

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

MIRELLE MONTE SOARES

**A CRISE FUNCIONAL DO ESTADO CONTEMPORÂNEO:
JUÍZES-LEGISLADORES *VERSUS* LEGISLADORES-JUÍZES**

**SÃO LEOPOLDO
2015**

Mirelle Monte Soares

A Crise Funcional do Estado Contemporâneo:
juízes-legisladores *versus* legisladores-juízes

Dissertação apresentada como requisito
parcial para obtenção do título de Mestre
em Direito, pelo Programa de Pós-
graduação em Direito da Universidade do
Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. José Luis Bolzan de Moraes

São Leopoldo

2015

S676c

Soares, Mirelle Monte

A crise funcional do estado contemporâneo: juízes-legisladores versus legisladores-juízes. / Mirelle Monte Soares -- 2015.

160 f. : il. ; color. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2015.

Orientador: Prof. Dr. José Luis Bolzan de Moraes.

1. Direito constitucional. 2. Estado contemporâneo. 3. Crise funcional. 4. Judiciário. 5. Legislativo. 6. Diálogo institucional. I. Título. II. Moraes, José Luis Bolzan de.

CDU 342

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL Mestrado

A dissertação intitulada “A CRISE FUNCIONAL DO ESTADO CONTEMPORÂNEO: JUÍZES-LEGISLADORES VERSUS LEGISLADORES-JUÍZES”, elaborada pela mestranda **Mirelle Monte Soares**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 10 de março de 2015.


Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

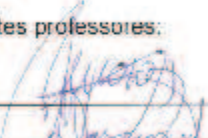


Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes

Membro: Dra. Valéria Ribas do Nascimento

Membro: Dr. Wilson Engelmann

Aos meus pais e Manoel Monte (*in memoriam*).

MEUS SINCEROS AGRADECIMENTOS

A Deus e a Nossa Senhora de Fátima, que me sustentam a cada segundo;

Aos meus avós Manoel Monte, Isaura, Nina, Maria, Julieta e Francisco, que me guardam com especial cuidado e intervêm lá de cima;

A Meu pai, minha mãe e minhas irmãs, que sempre me estimularam pra frente e deram o suporte que eu precisava pra transformar esse sonho em realidade;

Ao Fabrício, pela compreensão e participação, e toda a família Fortes, que rezou para que tudo desse certo;

À Unisinos e ao PPGD, em especial ao professor Wilson, e também Vera e Ronaldo, pela paciência comigo;

Ao meu orientador, professor Bolzan, que tudo me ensinou, foi paciente e compreensivo comigo;

À Jacqueline, colega de mestrado e amiga pra toda a vida;

Às minhas amigas psicólogas, que fizeram meus dias sozinha serem mais engraçados;

Ao Tarsillo, pela companhia em terras gaúchas; à Raquel, Monise, Bruna, Lívia, André Nogueira e Juliana, por torcerem por mim sempre.

“Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia”.¹

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 339**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 23 jul. 2013.

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar a crise funcional do Estado Contemporâneo, através de uma abordagem hermêutico-filosófica. Em primeiro, contextualizar-se-á o Estado, mostrar-se-á em que modelo ele hoje está inserido e de que crise trata a dissertação, para em seguida explicar uma de suas subdivisões: a crise funcional. Esta será analisada em seu viés interno e externo. Internamente, estudar-se-á a crise entre Legislativo e Judiciário, demonstrando-se que o Judiciário efetivamente cresceu, em decorrência de agora estar dentro de um Estado Social e que, além desse crescimento involuntário, ele também passou a ocupar e usurpar uma função que não era constitucionalmente de sua competência, passando a fazer uma verdadeira produção normativa. Uma vez mostrada a ação, discutir-se-á sobre a reação legislativa: seus limites e possibilidades. Por fim, concluir-se-á que o Estado realmente está em crise e que as funções tradicionais precisam assumir novos lugares no cenário democrático aceitando inclusive a entrada e participação de novos atores, que fazem parte de sua crise funcional externa.

Palavras-chave: Estado contemporâneo. Crise funcional. Judiciário. Legislativo. Diálogo institucional.

ABSTRACT

This essay discusses the functional crisis of the contemporary state, through a hermetic-philosophical approach. First, will contextualize the state in which model it is now part of that crisis and this is the dissertation, then explain to one of its phases will show up: the functional crisis. As the intention is to remain exclusively in the crisis between legislature and judiciary, will prove that the judiciary effectively increased, due to now living in a welfare state and that, beyond this involuntary growth, he also began to occupy and usurping a function that was not constitutionally within its competence, becoming a true normative production. Once shown the action, will be discussing about the legislative reaction: its limits and possibilities. Finally, we will conclude that the state really is in crisis and that the traditional functions must take place in the new democratic scenario, even accepting the input and participation of new actors.

Key-words: Contemporary state. Functional crisis. Judiciary. Legislature. Institutional dialogue

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 - Gasto social total per capita (R\$2011).....	27
Gráfico 2 - Distriuição dos Autores (1988-2005)	44
Gráfico 3 - Distribuição annual das Adins de associações (1988-2005)	103
Gráfico 4 - Processos Distuídos por ano e governo, segmentados por tipo de requerente	107
Gráfico 5 - Requerentes por Governo	108
Gráfico 6 - Entidades Corporativas (Global).....	109
Gráfico 7 - Entidades Corporativas Agrupadas - Segmentos (F/E)	110
Gráfico 8 - Entidades Corporativas por Governo, Pencentual.....	111
Gráfico 9 - Requerentes - Participação Global	112

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Distribuição dos Autores versus Períodos do Governo	43
Tabela 2 - Autores de Ações Cíveis Públicas (1996-2001*)	99
Tabela 3 - Autores de Ações Cíveis Públicas (1985-1996)	99
Tabela 4 - Julgamento das Liminares Adins por Tipo de Autor (1988-2005).....	101
Tabela 5 - Adins de Associação de empresários por segment da economia (1988-2005)	103
Tabela 6 - Adins de Trabalhadores por Categorias e Centrais Sindicais (1988-2005)*	104
Tabela 7 - Autores de Adins Contra Medidas Provisórias por Períodos de Governo (1988-2005).....	105

