame de casos concretos ocorridos em julgamentos da Suprema Corte brasileira, (III) e os aspectos positivo e negativo do ativismo judicial.

Em segundo plano, realizar-se-á uma breve análise dos debates no Direito Constitucional, mormente o norte-americano, em referência ao *judicial review* e ativismo judicial. Nesse diapasão, merecem destaque as digressões desenvolvidas por Jeremy Waldron

---

[1] Em contraposição ao modelo britânico, em que há primazia do princípio da supremacia do parlamento, o sistema norte-americano é calcado na precedência do *judicial review* ou supremacia judicial, eis que juízes de primeiro grau e tribunais aplicam diretamente a constituição em caso de colisão com o ato normativo impugnado.

[2] Nas denominadas representações de inconstitucionalidade no âmbito dos Estados ou do Distrito Federal, se essa tiver como parâmetro **normas de reprodução obrigatória**, a última palavra ainda caberá ao Supremo, eis que no julgamento da Reclamação nº 383 admitiu-se o manejo de Recurso Extraordinário nos casos em que a interpretação da Constituição Estadual, que em seu bojo reproduz norma de reprodução obrigatória, for de encontro ao sentido e o alcance desta.

e Mark Tushnet, eis que guardam íntima relação com a abordagem deste trabalho.

Ao final, será analisada a recente proposta de Emenda Constitucional 33, e a discussão acerca de sua constitucionalidade na seara do direito pátrio. Será identificado, de igual maneira, que o sistema constitucional passa por uma nova fase de experimentalismo, com a quebra de paradigmas engessados ao longo dos séculos.

1 EVOLUÇÃO DO PROTAGONISMO JUDICIAL

Ao analisar a progressão histórica do constitucionalismo moderno, tem-se a noção de que o princípio da supremacia da Constituição permaneceu inerte na maior parte dos sistemas políticos, mormente o europeu. Ao texto constitucional, era reservado apenas estabelecer normas de organização dos poderes e delimitar regras de repartição de competências. Em outras palavras, a constituição era privada de uma verdadeira força normativa[3].

Tal noção é severamente alterada na América, especificamente nos Estados Unidos do século XIX. Ao julgar o célebre caso *Marbury vs. Madison*, a Suprema Corte Federal norte-americana constrói o entendimento de que, na hipótese de colisão entre a Constituição e a Lei, deve prevalecer os ditames estabelecidos na regra constitucional, por ser considerada norma hierarquicamente superior[4].

Atrelado ao entendimento fixado no julgamento *Marbury vs. Madison*, surge a ideia de se atribuir efeitos retroativos – ex tunc – nas decisões de declaração de inconstitucionalidade, com fincas a estabelecer que a norma eivada de incompatibilidade com a Constituição nascia morta, ou seja, era desprovida de normatividade[5].

Nesse particular, impende ressaltar que tal entendimento sofreu variações a partir de outros casos relevantes na seara da jurisdição constitucional norte-americana.

---

[3] Segundo o professor Luís Cláudio Martins de Araújo, "a regulamentação jurídica da relação entre indivíduo e Estado se desenvolvia essencialmente em um plano infraconstitucional, cabendo às Constituições a mera função de definir a estrutura de governo, visto que o aspecto material da Constituição restaria integralmente sujeito à liberdade de configuração do legislador, no que a Supremacia do Parlamento não admitia a possibilidade de um controle externo do legislador soberano, reduzindo a função judicial à condição de mero aplicador da lei, incompatível com o modelo do *judicial review*".

[4] Em interessante abordagem histórica acerca do surgimento da jurisdição constitucional no mundo, verifica-se que no sistema grego pré-moderno, eram passíveis de invalidação, os decretos elaborados por agentes constituídos pelas assembleias, caso o vício apresentado estivesse em confronto com regras superiores elaboradas por essas.

[5] Em decisão semelhante no caso ***Norton v. Shalby County***, a corte reafirma o entendimento de inexistência de norma que contraria o texto constitucional ao afirmar que essa não tem o atributo de gerar direitos ou obrigações.

Nas palavras do professor Bernardo Gonçalves Fernandes:

> Em ***Linkletter* vs. *Walker***, a Suprema Corte repensa os efeitos da decisão de (in) constitucionalidade. Um condenado por uma Corte estadual, através do uso de provas ilícitas pela polícia, pleiteava a aplicação dos mesmos efeitos dados pela Corte ao julgar do caso ***Mapp vs. Ohio***. Esse último caso havia sido julgado anteriormente ao primeiro, mas assentava um entendimento que confirmava inconstitucional o uso de provas obtidas com violação ao direito de privacidade; mas em razão dos efeitos retroativos, deveria ser dado igual tratamento ao primeiro caso, anulando-se a decisão da Corte Estadual. Acontece que a Suprema Corte, ao ponderar os aspectos político-econômicos (ameaçar a delicada relação entre União e Estados, além de abrir espaço para uma enxurrada de demandas que onerariam o Judiciário) envolvidos no caso, afirmou que o precedente *Mapp* seria aplicável apenas aos casos pendentes de julgamento na época da decisão. (FERNANDES, 2014, p. 1.222).

Embora timidamente, é possível vislumbrar, a partir da análise do caso acima transcrito, a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão pela Suprema Corte, transformando o Judiciário em verdadeiro legislador positivo, ou seja, atribuindo-lhe, além da função de invalidar a norma, também ampliar, ou restringir, o alcance do ato impugnado. Em outras palavras, o ativismo judicial encontra, aí, o seu nascedouro.

No Brasil, o início do *judicial review* encontra guarida na mudança da forma de governo monárquico para republicano a partir da promulgação da Constituição Republicana de 1891, com aspiração no modelo incidental de controle de constitucionalidade norte-americano[6], e posteriormente, no controle europeu, formando um verdadeiro sistema híbrido.

1.1. Judicialização e a Constituição de 1988

O termo judicialização significa a transferência do poder de decidir questões de elevado interesse social ou político, que ordinariamente competem às instituições majoritárias, Legislativo e Executivo, ao Poder Judiciário[7].

O período de transição da ditadura militar para a redemocratização, foi a mola

---

[6] O professor Luís Cláudio Martins Araújo adverte, "Na verdade, contudo, no Brasil, embora desde 1824 as Constituições tenham considerado o Judiciário como um poder autônomo, e, tenha havido alguns avanços na jurisdição constitucional desde a Carta de 1891, não se pode falar efetivamente em supremacia judicial até a Constituição de 1988, visto que ao longo do final do século XIX e boa parte do século XX, cabia ao Poder Legislativo e não pelo Judiciário o papel de concretizar a Constituição".

[7] O constitucionalista Luís Roberto Barroso em *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, aduz, "Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. "

propulsora para o início do protagonismo judicial no Brasil. Com a promulgação da Carta Cidadã (BRASIL, 1988), juízes e tribunais deixaram a pecha de serem apenas a boca da lei[8], e absorveram o mister de fazer valer a vontade do constituinte, atender aos reclamos das minorias, confrontar com os outros poderes.

Sem dúvida, o acesso à informação e o avanço significativo da *internet*, foram e têm sido os principais instrumentos dos cidadãos na busca pela efetivação de direitos e garantias, e socorrem no Poder Judiciário a tutela efetiva de seus interesses e a composição dos litígios. Em conjunto, temos o fortalecimento institucional do Ministério Público e da Defensoria Pública, como órgãos responsáveis pela guarda dos direitos transindividuais, que se desdobra nos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos[9].

Noutro giro, temos a consagração do princípio da força normativa da Constituição e a constitucionalização dos direitos fundamentais arrolados no artigo 5º do texto maior (BRASIL, 1988).

Por fim, o mais importante fator de expansão da judicialização no Brasil, deve-se ao modelo de controle de constitucionalidade adotado. Conforme delineado linhas atrás, temos no ordenamento pátrio uma junção dos modelos americano e europeu, que compreende uma noção verdadeiramente híbrida de controle.

É mister reforçar, que desde a promulgação da primeira Constituição Republicana (BRASIL, 1891), com forte influência do jurista Rui Barbosa, já estava consolidado no ordenamento pátrio o controle de constitucionalidade difuso[10] norte-americano, que possibilita a qualquer juiz ou tribunal, na análise do caso concreto, deixar de aplicar a lei, por entender que essa é eivada do vício de inconstitucionalidade.

Em outra vertente, o modelo europeu, com desiderato na doutrina alemã de *Hans Kelsen*, traz o controle concentrado[11], o qual permite, a quem tenha legitimidade, levar aos Tribunais, abstratamente, o exame de determinado ato normativo de duvidosa constitucionalidade. No caso brasileiro, o controle via ação é realizado precipuamente pelo Supremo Tribunal Federal[12].

A legitimidade para o exercício da ação no controle concentrado, encontra-se no rol do artigo 103 da Constituição (BRASIL,1988), e compreende entidades públicas e privadas.

---

[8] Expressão francesa "*bouche de la loi*".

[9] Um exemplo esclarecedor encontra-se na lei que disciplina a ação civil pública – Lei 7.347/85. No rol do artigo 5º, que dispõe sobre a legitimidade para a propositura da referida ação, encontram-se o Ministério Público e a Defensoria.

[10] Também chamado de controle incidental ou via exceção.

[11] Sinônimo de controle via ação.

[12] A constituição admite o controle concentrado na seara dos tribunais estaduais, ao prever a chamada representação de inconstitucionalidade.

Nesse ponto, o texto constitucional é pioneiro, pois ampliou[13] significativamente o número de legitimados ativos para a propositura das ações diretas.

1.2. Ativismo Judicial nos Mandados de Injunção e Ações Diretas de Inconstitucionalidade

As expressões ativismo judicial e interpretação proativa da Constituição estão inseridas em um mesmo contexto, e significam a ingerência do Judiciário no campo de atuação dos demais poderes. Em outras palavras, o ativismo judicial[14] denota uma intervenção extensa e vigorosa de juízes e tribunais na implementação de valores e finalidades constitucionais, ante a síndrome de inatividade do legislativo e executivo.

Um bom exemplo de ativismo judicial encontra-se no manejo e julgamento do remédio constitucional do Mandado de Injunção[15]. Embora o Supremo Tribunal Federal adote posição, segundo a qual a decisão se limita apenas à declaração da mora legislativa[16], há uma maior tendência em sedimentar posicionamento no sentido de que, julgada a injunção, caberá ao próprio Tribunal implementar o direito pleiteado pelo impetrante[17].

Essa afirmação encontra amparo no julgamento dos Mandados de Injunção nº 670-ES[18]/708-DF[19]/712-PA[20]. Neles, debateu-se o exercício do direito de greve dos servidores públicos, direito esse até então não regulamentado em face da inércia e da mora do legislador federal. A concessão da injunção deu-se por maioria de votos, no sentido de que, caberia à própria Corte viabilizar o direito objeto da impetração, até a confecção da respectiva lei, aplicando-se aos servidores públicos o disposto, no que couber, na Lei 7.783 (BRASIL, 1989)

---

[13] Anteriormente, apenas o Procurador-Geral da República poderia valer-se da ação no controle concentrado de constitucionalidade.

[14] Em *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, o professor Barroso define a diferença entre ativismo e judicialização, "A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado da vontade política. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance".

[15] Previsto no artigo 5º, inciso LXXI da Constituição Federal, o ***writ*** injuncional tem a finalidade de tornar livre o exercício de direitos previstos no texto constitucional e guerrear a ausência de norma regulamentadora por parte do Poder Público competente em deflagrar o processo legislativo.

[16] Tese intitulada de subsidiária ou não concretista.

[17] Em recentes julgados do Pretório Excelso verifica-se que há uma forte tendência em se adotar as teses concretistas geral e individual, que por sua vez se subdivide em intermediária ou direta.

[18] Estado do Espírito Santo.

[19] Distrito Federal.

[20] Estado do Pará.

que disciplina a greve no âmbito da iniciativa privada.