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Adin ou ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
PEC	Proposta de Emenda à Constituição
PGR	Procuradoria Geral da República
PRC	Projeto de Resolução
STF	Supremo Tribunal Federal
TSE	Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 A CRISE FUNCIONAL DO ESTADO CONTEMPORÂNEO	16
2.1 Crise do Estado Contemporâneo	25
2.1.1 Crise Funcional do Estado	28
2.2 A Evolução da Funcionalidade do Estado	34
2.2.1 Controle de Constitucionalidade	38
2.3 A Especialização das Funções Ainda Funciona?	41
2.3.1 O Papel do Judiciário no Estado Contemporâneo	454
3 DE UM LADO DO COMBATE: A AÇÃO JUDICIÁRIA	510
3.1 O Agigantamento do Judiciário	521
3.1.1 Judicialização da Política	532
3.1.2 Ativismo Judicial	565
3.1.2.1 <i>Verticalização das Coligações Partidárias</i>	643
3.1.2.2 <i>Fidelidade Partidária</i>	665
3.1.2.3 <i>Fetos Anencéfalos</i>	709
3.1.2.4 <i>Casamento Homossexual</i>	710
3.2 Juízes-Legisladores?	754
4 DO OUTRO LADO DA ARENA: A REAÇÃO LEGISLATIVA	82
4.1 Legisladores-Juízes?	84
4.2 Limites à Reação Legislativa	85
4.3 Quem tem Medo da Política?	95
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS OU O CONFRONTO: LEGISLADORES-JUÍZES VERSUS JUÍZES LEGISLADORES	114
REFERÊNCIAS	122
ANEXO A - PEC Nº 03/2011	127
ANEXO B - PARECER DO RELATOR NA CCJ	129
ANEXO C - EXTRATO DA MOVIMENTAÇÃO	136
ANEXO D - PEC Nº 33/2011	139
ANEXO E - PARECER DO RELATOR NA CCJ	143
ANEXO F - VOTO EM SEPARADO DO DEPUTADO PAES LANDIM	147
ANEXO G - EXTRATO DA MOVIMENTAÇÃO	153
ANEXO H - PRC Nº 21/2011	157
ANEXO I - EXTRATO DA MOVIMENTAÇÃO	160

1 INTRODUÇÃO

O tema deste trabalho é a crise funcional do Estado Contemporâneo, que passa por algumas crises, definidas pelo Professor Moraes. Nesta dissertação pretende-se estudar uma delas: a crise funcional. Esta será didaticamente dividida em interna e externa. Ao se falar em crise funcional interna, entender-se-á a crise vivida dentro do próprio Estado, entre as três funções. Ao se mencionar a crise externa, estar-se-á tratando da relação entre as funções e algum fator externo, extra Estado. Quanto àquela, mais especificamente, definir-se-á a reação do Poder Legislativo frente ao ativismo do Poder Judiciário, definindo os limites e as possibilidades desse novo momento do Estado. Quanto à última, analisar-se-á a influência do povo – se ela existir – em relação à crise interna.

O problema da crise interna é, diante da crise funcional do Estado Contemporâneo, analisar quais as possibilidades e os limites da incipiente reação legislativa brasileira ao agigantamento do Judiciário. Como hipótese, propõe-se que há o movimento aqui definido como legisladores-juízes no Brasil, mas ele precisa obedecer tanto à soberania popular quanto aos ditames constitucionais de competência funcional, sob pena de haver indistinção entre as funções do Estado ou insatisfação popular. Quanto ao Judiciário, apesar de concretizar os direitos do povo, ele o faz de forma juridicamente errada, apegado ao solipsismo. Propõe-se como alternativa única possível que haja a superação da filosofia da consciência e que as decisões sejam feitas conforme o giro linguístico, com dialogicidade.

O objetivo geral é visualizar a crise funcional no Estado Contemporâneo. Como objetivos específicos, tem-se: demonstrar que existe a crise funcional do Estado Contemporâneo; demonstrar o aspecto interno da crise funcional, especificamente entre Legislativo e Judiciário; e analisar se há alguma influência externa – popular – e em que medida ela ocorre.

O método de abordagem utilizado foi o fenomenológico-hermenêutico, pois é o único a romper o esquema sujeito-objeto. Este método tem respaldo dentro da linha de pesquisa “Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos” da Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Portanto, a dissertação corrobora também quanto ao método de abordagem com a pesquisa realizada dentro do seu centro de estudo.

Quanto às PEC's e às análises relativas aos casos emblemáticos de ativismo judicial comentados, não é o objetivo da dissertação apenas estudar casos, mas partir

deles para mostrar a faticidade da crise estudada, tentando revelar a reação legislativa à judicialização da política e ao ativismo judicial.

Como técnica de pesquisa, utilizou-se documentação indireta, em especial a pesquisa bibliográfica. Quanto ao estudo das matérias legislativas, usou-se a documentação direta: pesquisa documental, que analisa especificamente cada uma das medidas. Estas, inclusive com os pareceres, reuniões da CCJ e um voto contrário, encontram-se em anexo, de forma que fiquem à disposição daqueles que queiram estudar aprofundadamente o tema.

No primeiro capítulo, far-se-á um estudo sobre a crise do Estado, traçando um recorte a partir de meados da década de 1970, quando efetivamente se fala da crise do Estado Social. Depois de explicar que Estado é esse, analisar-se-á um dos aspectos da sua crise: a funcional, cunhada pelo professor Bolzan. Em seguida, far-se-á um estudo sobre a evolução da funcionalidade para, em seguida, analisar se a forma tradicional de separação de funções ainda é válida.

O segundo capítulo tratará sobre a ação do Judiciário, primeiro falando sobre seu agigantamento – seja via judicialização da política, seja via ativismo judicial – para então descobrir se no Brasil também existe a figura dos juízes-legisladores. Assim, responder-se-á qual o papel do Judiciário no Estado Contemporâneo, levando em consideração que este poder sofreu um crescimento não buscado, em decorrência do surgimento do Estado Social, e um crescimento por sua própria causa, com as decisões tomadas de forma solipsista.

Uma vez analisada a ação do Judiciário, o capítulo terceiro falará sobre a reação do Legislativo. Em primeiro, mostrar-se-á que o problema do Legislativo foi também responsabilidade sua, tendo o Judiciário ocupado um lugar que estava vago em algumas questões, em decorrência da opção política do Legislativo de não produzir leis sobre temas específicos. Após, estudar-se-á a reação específica do Legislativo brasileiro, analisando suas respostas, para visualizar aqui a figura dos legisladores-juízes. Além disso, em tópico específico abordar-se-á o papel dos novos atores, surgidos com o fortalecimento da democracia e com a possibilidade de participação popular garantida na Constituição Federal. A reação legislativa, portanto, será estudada tanto em relação ao Poder Judiciário, quanto à legitimidade popular. Assim, poder-se-á dizer se essa reação foi a adequada ou se ela deve ser limitada, por meio do diálogo institucional.

Em guisa de considerações finais, mostrar-se-á o momento atual da crise funcional do Estado Contemporâneo, especificamente entre Legislativo e Judiciário, para concluir que ambos apresentam agora características diferentes das funções que tradicionalmente lhes são atribuídas, além de contarem agora com novos atores, cada vez mais partícipes, dentro da democracia brasileira.

Ao se analisar a participação desses novos atores, verificar-se-á que eles são os mais variados possíveis dentro da sociedade. Estudos feitos analisando autores de ações específicas no STF, como as Adins, comprovam que eles vão desde sociedades civis até partidos políticos; sindicatos de trabalhadores e de empresas; membros do Executivo e cidadãos comuns. Há, assim, uma efetiva representatividade da sociedade em ações. Além da via judicial, esses novos atores participam da política via extrajudicial também, como em fóruns e centros de debates. Sobre eles, concluir-se-á que sua participação é inexorável no novo momento da democracia brasileira e que os poderes devem aprender a discutir também com eles, de forma a aumentar sua legitimidade e poder de resposta aos anseios sociais.