Na mesma esteira, tem-se o julgamento do MI[21] nº 231-1/RJ[22], impetrado com fundamento no artigo 195, §7º da Constituição (BRASIL,1988), que trata de imunidade tributária das entidades beneficentes de assistência social de acordo com as exigências estabelecidas em lei ordinária. Ocorre que a legislação não foi elaborada, e o STF decidiu, no sentido de estabelecer o prazo de 6 (seis) meses para o Congresso Nacional deliberar acerca da matéria, sob pena de o impetrante gozar da imunidade devida[23].

A conduta negligente do Poder Público, e a crescente adoção das teses concretistas no Mandado de Injunção, podem ser consideradas, a um só tempo, como causas do ativismo judicial.

Outra situação que se assemelha à inércia do Poder Público, na efetivação das políticas públicas, se refere ao inúmero ajuizamento de ações de obrigação de fazer em face dos entes federativos – União, Estado, Distrito Federal e Munícipios – como causa de pedir, e pedido, consubstanciados na condenação da Fazenda Pública ao fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos, por decisão judicial.

Nesse ponto, revela-se a tênue linha entre o direito amplo ao acesso à saúde e o binômio necessidade/possibilidade dos entes estatais em arcarem com as despesas de custeio do tratamento eventualmente deferido ao particular. De fato, o Poder Judiciário, nesse ponto, passa a exercer a inusitada tarefa incumbida ao Executivo, ou seja, a de implementar políticas públicas inerentes ao Sistema Único de Saúde.

Não se sustenta, aqui, que o particular não pode se valer do Estado para eventual tratamento de sua enfermidade, o que se pondera, é que o Poder Judiciário não tem conhecimento técnico suficiente da realidade do ativo público de determinado ente da federação, notadamente porque eventual condenação poderia gerar elevado custo, onerando sobremaneira os cofres públicos, em especial daqueles Munícipios de pequeno porte.

Some-se à postura ativista a aplicação de princípios constitucionais para ampliar ou restringir o alcance de norma constitucional expressa, e a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, com base em critérios temperados que não sejam de afronta direta ao texto maior.

Na seara política, o Pretório Excelso, no julgamento das Adins nº 3.999 e 4.086, assentou a constitucionalidade da Resolução nº 22.610 (BRASIL, 2007) do Tribunal Superior

---

[21] Mandado de Injunção.
[22] Estado do Rio de Janeiro.
[23] Aqui o STF adota a tese concretista individual intermediária.

Eleitoral, que trata do processo de perda de mandado eletivo por infidelidade partidária, tendo em vista a ausência de legislação específica sobre o assunto. A constitucionalidade foi calcada no princípio democrático, e estabeleceu que a vaga eleitoral no Poder Legislativo pertence à legenda ostentada pelo Partido, e não ao candidato eleito. Em outras palavras, o TSE[24], com a convalidação posterior do Supremo Tribunal Federal, criou uma nova hipótese de perda de mandado eletivo não prevista no texto constitucional.

A decisão, mesmo fundada em princípio constitucional implícito, viola, não só a separação dos poderes, como também autoriza o Poder Judiciário, por intermédio de mera resolução, criar normas eleitorais cuja iniciativa é privativa da União.

O acordão ainda contém uma contradição: o STF, ao julgar a ADPF nº 144, dispôs que não é competência do Poder Judiciário, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes, estabelecer outras hipóteses de inelegibilidade não contempladas na Constituição ou em lei complementar.

Outra hipótese de ativismo judicial, agora em sede de controle concentrado de constitucionalidade utilizando critérios temperados para a declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade do ato impugnado, é a Adin nº 3685, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados, na qual se declarou parcialmente inconstitucional o texto da Emenda 52 (BRASIL, 2006) quanto à vedação da verticalização nas eleições de 2002[25], alçando ao status de cláusula pétrea o princípio da anualidade eleitoral.

É cediço que a Suprema Corte, muito em decorrência da crise institucional vivida pelo sistema de representatividade eleitoral, vem exercendo o papel de substituto na atividade legiferante. O descrédito do Legislativo, alçado à sua ineficiência em realizar a função típica de legislar, e o limbo que se estabeleceu na relação entre eleitor e eleito, caracterizam a mola propulsora da consolidação do ativismo judicial no Brasil.

Luís Roberto Barroso, em crítica veemente sobre o tema, aduz em seu artigo *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*:

> A adiada reforma política é uma necessidade dramática do país, para fomentar autenticidade partidária, estimular vocações e reaproximar a classe política da sociedade civil. Decisões ativistas devem ser eventuais, em momentos históricos determinados. Mas não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade. (BARROSO, 2014, s/p).

[24] Tribunal Superior Eleitoral.
[25] É importante pontuar que o texto da emenda previa que a vedação da verticalização teria efeitos retroativos às eleições de 2002.

Ante as razões esposadas nos parágrafos anteriores, infere-se, em linhas gerais, que o ativismo judicial apresenta aspecto positivo, ou seja, as demandas sociais estão sendo atendidas pelo Estado, mesmo que de maneira atípica, eis que não são satisfeitas pelo Poder que diretamente tem a incumbência de realizá-las. Por outro lado, mostra o enfraquecimento do Poder Legislativo, a distante relação que se estabeleceu entre eleitor e eleito, bem como a inércia do Poder Executivo para implementar as políticas públicas de sua responsabilidade.

2 OS DEBATES SOBRE A LEGITIMIDADE PARA INTERPRETAR A CONSTITUIÇÃO

Neste tópico, busca-se expor breves argumentos acerca dos debates envolvendo a judicialização da política e o ativismo judicial, bem como o grau de legitimidade das decisões que envolvam em específico, temas relacionados à moralidade política ou questões centrais da sociedade.

As variadas discussões travadas nas Universidades norte-americanas e as ricas digressões sobre hermenêutica constitucional e a legitimidade de interpretar a Constituição, compõem o pano de fundo do novo rumo para o constitucionalismo contemporâneo.

Crítico ao *judicial review*, Mark Tushnet[26], propõe um verdadeiro "constitucionalismo popular"[27], e retira dos Tribunais a possibilidade de se manifestarem de maneira terminativa sobre a interpretação constitucional. Em outras palavras, "em uma teoria populista do direito constitucional, a interpretação constitucional feita pelas cortes não tem peso normativo decorrente do fato de serem produzidas por Cortes"[28] [29](TUSHET, 1999). A ideia central visa possibilitar amplo debate de opiniões em torno do sentido a ser dado à Constituição, ou seja, para o renomado Professor, é necessário pôr fim ao monopólio reservado à Suprema Corte de traduzir o sentido do direito constitucional, pois tal noção infirma as demais digressões exaradas fora do Tribunal.