Concluindo, este trabalho está dividido de forma a apresentar a crise funcional como um confronto entre três atores: Legislativo, Judiciário e novos atores, como a participação judicial de associação de consumidores. A arena é a crise funcional do Estado Contemporâneo. De um lado, tem-se o Judiciário; do outro, o lutador é o Legislativo – o confronto tem, até então, a estrutura tradicional de uma luta em ringues, com apenas dois competidores. Aparece, contudo, em momento posterior, um novo ator político: a sociedade civil. Em cada capítulo, portanto, há uma análise de cada elemento da disputa: arena e combatentes. Por fim, as considerações finais tratam do embate em si entre as funções e novos atores, esclarecendo, inclusive, quem deve sair vencedor da disputa: a democracia, a política e todos os três combatentes. Explicar-se-á a resposta correta para haver uma solução em que todos vencem a disputa. Para o Judiciário, o giro linguístico; para o Legislativo, o cumprimento da sua competência constitucional de legislar, saindo da omissão em que se encontra, voltando a ser o locus estatal privilegiado de discussões. Para ambos: a inserção dos novos atores, não estatais, na discussão e tomada de decisões políticas, seja judicial ou extrajudicialmente.

2 A CRISE FUNCIONAL DO ESTADO CONTEMPORÂNEO

Ao se falar em Estado, é inexorável falar também de sua crise. Desde a década de 70, fala-se, em específico, da crise do Estado de Bem Estar Social – aquele que se coloca como necessariamente interventor, com a finalidade de alcançar a justiça social. Além dela, o próprio conceito de Estado vem mudando e perdendo espaço para outros agentes, sejam regionais, sejam globais. Sua crise, estudada em todo o mundo, é dividida de várias formas e sob vários olhares, a fim de se analisar seus vários aspectos.

Martin van Creveld, em seu livro “Ascensão e Declínio do Estado”, após fazer a construção histórica desde o aparecimento das formas pré-estatais, analisa os motivos, para ele, do declínio do Estado. Ele divide a crise em alguns setores: decadência das grandes guerras; recuo do Estado de Bem Estar; internacionalização da tecnologia; ameaça à ordem interna; e a retirada da fé².

De acordo com seu primeiro setor, as grandes guerras deram aos Estados o motivo necessário para conseguir mobilizar enorme quantidade de recursos e criar fortes forças armadas³. Ainda pior: com o surgimento da bomba atômica, o mundo corria o risco da extinção. Somado a esse medo do fim do ser humano, por causa da tecnologia bélica, o preço altíssimo de tal tecnologia e a desnecessidade de forças armadas maciças – já que houve o declínio das grandes guerras, devido ao temor já mencionado – as grandes guerras passaram a não mais fazer sentido e isso refletiu na soberania estatal, porque ela agora não poderia mais ser absoluta: era perigoso demais que se deixasse um Estado declarar guerra a qualquer custo⁴. Daí então surge a ideia de se criarem organizações internacionais, acima dos Estados, que interferissem em caso de guerra.

Portanto, com o fim das grandes guerras, o Estado passou a ter uma limitação na sua soberania, podendo declarar guerra apenas em caso de legítima defesa, sob pena de ter que arcar com alto preço político, caso contrariasse as determinações internacionais⁵.

Quanto ao segundo motivo atribuído pelo autor ao declínio do Estado, este seria a crise do Estado do Bem Estar. Com o fim das grandes guerras, os Estados

² CREVELD, Martin van. **Ascensão e declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

³ Ibid., p. 484.

⁴ Ibid., p. 501.

⁵ Ibid., p. 506.

passaram a crescer internamente. Para isso, era necessário que se aumentassem os recursos nas mãos deles e depois que se os redistribuíssem nas mãos dos grupos mais necessitados. Acontece que, aumentando o Estado e sua assistência social, aumenta-se necessariamente a burocracia estatal e sua interferência na economia. Como consequência, a parcela do PIB destinada ao governo também cresceu.

No entanto, o aumento vertiginoso do preço da energia na década de 1970; a intensificação da concorrência do leste asiático e o próprio êxito do Estado do Bem Estar causaram o início do seu declínio. Em relação ao último fator, quanto mais direito se conquista, mais direito se passa a ter. Por exemplo, se o Estado garante o direito à moradia, então ele deve dar casas a quem não tem; mas, uma vez que se tem casas, passa-se a ter o direito de mobiliá-las, de ter energia elétrica, saneamento básico. Assim, a ascensão do Estado Social gera seu próprio declínio, em decorrência do crescimento exponencial de seus gastos, gerando déficits governamentais e inflação.

Isso gerou o descontentamento dos cidadãos, que passaram a votar em políticos que limitassem o poder e o crescimento do Estado. Houve, então, uma diminuição nas prestações fornecidas por ele e, junto a elas, reduziu-se também sua qualidade. Como consequência, trocou-se a teoria keynesiana por economistas liberais, como Gustav Hayek e Milton Friedman⁶, gerando uma onda de privatização de empresas antes nacionalizadas – e que se tornaram cabides de empregos, ineficientes, causando perdas e déficits – e de terceirizações. Todo esse movimento acelerou-se ainda mais com o fim do bloco comunista, abrindo ainda mais espaço internacional para os exemplos capitalistas e liberais, diminuindo o tamanho e o poder de influência dos Estados.

O terceiro motivo analisado por Creveld é a internacionalização da tecnologia. Segundo ele, foram as tecnologias que permitiram aos Estados chegar com seu poder e suas leis e se manter em todos os cantos de seus territórios. Ocorre que, se de um lado elas serviram para aumentar e consolidar tal poderio, de outro elas ajudaram a diminuir seu poder e fazer surgir um mundo sem fronteiras ou barreiras, em que a informação está ao alcance de todos e a qualquer tempo.

As novas tecnologias, como a ferroviária ou aérea, não dependem apenas de um Estado, elas devem ser unificadas, acessadas internacionalmente, sob pena

⁶ CREVELD, Martin van. **Ascensão e declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 527.

dessas formas estatais perderem guerras comerciais, por exemplo, devido ao custo do transporte não integrado.

Ainda mais, o risco ambiental se tornou global. Como a natureza mesma não possui fronteiras, um dano ambiental em dado país poderia levar consequências a vários outros. Um rio, por exemplo, não fica poluído apenas do lado do país de cujo vazamento saiu, mas ele carrega na sua correnteza a poluição e o prejuízo até desaguar no mar – e de lá os danos prosseguem. Assim, se fez urgente que os Estados obedecessem a normas internacionais de segurança e proteção ambiental. Não adianta mais apenas acordos bilaterais, é preciso que as decisões sejam tomadas e obedecidas em esfera global⁷. Tão grande é essa necessidade, que nem potências como China e Estados Unidos conseguiram ficar isoladas e também aderiram a alguns acordos e organizações, como à Organização Mundial do Comércio e à ONU.

Há ainda o fato de que as economias estão integradas, devendo as moedas ser calculadas umas com base nas outras. Dessa forma, a fronteira entre os Estados se torna cada vez mais transparente, enfraquecendo tanto o território quanto a soberania estatal, que agora encontra limites nesses acordos internacionais.

Quanto à ameaça à ordem interna, o autor fala que pela primeira vez na história todas as superpotências mundiais perderam conflitos contra insurgentes ou terroristas nos últimos cinquenta anos, iniciando uma nova fase no campo da defesa nacional⁸ e da guerra.

Nessa nova fase, os armamentos menos eficientes são os mais pesados. São as forças leves, como polícia uniformizada e à paisana e infantaria que se mostram certas no combate contra esses insurgentes, principalmente terroristas. Ocorre que é enorme a mão de obra destinada à segurança, além de muito cara. Somando-se a isso o medo de críticas em caso de fracasso, muitos Estados estão cada vez mais relutando em usar suas forças e cada vez mais terceirizando ou deixando a segurança nas mãos privadas⁹.

⁷ CREVELD, Martin van. **Ascensão e declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 546.

⁸ Ibid., p. 565.

⁹ Ibid., p. 577.

“Assim, aumenta a probabilidade de que o Estado venha a perder seu monopólio sobre essas formas de violência organizada que continuam viáveis na era nuclear, tornando-se apenas um personagem entre muitos¹⁰”

Por fim, como último fator apontado, está a perda da fé na figura do Estado. Um dos motivos é a demora, a arbitrariedade e a ineficiência da burocracia estatal, fazendo com que haja o pensamento de que bom modelo de gestão é exclusivamente o privado. Diz o autor que os Estados estão exigindo cada vez mais e oferecendo sempre menos e, como forma de compensação, cada vez mais interferem na vida do cidadão¹¹, tendendo à ira e à alienação. O povo não se interessa sequer a representar seus Estados em competições esportivas, mas antes em defender seus patrocinadores. Ademais, é cada vez menor a quantidade de pessoas dispostas a morrer pela pátria, sendo cada vez menor o número de alistamento militar. Toda essa soma de fatores serve para demonstrar a perda da fé na figura estatal, que passou apenas a ser tolerado, em vez de quisto¹².

Essa análise de Martin van Creveld é bem acertada e pontual. A crise, para ele, tem começo com o surgimento da tecnologia atômica, o que impossibilita as grandes guerras. Como o Estado não pode mais focar no inimigo externo, haja vista que o poder de destruição de uma guerra chega a ser total, ele passa a olhar agora para o próprio país. Uma vez que ele passa a olhar para o seu lado interno, os conflitos sociais começam a surgir, quando há a escolha do Estado do Bem Estar Social, sendo ele mesmo a causa do seu fim. Dito de outra forma: com o fim das grandes guerras, a economia dos países estava em frangalhos e a população estava pobre. Os Estados optam, então, em voltar seus esforços para suas próprias populações, trazendo a dignidade e alavancando o social – surge o Estado Social. Acontece que, com essa forma estatal, aumentam as demandas sociais e, quanto mais elas são satisfeitas, mais surgem novas e mais caras demandas. Nesse ciclo está o começo da crise do Estado Social. Ademais, o fim das guerras globais inicia uma fase de acordos globais, seja pela paz ou pelo meio ambiente, e isso faz com que haja uma perda da soberania dos Estados, que agora se limitam a essas organizações internacionais.

¹⁰ CREVELD, Martin van. **Ascensão e declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 582.

¹¹ Ibid., p. 587.

¹² Ibid., p. 593.

Para ele, a diminuição da figura do Estado e o aparecimento de novas personagens é inexorável, não adiantando nadar contra a maré. Todos devem se adaptar ao “admirável mundo novo”, em analogia a Aldous Huxley. Algumas mudanças serão pacíficas, outras poderão causar a desordem e outras, por fim, podem fazer aparecer figuras mais autoritárias. Finalmente, ele diz que o mundo novo não será nem melhor, nem pior, mas que valerá à pena correr o risco.

Seu estudo é sobre a crise do Estado e não apenas do Estado contemporâneo ou social, que passa a ser apenas um tópico de sua vasta análise. No entanto, seu viés é mais histórico do que voltado para a ciência política. Ele é ideal para se compreender o contexto em que a crise está inserida, seus fatos históricos, a passagem temporal e sua evolução.

Chevallier, ao contrário, já faz um apanhado a partir da teoria do Estado sobre o Estado Moderno e o surgimento do Pós-Moderno. Em seu livro “O Estado Pós-Moderno”, ele não só analisa a crise mais genérica nas instituições e valores nas sociedades modernas, mas também fala que tal crise já fez surgir um novo modelo de Estado, o Pós-Moderno. Assim, ele dá um passo além de Creveld, pois, além de identificar a crise, ele já aponta uma nova forma estatal surgida em decorrência dela. Essa nova forma surge devido a uma nova fase do Estado nas sociedades contemporâneas, agora caracterizadas por complexidade, desordem, indeterminação e incertezas. Há uma perturbação dos elementos do equilíbrio social (revoluções tecnológicas, mutação do sistema produtivo, transformação da estratificação social, inflexão dos comportamentos e das relações sociais), fazendo-o entrar numa era de riscos e incertezas, mesmo quanto à ciência.

Chevallier¹³, analisando as características que definiu, faz uma divisão dos modelos de Estado em: a) Estados Pré-Modernos: Afeganistão, Somália, Libéria e estados africanos, muito fracos e frágeis para apresentar todos os atributos de Estados autênticos; b) Estados Modernos: Índia, China, Brasil, vinculados à noção tradicional de Estado como detentor do monopólio da força; e c) Estados Pós-Modernos: nos quais a soberania tende a dar lugar a uma nova lógica de interdependência e de cooperação, apagando a separação entre assuntos interiores e exteriores.

¹³ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

Para explicar a passagem do Estado Moderno para o Pós-Moderno, o autor passa a analisar as crises daquele. A primeira delas foi a reavaliação do lugar do Estado, feita durante a década de 1970. Sob a pressão de um conjunto de fatores: ideológicos; econômicos; políticos. Esses fatores se conjugam e provocam um movimento de retração estatal. Essas alterações citadas na concepção, no papel do Estado ao redor do mundo, mudam a própria essência do Estado, e o motor dessas transformações é a globalização – que diminui a soberania estatal – em todos os seus aspectos: globalização de mercados; da comunicação; cultural; ideológica; e política. Ela, obviamente, tem também seu lado negativo, como o surgimento dos paraísos fiscais, os riscos globais ao meio ambiente e o terrorismo em escala mundial.

Essa globalização tomou força com o fim da Segunda Guerra Mundial e o aparecimento de organizações transnacionais, tendo seu apogeu com a criação da Organização das Nações Unidas. Dentro dessa nova ordem mundial, os princípios passam a ser o do desenvolvimento sustentável e o da precaução, haja vista os riscos e incertezas dessa nova fase. Além disso, surgem novos atores, como os operadores econômicos (empresas internacionais), as organizações não governamentais e as redes transnacionais. Todos, claro, ocupam lugar que antes fora dos Estados.