A extensa gama de opiniões existentes, atrelada a fatores que contribuem para uma maior conscientização dos direitos estabelecidos na sociedade, torna imperiosa a necessidade de compartilhamento da interpretação constitucional com os demais ramos do contexto no qual estamos inseridos. É cediço que vivemos em uma sociedade eminentemente plural, e a

[26] Professor da Universidade de Harvard.
[27] Em inglês *"populist constitucional law"*.
[28] No original, "In a populist theory of constitucional law, constitutional interpretation done by the courts has no special normative weight deriving from the fact that it is done by the courts".
[29] Taking the Constitution Away from the Courts, 1999.

divergência de posicionamentos sobre questões atinentes ao direito e moral exigem maior discussão, mormente as que se referem a direitos fundamentais.

É o que Waldron denomina de enorme desavença ou desacordo[30], e sua principal crítica recai, de igual modo, ao *judicial review* e a supremacia judicial no cenário atual. Nesse sentido, entende, que a declaração de inconstitucionalidade pelo Judiciário, de normas que retiram seu fundamento de validade diretamente da Constituição e a ingerência judicial nas chamadas "questões constitucionais de fundo" ou naquelas que envolvam profundas dissidências morais na sociedade, não se coadunam com o pluralismo contemporâneo.

Nessa esteira, Waldron (2014, p. 205) desenvolve sua teoria a partir do que entende por surgimento do direito e sua relação com as "circunstâncias da política". Em havendo enorme desavença/desacordo sobre determinada questão moral e, sendo impossível chegar a um consenso, mostra-se imperiosa a tomada de uma decisão. Defende ele "que temos um consenso de que é absolutamente necessário e moralmente legítimo que se tome uma decisão. Nesses termos, necessária "uma" decisão para sair de um impasse até mesmo para que haja comunidade (para que a mesma continue a existir)".

Para Waldron, a partir do desacordo sobre determinada questão relevante e a necessidade de tomada de uma decisão, surge a chamada circunstância da política, que se materializa a partir de um processo legislativo democrático, em que assegure um tratamento igualitário a todos, bem como sua real participação para a criação do direito. O princípio da igualdade nesse processo, é o ingrediente nuclear a justificar a autoridade ou força coativa do direito. Nesse sentido, o autor entende que, o principal, é justamente a participação de todos os indivíduos na elaboração de espécies normativas primárias. Por esse motivo Waldron dispõe que qualquer desavença moral relevante, com surgimento a partir de um intenso desacordo na sociedade, decidida fora deste procedimento legislativo de participação igualitária (como na Suprema Corte), fere não só o princípio democrático e o direito de participação, como também não é capaz de ser dotada de autoridade.

No Brasil, no que diz respeito a desavenças morais profundas, temos como exemplo a intensa discussão sobre a redução da maioridade penal. A Proposta de Emenda Constitucional 171/93 visa alterar o artigo 228 da Constituição Federal, e tornar imputáveis, os menores de 18 (dezoito) e maiores de 16 (dezesseis) anos. A notícia da aprovação da PEC pela Comissão de Constituição e Justiça, ganhou contornos positivo e negativo na sociedade brasileira. De um lado, parte entende pela constitucionalidade da proposta, com argumento de que: (I) não

[30] Law and disagreement (1999).

haveria supressão de direitos e garantias individuais[31], apenas imposição de novas regras; (II) a redução se justifica tendo em vista os altos índices de criminalidade desencadeados por adolescentes; Ao passo que a corrente contrária entende: (I) pela inconstitucionalidade material da proposta de alteração, tendo em vista a violação a direitos e garantias individuais, e, por entender, que o artigo 228 da Constituição encontra-se sob o manto da imutabilidade; (II) os baixos investimentos em educação pública básica no país justifica a rejeição[32].

Percebe-se um profundo e razoável debate sobre uma questão de cunho moral e que ganha os mesmos contornos demonstrados por Waldron. Seria legitima a aprovação da Proposta de Emenda Constitucional, sem o devido respeito ao direito de participação da sociedade como um todo na tomada dessa decisão? A resposta só pode ser negativa. Os pressupostos que justificam o processo legislativo democrático defendido por Waldron estão presentes, quais sejam: (a) Questões constitucionais que envolvam diretamente grandes discordâncias morais; (b) Imperiosa necessidade de se tomar uma decisão para sair de um impasse; (c) Surgimento das chamadas "circunstâncias da política" que justifica a criação do direito. Mas e a autoridade do direito criado, não seria possível apenas após um processo legislativo democrático segundo Waldron? A resposta é afirmativa, e a posição a ser adotada pelo Congresso Nacional é fazer o uso do disposto no artigo 49, inciso XV da Constituição (BRASIL, 1988), e autorizar Referendo, por meio de Decreto Legislativo, para que o eleitorado nacional, no uso de um dos instrumentos de manifestação direta[33] de sua vontade, manifeste sua posição na decisão a ser tomada, sob pena de ser infirmada por violação, não só ao princípio democrático, como também pela inobservância de um dos principais direitos defendidos por Waldron, o direito de participar do processo legislativo.

A crítica tem espaço ao analisarmos o contexto brasileiro e as normas constitucionais vigentes. Por se tratar de uma Constituição rígida, eventuais alterações pelo Poder Constituinte Derivado Reformador, só serão admitidas após um processo legislativo difícil e diferenciado dos demais procedimentos para a criação de outras espécies normativas primárias[34]. Assim, estabelece o artigo 60, § 2º da Constituição (BRASIL, 1988) o processo

---

[31] Cláusula Pétrea prevista no artigo 60, §4º, inciso IV da Constituição Federal.

[32] Há inclusive parecer elaborado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em que se defende veementemente pela inconstitucionalidade da PEC. Para acesso: http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositório/ 0/Nota%20P%C3%BAblica%20sobre%20a%20Redu%C3%A7%C3%A3o%20da%20Maioridade%20Penal.pdf.

[33] A Constituição prevê mais 2 (dois) instrumentos de participação direta da população na tomada de decisões tais como: plebiscito e iniciativa popular.

[34] As espécies normativas primárias são assim denominadas pois retiram seu fundamento de validade diretamente da Constituição, logo são passíveis de controle de constitucionalidade. No ordenamento constitucional brasileiro existem 7 (sete) espécies, quais sejam: Emendas à Constituição, Leis Complementares, Leis Ordinárias, Leis Delegadas, Medidas Provisórias, Decretos Legislativos e Resoluções.

legislativo especial referente a aprovação das Propostas de Emendas à Constituição, que deverá ocorrer em dois turnos de votação, sendo que em cada um é necessário os votos de 308 deputados federais e 49 senadores. Em contrapartida, impugnada determinada emenda via ADI[35] ou outra ação do controle concentrado[36], estabelece a Constituição em seu artigo 97[37], que pelo voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal, no caso, o Supremo Tribunal, poderá haver a declaração de inconstitucionalidade da norma atacada. Esse número equivale a 6 (seis) votos dos Ministros do STF. A crítica de Waldron e Berman faz sentido, tendo em vista a desproporcionalidade que existe entre o processo de aprovação de uma PEC no Congresso e a declaração de sua inconstitucionalidade pelo Supremo.

Para concluir, Waldron, diferentemente de Tushnet, adota um posicionamento temperado com relação a extinção do *judicial review*, apenas exclui de sua apreciação controvérsias geradoras de intenso e aprofundado debate na seara da moralidade política, tais como união de pessoas do mesmo sexo, redução da maioridade penal, financiamento de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas, (...) essas para Waldron são questões centrais (não marginais) de filosofia política, e não simples questões interpretativas de direitos constitucionalmente assegurados. Nesses termos, seria preferível deixa-las sob a responsabilidade dos legisladores, e não dos juízes. (FERNANDES, 2014, p. 207).

3 A PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO 33/2011

3.1 Alteração da cláusula de reserva de plenário

Embora haja o consenso de que a atuação típica do legislador deve ater-se precipuamente aos ditames estabelecidos no texto constitucional, de modo que os resultados de sua atividade estejam paralelo e compatível com os princípios e normas elencados na Constituição, o modelo de controle de constitucionalidade, ou seja, o meio para verificar a compatibilidade dos atos normativos primários com o texto maior, não está imune às críticas.

[35] Ação Direta de Inconstitucionalidade.

[36] É importante destacar que se admite o controle de constitucionalidade preventivo de Proposta de Emenda Constitucional pelo Judiciário via o manejo do Mandado de Segurança. Todavia, é possível apenas nos casos de defesa do direito líquido e certo ao devido processo legislativo que o parlamentar faz jus. No caso de o impetrante ser Senador exige-se que a PEC esteja tramitando no Senado, e se Deputado que a PEC esteja em trâmite na Câmara dos Deputados.

[37] A regra constante do artigo 97 da Constituição recebe o nome de Cláusula de Reserva de Plenário.

Ao abordar a imutabilidade das decisões judiciais em sede de controle concentrado, surge posições das mais variadas cores, dentre as quais, a quem caberia, legitimamente, a detenção da última palavra no tocante a interpretação da Constituição.

A necessidade de implementação de novas regras concernentes ao devido processo legal nas declarações de inconstitucionalidade dos atos normativos pelo Supremo Tribunal Federal, e a participação do Poder Legislativo nessas decisões, são elementos que compõe o desiderato da Proposta de Emenda à Constituição nº 33/2011. De fato:

> (...) os intensos desacordos e desavenças, na sociedade (sobretudo nos grandes temas de *moralidade política*) favorecem uma releitura dessa perspectiva clássica de sobreposição e distanciamento na prática da jurisdição e da atuação do legislador. (FERNANDES, 2011, p. 1232).

A presente PEC[38] trazia singelas, porém, importantes alterações no texto da Constituição, desde o estabelecimento de um quórum qualificado para a declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos até a possibilidade de participação popular em eventual controvérsia entre os poderes legislativo e judiciário. A primeira delas é a modificação da cláusula de reserva de plenário prevista no artigo 97 da Constituição (BRASIL, 1988), exigindo o quórum especial de 4/5 dos membros do órgão especial ou do tribunal pleno para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. No caso, por exemplo, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais[39], o Órgão Especial, para declarar que determinada lei ou ato normativo municipal/estadual não guarda compatibilidade com a Constituição do Estado, necessitaria do voto de 20, dos 25 desembargadores que o compõe.

Percebe-se o estabelecimento de regras mais rígidas no exame e julgamento das representações de inconstitucionalidade nos Tribunais Estaduais e ações diretas no Supremo, com fito de fortalecer as deliberações legislativas em face da decisão tomada em sede jurisdicional. Nessa linha, a mudança institucional esculpida na PEC 33/2011, também busca aprimorar a divergência de posicionamentos dos magistrados ao julgar questões atinentes à efetividade da Constituição.

Em *Diálogos institucionais: a PEC/33 e o discurso jurídico no Legislativo e no Judiciário*, Thomas da Rosa Bustamante e André Almeida Villani, aduzem:

---

[38] Proposta de Emenda à Constituição.

[39] Nos termos do artigo 33, inciso I, alínea C do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao Órgão Especial é dado a competência para processar e julgar, originariamente, *verbis*: a ação direta de inconstitucionalidade e de lei ou ato normativo estadual ou municipal, a declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual, em face da Constituição do Estado, e os incidentes de inconstitucionalidade.

> Nesse sentido, o aumento do quórum disposto na PEC, mesmo que numa instituição judicial, parece dar maior importância à decisão do legislador diante do quadro de desacordo natural existente na sociedade, já que se pode presumir que os argumentos utilizados no debate teriam de ser melhores para que pudessem convencer, não apenas a metade mais um dos magistrados, mas quatro quintos deles, quando da decisão de um conflito de sede constitucional. (BUSTAMANTE; VILLANI, 2013, s/p).