Para ele, no entanto, o Estado não tende a acabar, mas a ocupar um novo espaço, em caráter de exceção. Assim, em função das infinitas necessidades sociais, há o incentivo às atividades associadas, impulsionando aquelas promovidas pelo particular que venham a atingir diretamente a satisfação de necessidades públicas, em novas formas de parceria, como as público-privadas.

O Estado passa a ter como função manter a preservação das garantias e valores de identificação do Estado-nação, numa visão civilista. Deve ele garantir a coesão social em torno de referências comuns, fornecendo serviços, sob a égide de prestações idênticas, a todos os membros do corpo social.

Outra função que se mantém do Estado é o serviço de manutenção da ordem, que agregou maior ou menor amplitude em função do momento social que se está analisando, principalmente em decorrência do combate a dois problemas. Em primeiro lugar, ressalta a concepção extensiva da manutenção da ordem, frente ao aparecimento de novas ameaças, ressaltando a ameaça terrorista, a qual impõe ao Estado uma reestruturação dos mecanismos de segurança nacional, justificando sob tal enfoque a imposição de restrições aos direitos fundamentais, ao Estado de Direito,

passando por uma repaginação da atividade policial e instituição de um Estado de Segurança Pública. Contudo, tal processo se associa à singularidade dos modos de construção estatal, partindo-se de um debate político e da participação da coletividade, mediante processo de parceria, visão de coprodução da segurança, e de cooperação internacional. Se o Estado deixa de ser o único executor, não delega a competência de regulação do sistema de segurança. Em segundo momento, ressalta a aplicação à manutenção da ordem pública do princípio da precaução diante da emergência de novos riscos, imprevisíveis e de efeitos incalculáveis, vez que qualifica a sociedade pós-moderna como uma sociedade de risco, utilizando-se da visão de Beck, o qual exige a utilização de novas estratégias de reprimendas e de prevenção.

Notadamente há aqui uma diferença entre Chevallier e Creveld: enquanto este fala sobre a terceirização do serviço de paz nos Estados, aquele diz que isso ainda é matéria de ordem estatal, não delegável. Evidentemente, por partirem de pressupostos diferentes, trazendo abordagens e contextos distintos, as conclusões seriam peculiares e inerentes ao trabalho de cada um.

Além de Garantidor, o Estado de Chevallier é também supervisor e regulador da economia, vez que mesmo de maneira mais afastada continua a assegurar a manutenção dos equilíbrios e a criar as condições propícias para o desenvolvimento da sociedade.

Outro autor que também fala sobre o Estado Garantidor, além de Chevalier, é Canotilho, que assim comenta:

O Estado deixa de afivelar a máscara e o músculo de 'Estado-produtor' para se dedicar ao papel de regulador. O Estado garante serviços e prestações, mas não os produz. O Estado deixa de ter a responsabilidade pela prossecução activa de tarefas estaduais assumindo apenas a responsabilidade pelo cumprimento das mesmas através de outras estruturas, a maior parte delas privadas.¹⁴

E, mesmo falando sobre o mesmo Estado, outra diferença aparece: aqui, o Estado exerce influência na economia através da autorregulação e correção, além de ainda se manter em setores importantes da economia, se tornando

¹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. O Estado garantidor. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O direito e o futuro: o futuro do direito**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 573.

estrategista. Para o autor português, acima mencionado, o Estado passou a ser liberal, sofrendo a influência de Hayek.

Quanto a Chevallier, há ainda uma diminuição do Estado Protetor. Com a crise do Estado Social, o Estado Protetor passa a perfilhar a visão de equidade, para promover mecanismos de seletividade das prestações sociais, apoiando-se no setor privado, em função do dispêndio econômico trazido a cada avanço social e sua manutenção assistencialista.

Ao criticar a corrupção e a burocracia, ele fala em como os interesses públicos e gerais podem ser deixados de lado em face dos interesses particulares de quem tem acesso à máquina estatal. Com o passar do tempo, isso se mostrou antagônico à eficiência do setor privado. Devido a essa comparação entre a administração privada e a pública, o autor faz uma crítica à banalização do Estado, por meio dessas comparações.

Ao falar da necessidade de um Estado reformado, ele diz que o parâmetro deve partir da concepção de que o Estado deve estar sujeito à prestação de contas da atuação administrativa, haja vista a necessidade de atender ao critério de eficácia e não apenas à ideia de atendimento do interesse geral, estando inclusive sujeito ao crivo da coletividade, destinatária da prestação de serviços, observando a obrigatoria publicidade.

Quanto à sua fragmentação, o Estado Moderno se constituiu sobre o princípio fundamental de unidade orgânica, que sofre um processo de desintegração, tendente, na pós-modernidade, a se segmentar territorialmente.

Assim, portanto, Chevallier faz uma digressão sobre os problemas do Estado Moderno e suas formas de superação, com o surgimento do Estado Pós-Moderno. Entre as crises do Estado Pós-Moderno, Chevallier detecta: a crise da arquitetura estatal (falta de critérios para caracterizar o Estado Pós-Moderno, devido à crise enfrentada por suas fundações); a fragmentação da estrutura estatal; a crise da modernidade jurídica; e a crise da democracia. Os dois últimos tópicos de sua análise ainda serão mais analisados no decorrer dos Capítulos 2 e 3 desta dissertação.

Já nos anos 1980, Rosanvallon tratava da crise do Estado Providência, definindo seus rumos. Entenda-se aqui como Estado-Providência a radicalização do Estado-Protetor, a soma da proteção (direito à vida e à propriedade) com a ação direta do Estado, com redistribuição de renda e regulamentação das relações

sociais¹⁵. A forma estatal dele é a união das políticas públicas para que se matenha de forma digna a união social e a convivência.

Como causas pela crise, ele cita que sua eficácia econômica e social diminuiu; ele passa por um impasse financeiro e seu desenvolvimento é contrariado por certas mutações culturais¹⁶. Em verdade, ele não concorda com o termo “crise”, mas reconhece que há um limite sociológico para o desenvolvimento do Estado-Providência e para sua redistribuição¹⁷. Afinal, ainda que se gaste 100% do orçamento do Estado, por exemplo, em saúde, esse valor é limitado ao montante total que o Estado recebeu e alguém vai ser deixado de fora desses gastos – ou vai faltar dinheiro para a educação. O fato é: o dinheiro não é ilimitado, portanto não dá pra se gastar de forma ilimitada. Uma hora é preciso fazer um corte, uma escolha orçamentária. Para o autor, este é o problema do Estado-Providência: um problema meramente de recálculo financeiro.

Assim, não haveria uma crise negativa em si, mas apenas uma necessidade de achar soluções para esse problema. No entanto, como é notório o descontentamento com esse modelo estatal, o autor propõe três motivos para tal: dúvida sobre a igualdade como finalidade estatal; mal-estar em consequência da falta de um elemento simbólico da reformulação do contrato social e o entrecruzamento de críticas da direita com insatisfações da esquerda¹⁸.

Quanto ao primeiro motivo, essa igualdade sofreu um declínio por quatro razões: dentro de um novo quadro de insegurança, a procura pela proteção se torna mais importante do que pela igualdade; as mudanças geradas pelo Estado-Providência não vieram nem por lutas da burguesia, nem do operário, o que gerou uma falta de legitimidade democrática dessas conquistas. Com a redução das desigualdades abissais, as pequenas desigualdades entre padrões financeiros próximos se mostrou mais evidente e se mostrou menos bem aceita. Por fim, além de se proteger no Estado, as pessoas passaram também a se enquadrar dentro de certos contextos e oligopólios, aparecendo a figura de um Estado clientelista, em que as pessoas tornam-se corporativas.

¹⁵ ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. 1. ed. Goiânia: UFG, 1997. p. 20.

¹⁶ ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. 1. ed. Goiânia: UFG, 1997. p. 13.

¹⁷ Ibid., p. 15.

¹⁸ Ibid., p. 26.

Além disso, como agora a verba é dada ao Estado, que faz sua redistribuição, a sociedade não se encontra mais, falta o corpo a corpo, a solidariedade fica sem rosto e abstrata. Assim, surge a figura da solidariedade automática, o isolamento do indivíduo. E isso também gera um aumento de custo para o Estado, por suprimir a solidariedade intermediária. Assim, explica o autor, um idoso tratado em casa provocaria menos custos que se tratado em hospital.

Por enquanto, a análise desse diagnóstico serve aqui para mostrar que mesmo em escala global não há um consenso sobre a crise do Estado. Analisando três dos maiores pensadores, Chevallier, Rosanvallon e Creveld, apesar de haver pontos em comum, há também discordâncias entre eles. Tal é a crise estatal: há discordância entre os próprios estudiosos sobre as causas e os efeitos da crise. Um fato, no entanto, é consenso: o Estado está em crise, independentemente do nome que se dê a ela. É daí que vem a compatibilização entre suas ideias: apesar de partirem de premissas diferentes, todos concordam que há efetivamente a crise estatal.

Este termo “crise” pode ter um viés negativo, indicando que o modelo desse Estado está fadado ao fracasso inexorável. No entanto, pode-se definir como um eterno momento de superação, que alcance de novos limites, como diz Rosanvallon: “No fundo, é a própria ideia de crise, como ruptura, ultrapassagem mecânica de um limiar, superação de um limite lógico ou objetivo, seja ela expressa numa ótica liberal ou marxista, que precisa ser questionada¹⁹”. É nos momentos de crise que há os saltos de progressão, reformulando o contrato social. Para efeitos desta dissertação, crise aqui é entendida de acordo com o conceito dado pelo professor Bolzan, sendo ele estudado no tópico abaixo.

2.1 Crise do Estado Contemporâneo

O Estado, desde seu surgimento, sempre teve um papel interventor. A diferença ente suas formas diz respeito ao tamanho e área dessa intervenção. No modelo liberal, ele se exclui da economia, dando liberdade às relações privadas, uma vez que, saído do absolutismo, ele era entendido como inimigo da liberdade individual e precisava ser controlado.

¹⁹ ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. 1. ed. Goiânia: UFG, 1997. p. 16.

Ocorre que uma das consequências do liberalismo foi o surgimento de grandes centros urbanos, havendo a desvinculação do trabalhador com o campo, acabando com o modo de vida antigo, que girava em torno do campo e da produção agrícola. Essa situação fez com que fosse necessária uma maior intervenção estatal. Assim, aparece a figura do Estado Garantidor das condições mínimas de subsistência e dignidade dessa nova classe operária.

Além desse fator, as duas grandes guerras e a crise de 1929 trouxeram ainda mais força para a intervenção estatal, seja no aumento das fontes de recursos públicos, seja na intervenção da economia²⁰.

Pode-se, então, dizer que a transformação no viés intervencionista do Estado Moderno Liberal o faz assumir responsabilidades organizativas e diretivas do conjunto da economia do País, em vez de simplesmente exercer poderes gerais de legislação e polícia, próprias do perfil do Estado Mínimo, como era até então conhecido.²¹

Surgia, assim, o Estado do Bem Estar Social.

O professor Moraes caracteriza o Estado Contemporâneo como aquele que une a ideia do socialismo ao liberalismo. Dessa forma, utilizando-se de instrumentos liberais e individualistas, incluem-se princípios distributivos, em que as leis garantam uma igualdade social. É o Estado em que a Constituição garante os direitos sociais que serão implementados pelo Estado para aqueles que não podem sozinhos alcançá-los. Sua diferenciação do antigo Estado de Bem Estar para o Contemporâneo é:

O que irá diferenciar substancialmente o modelo do Estado interventivo contemporâneo à forma de Estado do Bem-Estar dos Estados assistenciais anteriores é o fato de a regulação não significar a troca das garantias pela liberdade pessoal, uma vez que o beneficiado, no último caso, era considerado perigoso à ordem pública e, na perspectiva da caritas protestante, eram vistos como não iluminados pelas bênçãos divinas, ao passo que, no modelo de Bem-Estar, as prestações públicas são percebidas e construídas como um/uma direito/conquista da cidadania. Além disso, há uma diferenciação substancial entre as políticas de bem-estar propostas num quadro de assistencialismo daquelas de um modelo democrático que tem em seu interior o compromisso com concretização de sua função social.²²

²⁰ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política & teoria do estado**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2014. p. 70.

²¹ Ibid., p. 72.

²² Ibid., p.78

Há que se considerar, porém, que não basta que o Estado cresça nas suas demandas, é preciso também que os gastos sejam feitos com a finalidade de assistir a população. Afinal, Estado Social não é Estado grande, mas Estado que dá dignidade a toda a população, especialmente aos menos privilegiados financeiramente. Portanto, destinar verbas ao BNDES não faz do Brasil um Estado Social, caso estas verbas sejam destinadas a financiar projetos do grande empresário. O Brasil ser social está vinculado aos programas assistenciais voltados aos mais necessitados economicamente, como o Programa “Minha Casa, Minha Vida”; o “Bolsa Família” e tantos outros programas sociais atuais.

Como mostra o gráfico abaixo, a tendência é o aumento do gasto com o social:

Gráfico 1 - Gasto social total per capita (R\$2011)



Fonte: Banco do Brasil.²³

Ocorre que nenhum modelo de Estado encontra a perfeição e a pureza completa, tendo todos algum problema. No caso do Estado Social, a crise já vem sendo estudada desde a década de 70 do século passado, como a seguir se analisará.