Em se tratando de questões constitucionais relacionadas a direitos fundamentais dos indivíduos, merece destaque as considerações exaradas acima acerca do posicionamento de Jeremy Waldron sobre o surgimento de controvérsias ou desacordos e a necessidade de se tomar uma decisão. É cediço que, por variadas vezes os debates entre legislativo e judiciário estão intimamente ligados a direitos e garantias dos indivíduos, basta ver a gama de exemplos elencados em linhas anteriores.

Crítico do *judicial review* e dos efeitos das decisões judiciais no processo legiferante, Waldron reserva ao Legislativo um maior grau de legitimidade para deliberar sobre temas constitucionais sensíveis, ou seja, ao considerar o sistema eleitoral vigente[40] no Brasil, as decisões oriundas dos "desacordos razoáveis", deveriam partir de um ambiente onde há verdadeiramente uma participação popular, em que se assegure, por meio dos representantes eleitos pelo voto, a igualdade de deliberação dos membros da sociedade. Nesse sentido, "ele critica duramente o *judicial review* e entende que quem tem que decidir as grandes questões que geram intenso *desacordo* (que envolvem "moralidade política") é o legislador devido sobretudo a "dignidade" especial que a lei é dotada". (FERNANDES, 2014, p. 207).

Com a alteração da cláusula de reserva de plenário, há uma tentativa de se mitigar o poder de revisão pelo Judiciário, eis que, ao fixar um valor numérico específico (4/5) para a declaração de inconstitucionalidade das leis ou atos normativos, estar-se-ia, não só, intensificando o grau divergente de opiniões dos membros das Cortes, como também, estabelecendo a necessidade de utilizar-se de argumentos mais sólidos e convincentes entre os magistrados para se sobrepor às razões do legislativo, ou seja, "*terá de haver nítida e clara homogeneidade no entendimento da Suprema Corte"*[41].

---

[40] De acordo com a Constituição brasileira de 1988, há 02 (dois) sistemas eleitorais, o majoritário e o proporcional. O primeiro, em regra, elege os membros do Poder Executivo e tem como espécies o sistema puro/simples ou de maioria absoluta, ao passo que ao segundo, é reservado, a eleição dos membros do Poder Legislativo, com exceção dos Senadores.

[41] Parte do texto de justificação da Proposta de Emenda 33/2011.

3.2 Precedente Judicial e as Súmulas Vinculantes

O inchaço do Poder Judiciário e a imperiosa necessidade de criar mecanismos para soluções céleres e imediatas de causas que guardem identidade entre si, funcionam como a mola propulsora de valorização dos precedentes judiciais.

No plano infraconstitucional, o fenômeno encontra importante exemplo no Código de Processo Civil (BRASIL, 1973), precisamente em seu artigo 285-A, acrescentado pela Lei 11.277 (BRASIL, 2006), onde há previsão de um julgamento *prima facie* ou, em outras palavras, julgamento imediato de causas repetitivas[42]. Em termos práticos, o instituto permite ao juiz, na análise de uma petição inicial, julgar antecipadamente o feito, dispensando-se a citação da parte contrária, desde que reunidos os seguintes pressupostos: (I) a matéria ventilada seja unicamente de direito; (II) preexistência de casos idênticos de improcedência; (III) os casos estejam em conformidade com a jurisprudência do Tribunal hierarquicamente superior.

Na Constituição (BRASIL, 1988), a autoridade do precedente judicial encontra guarida no artigo 103-A, que, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45[43] (BRASIL, 2004), prevê a possibilidade de criação de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal, após reiteradas decisões de entendimento uniforme entre os Ministros, que versem sobre matéria de cunho constitucional.

A PEC 33/2011, em seu artigo 2º, fincava novas regras quanto devido processo de criação das súmulas vinculantes pelo Supremo. Assim, ventilou-se a necessidade de se alterar a redação do artigo 103-A da Constituição (BRASIL, 1988) e seus respectivos parágrafos, para aumentar o quórum necessário de aprovação da súmula de 2/3 para 4/5, ou seja, seria necessário a manifestação de 9 Ministros, e, seu respectivo efeito vinculante, estaria condicionado à apreciação pelo Congresso Nacional, em sessão conjunta, após o voto da maioria absoluta de seus membros.

Não é de se estranhar a afirmação de que a súmula vinculante brasileira é uma "espécie de jabuticaba", ou seja, só encontra previsão no Brasil. Em regra, o ordenamento jurídico pátrio, com aspiração no modelo romano-germânico, adota o sistema conhecido como *civil law*, em que a lei assume a função precípua de fonte do direito. Todavia, a jurisprudência, mormente após a reforma do judiciário em 2004, tem assumido papel

[42] Também chamada de julgamento antecipadíssimo da lide.
[43] Comumente conhecida como "reforma do judiciário".

relevante quando da interpretação e aplicabilidade do direito, funcionando muitas vezes como um substitutivo da lei. De fato, a consolidação de entendimentos jurisprudenciais, por si só, não pode ser vista como algo prejudicial, ao contrário, muitas das vezes servem de referência para se evitar um retrocesso interpretativo do direito.

O grande questionamento que se faz ao instituto é o grau de seu efeito e suas consequências. As súmulas vinculantes têm assumido o papel de resolver conflitos prospectivos com força de lei, ou seja, aprovado o texto sumular, seu sentido e alcance passa a ter, não só, aplicabilidade e observância obrigatória aos demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública direta e indireta, como também para os jurisdicionados. Nesse ponto, vale tecer importantes considerações.

A existência de variadas formas de interpretação das normas, atrelada a independência funcional dos magistrados, revela o primeiro fator preponderante para questionar a própria validade das súmulas vinculantes. Em outras palavras, a solução de casos concretos, sujeitos abstratamente a incidência da súmula, podem variar de acordo com a interpretação a ser aplicada pelo julgador no exercício de seu livre convencimento, e, de todo modo, não é crível, quando da aplicação do direito, a instância superior fixar um método interpretativo rígido, haja vista que, as demandas, mesmo que semelhantes na causa de pedir ou pedido, guardam as suas devidas particularidades.