2.1.1 Crise Funcional do Estado

Moraes em seu livro “As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Especial dos Direitos Humanos” enquadra as crises enfrentadas pelo Estado Contemporâneo em crise conceitual, estrutural, institucional, funcional e política. A crise conceitual apresenta-se pela dificuldade encontrada em conceituar o Estado. Seus elementos clássicos ou sofreram alteração de significado ou não conseguem mais caracterizar o Estado de forma completa e satisfatória. Os elementos constitutivos do Estado (povo, soberania e território) já não são o bastante. A própria soberania precisa ter seu conceito revisto, diante da nova realidade mundial. Afirma o professor: “Falar em soberania, nos dias que correm, como um poder irrestrito, muito embora seus limites jurídicos, parece mais um saudosismo do que uma avaliação lúcida dos vínculos que a circunscrevem”²⁴.

O Estado Social, por se preocupar mais e ser voltado para as necessidades do povo, aprofunda a ideia de democracia e legitimidade estatal, uma vez que nessa forma o Estado está constantemente sendo avaliado pelo povo. No modelo liberal, bastava a não intervenção e a garantia de direitos de primeira geração. Aqui, como o Estado é o garantidor e concretizador dos direitos, ele submete-se bem mais ao crivo social.

Além disso, internamente, houve uma dispersão dos centros de poder, com uma maior movimentação política e surgimento e participação de novos atores, como os movimentos sociais, os sindicatos e as organizações empresariais.

Já internacionalmente, os Estados precisaram se tornar interdependentes, cooperando jurídica e economicamente entre si. Surgiram também as comunidades supranacionais, como Mercosul, Nafta e União Europeia, contribuindo para a

²³ BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Indicadores econômicos consolidados**. Brasília, DF, 2013. Disponível em <<http://www.bcb.gov.br/?INDECO>>. Acesso em: 23 jul. 2013.

²⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da constituição e a transformação especial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 28.

diminuição da soberania, ou a transmissão para esses entes. As empresas transnacionais, via capitalismo financeiro, passaram a influenciar diretamente nas decisões públicas, em especial daqueles países que financeiramente dependem delas para manter os bons níveis de economia e emprego. Os Estados passaram assim a submeter suas decisões políticas a esses grupos financeiros. Além deles, as Organizações não governamentais também passaram a ter relevância, sendo que alguns países só podem receber ajuda, por exemplo humanitária, via ongs internacionais, como é o caso dos países africanos e os Médicos Sem Fronteiras. Por fim, os organismos internacionais, como ONU e OTAN fizeram com que houvesse uma mudança no conceito e importância dos elementos do Estado. Agora, mais importante do que soberania, é haver uma ordem de compromisso entre os Estados.

Outro conceito que perde o sentido é o de povo. Há vários países em que não há essa unidade. Na Espanha, por exemplo, há os bascos e os galegos, que possuem idiomas próprios e se consideram mais bascos e galegos do que espanhóis. Há os curdos na Turquia – povo sem território. Na América do Sul, com o neoconstitucionalismo latino-americano, em especial com a Constituição da Bolívia, há o reconhecimento do Estado que em seu território existe mais de um povo, tendo inclusive sistemas jurídicos separados, obedecendo às tradições locais.

Por tudo isso acima dito, povo, território e soberania (para alguns também finalidade) não servem mais para conceituar o Estado, dada a complexidade dessas novas situações, criando, como diria Warat²⁵, uma anemia de significado.

Já a crise estrutural está ligada ao fim do Estado de Bem-Estar Social. Quanto mais se aumenta a atividade estatal, mais se aumenta a burocracia, que é a antítese da democracia. Além disso, foi dado mais um passo, depois do Estado Social, que funciona implementando políticas públicas. Acontece que apenas essa implementação não é mais suficiente e precisa-se de uma transformação utópica do status quo, criando-se finalmente uma igualdade entre os cidadãos. Assim, passa-se para o Estado Democrático de Direito, que é a união do Estado Social com a intenção de transformação da realidade.

²⁵ WARAT, Luís Alberto. A puertas abiertas: intensidades sobre el plano inconsciente de la filosofía del derecho. **Revista Seqüência**, Florianópolis, 1993. Disponível em <<http://luisalbertowarat.blogspot.com.br/search/label/Warat%20x%20Warat>> Acesso em: 24 set. 2013.

As principais características dessa crise são a fiscal, ideológica e filosófica. A fiscal diz respeito aos problemas de caixa do Estado do Bem-Estar Social, que apenas aumentaram desde a década de 60. Isso deu-se, como explicou também Martin van Creveld, em tópico já estudado, por dois motivos principais: a crise econômica, advinda da aumento do preço da energia; e o próprio êxito do Estado Social. Como já dito, quanto mais políticas públicas são criadas, maior é o contingente da população que se enquadra nas necessidades. E quanto mais benefícios se tem, mais se precisa ter²⁶. Além disso, há um problema de arrecadação de tributos, com problemas como a guerra fiscal dentro de um Estado e entre Estados diferentes, surgindo as figuras dos paraísos fiscais. Há também a crise ideológica, que é a crise na sua legitimação. Com o aumento das demandas sociais, há o aumento da burocracia, criando órgãos técnicos para tratar das questões suscitadas. Ocorre que isso cria uma separação entre os estudos e a realidade, criando uma frustração entre a pretensão social e a resposta técnica dada. Essa crise reflete na crise filosófica – que trata dos fundamentos de tal Estado. O ideal do Estado Social era criar uma solidariedade comunitária; no entanto, o que houve foi o aproveitamento individual e egoísta dos benefícios alcançados, ou mesmo o recalque daqueles que não receberam tais benefícios, falhando assim o Estado na concretização de uma comunidade aberta e solidária.

A crise institucional corresponde ao processo de desconstitucionalização, promovido pelo neoliberalismo. Ela é provocada pelo abismo entre o que a Constituição garante e ao que de fato se tem acesso, mencionando-se também a figura da globalização, criando leis de caráter global e de hierarquia similar à Constituição. E, por fim, a mutação constitucional cria uma jurisprudencialização constitucional, fazendo com que a Corte Suprema decida em definitivo e de forma ampla e geral quais são os direitos constitucionais do cidadão.

Quanto à crise política, esta diz respeito à representação política; o tipo de democracia representativa tida no Brasil. Sobre ela, Chevalier aponta sua desestabilização, tanto no liame político, quanto no vínculo cívico. Essa

²⁶ Explicando: a primeira etapa do Programa Minha Casa Minha vida foi a entrega de casas populares; a segunda etapa foi o Minha Casa Melhor, em que os ganhadores da primeira etapa puderam ter acesso a crédito para mobiliar a casa. Note-se que a primeira etapa do programa continua existindo e casas continuam a ser entregues. Assim, para o Estado, há o aumento crescente dos gastos sociais.

desestabilização dá-se tanto pela desconfiança do povo nos seus representantes, como há uma crise de participação do povo, em decorrência da desconfiança. Rosanvallon²⁷ a chama de crise estrutural, como consequência da dessacralização da eleição. Bolzan diz que as democracias representativas são incapazes de responder às demandas da sociedade e que a homogeneização do discurso dos políticos gera uma apatia do cidadão. Tal homogeneidade vem da influência do capital, tendo os políticos que criar políticas que agradem ao mercado e ao grande capital e não aos seus eleitores. No entanto, positivamente há a democracia direta, com figuras como o referendo, o plebiscito e as leis de iniciativa popular e as opções de democracia alternativa.