Noutro giro, abre-se também a seguinte discussão: tendo a súmula vinculante força de lei, em caso de conflito entre o enunciado jurisdicional e as leis ou outros atos normativos primários, qual deverá prevalecer? Evidentemente, conforme se depreende do próprio raciocínio do instituto, os aplicadores do direito não poderão afastar a aplicação da súmula por entenderem haver vícios de legalidade. Aqui reside a principal digressão, pois, neste caso, um Poder não sujeito ao controle popular realiza uma atividade verdadeiramente atípica, qual seja, de legislar. Novamente, impende ressaltar a teoria de Waldron no tocante ao direito de participação na tomada de uma decisão. Como atribuir efeito vinculante aos jurisdicionados, se não houve, no processo de criação da súmula, a devida observância ao princípio da igualdade, corolário do poder de cada membro da sociedade em participar do devido processo deliberativo? Nesse ponto, a PEC 33/2011 condicionava o efeito vinculante dos enunciados, à deliberação das casas legislativas federais.

A alteração constitucional não seria, à primeira vista, equivocada, pelas seguintes razões: (I) a comunicabilidade entre os poderes, quando da tomada de uma decisão, não é fator estranho ao ordenamento jurídico brasileiro, na verdade há previsão constitucional semelhante, nos casos de derrubada do veto presidencial. Por exemplo, aprovado certo projeto

de lei, esse é encaminhado ao Presidente da República para sanção ou veto, em caso de rejeição ao texto legal, há nova remessa ao Congresso Nacional para que, em sessão conjunta, delibere sobre o ato presidencial, podendo ser afastado o veto pelo voto da maioria absoluta dos congressistas[44]. (II) se os enunciados adquirem efeito vinculante aos jurisdicionados, nada mais acertado submeter o texto sumular à apreciação do órgão de representatividade popular, sem que isso implique necessariamente violação à separação dos poderes.

Não se trata de prevalência ou sobreposição, de modo que a deliberação de um poder possa ser anulada ou compensada pelo outro, mas sim, uma distribuição dinâmica de funções entre legislativo e judiciário, em questões atinentes ao interesse popular e de efeito vinculante. Nesse passo, a PEC 33/2011 não parece usurpar nenhuma competência constitucional que seja reservada ao Judiciário, apenas estabelece um novo paradigma institucional de verdadeira cooperação dos órgãos quando se trata de decidir temas de interesse da sociedade.

3.3 Pluralismo argumentativo entre os Poderes

As razões elencadas acima, acerca do protagonismo judicial, mormente no Brasil, a partir dos ditames estabelecidos pelo Poder Constituinte Originário, levam à análise da última alteração proposta pela PEC 33/2011 em seu artigo 3º.

O texto estabelecia que, as declarações de inconstitucionalidade material de emendas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal não produziriam efeito vinculante e eficácia contra todos imediatamente, devendo a decisão ser submetida a uma nova análise das Casas Legislativas, e, ao final, havendo posicionamento contrário à declaração, o feito seria submetido ao crivo popular. Novamente, estabeleceu-se uma forma de valorizar as deliberações legislativas em prol do posicionamento tomado em sede jurisdicional. Como já descrito, o processo legislativo especial em relação às emendas encontra fortes exigências constitucionais, tanto em sua fase deliberativa quanto na constitutiva, ao passo que a declaração de sua inconstitucionalidade na Corte se baseia em um procedimento dotado de menor rigidez.

Nesse tópico vale apontar as digressões exaradas acerca da argumentação utilizada a

[44] Na dicção no texto constitucional, a chamada "derrubada do veto" possui o seguinte procedimento: (I) ao vetar o projeto de lei, o Presidente da República envia, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, para o Presidente do Senado, o veto e sua respectiva fundamentação; (II) o Presidente do Senado submete à análise do Congresso Nacional para que, em sessão conjunta, a ser realizada dentro de 30 (trinta) dias a contar do recebimento do feito, delibere, em votação aberta, acerca da derrubada ou não do ato presidencial.

depender do ambiente em que se encontra a deliberação. Os debates realizados nas casas legislativas se convergem para um raciocínio político, até mesmo pela própria natureza institucional, destoados muitas das vezes de questões principiológicas e hermenêuticas, lado outro, "tribunais constitucionais, onde argumentos de política não se fazem necessários, teriam a capacidade de expor mais claramente argumentos morais para a sociedade quando da análise de questões de direitos fundamentais". (BUSTAMANTE; VILLANI, 2013). Hipoteticamente, impugnado certo texto de emenda constitucional, quando da deliberação pelo Supremo, a argumentação preponderante entre os Ministros não estaria vinculada a posições políticas, mas sim, calcada em exposições de princípios, regras de hermenêutica, ou seja, consubstanciada em uma argumentação puramente jurídica do texto constitucional. Dessa feita, o reexame da decisão judicial favorece o pluralismo argumentativo para a deliberação no Congresso, eis que, os parlamentares não estariam adstritos apenas ao aspecto político, mas também, à leitura jurídica da Constituição elaborada pelo Supremo, privilegiando, não só, a gama argumentativa, como também, enriquecendo o debate dos congressistas.

A grande questão que se coloca é acerca do procedimento escolhido, em caso de divergência legislativa da decisão do Supremo Tribunal. Na ocorrência de posicionamentos antagônicos entre o Congresso e a Corte, o artigo 3º da proposta de emenda constitucional estabelecia a submissão do feito à consulta popular. Longe de ser o ideal, a PEC 33/2011 buscava aprimorar a democracia participativa no Brasil, ao tentar inserir a sociedade civil nos arranjos políticos e jurídicos das instituições. Malgrado a inovação intentada pelo Poder Constituinte derivado reformador, a ideia de intervenção popular no controle de constitucionalidade, no caso, de Emendas à Constituição, não encontra posições favoráveis, haja vista a ausência de um instrumento de participação popular específico para a hipótese.

É cediço que, no atual modelo constitucional brasileiro, em regra, há a prevalência de uma democracia representativa, eis que a vontade popular se manifesta por meio de representantes eleitos pelo sufrágio universal. Excepcionalmente, a Constituição (BRASIL, 1988) prevê veículos que remontam à uma democracia direta participativa, tais como o plebiscito e o referendo, na exata dicção do artigo 14 do texto constitucional (BRASIL, 1988), regulamentado pela Lei 9.709 (BRASIL, 1998). Ambos são convocados via decreto legislativo pelo Congresso Nacional, e, basicamente, a diferença se materializa no momento de sua propositura: no plebiscito a convocação se dá previamente à criação do ato legislativo ou administrativo, ao passo que no referendo a convocação é posterior, cabendo ao povo ratificar ou rejeitar a proposta. No caso da PEC, aparentemente, o instrumento adequado seria

o segundo, porém, apenas de maneira “aparente”, “o problema é que um referendo ou uma consulta semelhante não faz necessariamente, com que a população entre num debate onde esse tipo de argumentação é utilizada”. (BUSTAMANTE; VILLANI, 2013).

De fato, tratar-se-ia de uma simples opção negativa ou positiva pelo eleitorado, esvaziando, dessa forma, a pluralidade argumentativa levantada linhas atrás, como também, possibilitaria uma espécie de escusa da responsabilidade estatal diante do papel constitucional cometido ao ente público, eis que, o agente político, em caso de uma decisão popular com efeitos negativos, poderia, digamos “lavar suas mãos”, como o fez Pôncio Pilatos[45] na ocasião do julgamento de Jesus Cristo.

Todavia, é possível argumentar no sentido de que, a participação popular no controle de constitucionalidade preventivo e repressivo, mesmo que não tenha interferência direta na tomada da decisão, já encontra guarida, por exemplo, nas audiências públicas realizadas no Legislativo e Judiciário, na possibilidade presencial da figura do amigo da corte ou, em latim, *amicus curiae*, conforme previsão na Lei 9.868[46] (BRASIL, 1999), em seu artigo 7º, §2º, que admite, ao relator, em matérias tidas como relevantes, convocar ao julgamento, órgãos ou entidades que possam contribuir com o debate.

Em linhas anteriores, foi exposta a possibilidade de intervenção popular em questões de relevante interesse social ainda submetidas à deliberação do Congresso Nacional, como por exemplo a redução da maioridade penal. Nesses casos, ao contrário do que ora se expõe, a participação das camadas populares se daria de forma prévia, ou seja, antes mesmo da edição do texto normativo, legitimando e prestigiando sobremaneira a democracia participativa.

4. CONCLUSÃO

O presente artigo teve o condão de analisar o protagonismo judicial e os elementos que impulsionaram sua progressão no cenário institucional brasileiro, dentre os quais, a precípua guarda da Constituição ao Supremo Tribunal Federal. Haja vista os fundamentos, positivo e negativo, das opções político-institucionais do Poder Constituinte Originário, mostra-se imperiosa a reabertura da discussão acerca dos limites e o grau de atuação do Poder Judiciário, notadamente quanto a debates sobre temas estritamente políticos.

Cediço que, as modificações necessárias à promoção de um espírito verdadeiramente

[45] Bíblia Sagrada, JOÃO, 19, 15-16, Novo Testamento.

[46] Legislação que dispõe sobre o trâmite das Ações Diretas de Inconstitucionalidade e Declaratórias de Constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal.

democrático da Constituição, devem concretizar-se a partir de uma ampla e íntima reforma, não apenas eleitoral, mas também político-estrutural, de modo a estabelecer um novo arranjo entre as instituições no tocante à interpretação das normas constitucionais, e seu alcance.

Muito embora o clássico princípio da separação dos poderes já possuía profundas raízes no tocante à repartição do poder político, atualmente, sua incidência exige maior adequabilidade ou harmonização, dada as diversas exigências e mutações sociais ocorridas desde a promulgação da Constituição. Nesse sentido, a PEC 33/2011, apresentava fortes argumentos para um novo desenho institucional no Brasil, dentre eles, o diálogo argumentativo entre legislativo e judiciário no controle de constitucionalidade via ação das emendas constitucionais, bem como a interferência do Congresso Nacional no devido processo de criação das súmulas vinculantes. Vale dizer, a mudança constante da aludida Proposta de Emenda, entabulava um novel papel do Poder Legislativo, como, por exemplo, sua corresponsabilidade na guarda da Constituição.

Nessa esteira, permite-se concluir que, o grau de legitimidade das decisões, no cenário constitucional contemporâneo, está intimamente ligado à sua circularidade nos poderes constituídos, de modo a prestigiar, não apenas o pluralismo argumentativo entre as instituições, como também a uniformização de entendimento entre as respectivas instituições envolvidas na deliberação.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luís Cláudio Martins de. **Supremacia ou Diálogos Judiciais?** O desenvolvimento de uma jurisdição constitucional verdadeiramente democrática a partir da leitura institucional. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/19791312>. Acesso em: 22 de jan. de 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em <www.oab.org.br/editora/revista/users/.../1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 18 de dez. de 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Passe livre a portadores de deficiência. Declaração de Constitucionalidade. ADI 2649, Relator (a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 08/05/2008, DJe-197 DIVULG 16-10-2008 PUBLIC 17-10-2008 EMENT VOL-02337-01 PP-00029 RTJ VOL-00207-02 PP-00583 LEXSTF v. 30, n. 358, 2008, p. 34-6.

_____, Supremo Tribunal Federal. Infidelidade Partidária. Constitucionalidade. ADI 3999, Relator (a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 12/11/2008, DJe-071 DIVULG 16-04-2009 PUBLIC 17-04-2009 EMENT VOL-02356-01 PP-00099 RTJ VOL-00208-03 PP-01024.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa; VILLANI, André Almeida. **Diálogos institucionais**: A PEC 33 e o discurso jurídico no Legislativo e no Judiciário. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=63f2376b07a18fdc>. Acesso em: 18 de mar. de 2015.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. Belo Horizonte: Jus Podivm, 2014.

LOIS, Cecília Caballero; MARQUES, Gabriel Lima. **Reforma Política e Diálogos Institucionais**: novas possibilidades de superação da judicialização da política no Brasil. Disponível em < www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=470e7a4f017a5476>. Acesso em 17 de fev. de 2015.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

TUSHNET, Mark. **Taking the constitution away from the courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Pre. 1999.