Por fim, há a crise funcional. Dentro da ideia tripartite do Estado, sua crise funcional se torna palpável, diante da judicialização da política, do ativismo judicial e da tentativa do Legislativo em retomar seu poder estatal principal – o de legislar. As funções estatais perderam a centralidade e a exclusividade antes características. Evidentemente, a crise abarca não só o Legislativo e o Judiciário, mas também o Executivo. No entanto, com o intuito de analisar de forma exaustiva um único aspecto desse conflito, fez-se na dissertação um recorte, excluindo este último poder da presente análise.

Essa crise funcional possui um aspecto interno e um externo. Internamente, as funções brigam umas com as outras por mais competência, uma querendo assumir o lugar da outra. O Legislativo, por exemplo, perdeu espaço para o Judiciário como *locus* de criação normativa. Externamente, surgiram novos atores nesse quadro e as funções tiveram que compartilhar sua competência com eles, como é o caso da participação popular direta, dos partidos políticos, movimentos religiosos, sindicatos e sociedade civil organizada. Essa disputa pelo Poder reflete na sociedade, gerando uma crise na legitimidade das decisões tomadas pelo Judiciário ou mesmo da omissão do Legislativo.

Este é, portanto, apenas um resumo da divisão didática que o professor Bolzan faz da crise do Estado. Era preciso, neste momento da dissertação, que se fizesse uma introdução contextual do que será agora aprofundado: a crise funcional.

²⁷ ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. 1. ed. Goiânia: UFG, 1997. p. 22.

Como a crise é do Estado Social – que propõe concretizar direitos –, identificar os aspectos dessa crise na realidade é fundamental para apontar sua solução e concretizar os direitos.

A crise funcional do Estado Contemporâneo é definida como sendo aquela em que as funções estatais perdem seu poder, tanto internamente quanto por agentes externos. Em suas palavras:

Portanto, sem discorrermos acerca da teoria tripartite, o que não é objeto da presente análise pressuposto que está o seu conhecimento, devemos avançar diretamente para aquilo que diz respeito à sua revisão diante do contexto de perda de centralidade e exclusividade da figura do Estado, como até aqui refletido, bem como ante o rearranjo que se percebe nas suas inter-relações, seja como decorrência das próprias crises – em especial das crises conceitual e estrutural – seja como consequência de sua própria funcionalidade e de disputas internas.²⁸

Sobre a disputa entre as funções estatais, o professor Bolzan apresenta o seguinte diagnóstico:

De outro lado, é preciso que se remonte mais uma vez e ainda as transformações que se observam nas relações mesmas entre as funções estatais tradicionais quando, ao que parece, cada uma delas, como reflexo de sua perda de importância própria, se projeta por sobre aquilo que tradicionalmente seria atribuição característica de outra, ou, mesmo em decorrência da fragilização das *funções de governo* e sua incapacidade de realizar as promessas contidas no projeto constitucional, fazem crescer e se transformar o papel da *função de garantia*, constituindo-a como ambiente de disputa e busca de satisfação de interesses individuais e coletivos. (grifo do autor).²⁹

Externamente, há a perda de poder do Estado, em decorrência da contemporaneidade. Nesse novo momento, há agora uma pluralidade de atores, como sindicatos, sociedade civil organizada, e não mais apenas as funções clássicas do Estado, que passam a atuar ao lado daqueles.

Internamente, o conflito é inter-relacional, entre Executivo, Legislativo e Judiciário, estes dois últimos objeto do presente estudo. Além disso, internamente, as funções de governo disputam entre si os poderes. Temendo sua diminuição, já contra-atacam para manter-se independentes e cada vez maiores. Isso acaba por

²⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da constituição e a transformação especial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 56.

²⁹ Ibid., p. 58.

gerar uma guerra fratricida, que fragiliza as funções. A judicialização da política nada mais é do que um dos aspectos dessa disputa.

Como o Estado de Bem-Estar Social não cumpre muitas de suas promessas, apesar de haver a previsão constitucional, a alternativa é recorrer à judicialização da política para fazer valer seus direitos. Assim, sai-se de um ambiente de funções de governo para um de funções de garantia – que nada mais é do que colocar nos Tribunais a expectativa de cumprimento das garantias sociais.

Em outras palavras: a Constituição dá o direito ao cidadão, mas o Estado não o põe em prática – ou por não querer ou por não poder, uma vez que há um limite orçamentário a ser obedecido. Por ser direito assegurado, o cidadão vai ao único poder obrigado a lhe dar uma resposta: o Judiciário. Este, por sua vez, ao decidir, obriga que o Estado faça valer o direito daquela pessoa específica, tornando-se ele próprio o concretizador daquele direito constitucional e não mais o Executivo.

Assim, se o diabético tem direito ao remédio próprio e o Município de Teresina não o possui mais em estoque para distribuição, o doente pode pedir que a Justiça obrigue o gestor público a conseguir, pelo menos, a droga para ele, independentemente de haver verba destinada a isso ou não. O juiz, portanto, foi o concretizador do direito à saúde daquele cidadão.

Dentro da ideia tripartite do Estado, sua crise funcional se torna palpável, diante da judicialização da política, como acima exposto, e da tentativa do Legislativo em retomar o seu poder exclusivo. Esta disputa pelo Poder reflete na sociedade e é papel da Academia discutir suas implicações, fazer seu diagnóstico e encontrar o papel do Direito neste embate.

Veja-se o problema: de um lado, o Judiciário amplia cada vez mais seus poderes, com a judicialização da política. Há várias decisões que mostram a expansão deste Poder e das decisões políticas tomadas. Como bem explica Lênio Streck,³⁰ só há democracia consolidada se a Constituição é vista como a “explicitação do contrato social”. Toda atividade hermenêutica deve, portanto, tomar como fundamento maior a Constituição, sob pena de vivenciar verdadeiros “estados de exceção hermenêuticos.

³⁰ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, constituição e processo, ou de como discricionariedade não combina com democracia, o contraponto da resposta correta. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Catoni de (Coord.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 3-27.

Por outro lado, temos uma incipiente resposta legislativa à ação do Judiciário: há agora a busca pela retomada do poder de criar normas de caráter geral e de cumprimento obrigatório pela sociedade; há a tentativa do Legislativo em controlar e, se possível, reverter o quadro de crescimento daquele poder, que não só cresceu como consequência do crescimento de suas demandas, como também cresceu por opção e na forma de decidir, passando muitas vezes a verdadeiramente legislar.

2.2 A Evolução da Funcionalidade do Estado

Muito embora o primeiro a tratar da ideia de separação de poderes tenha sido Aristóteles, em seu livro "A Política", ele não se preocupou em definir o papel de cada uma das funções, tendo sido apenas um marco histórico. Cromwell, o primeiro a fazer esta divisão e apontar as tarefas do Legislativo e do Executivo, embora tendo sua ideia embasado o pensamento de Montesquieu e Locke, não teve sua ideia tão reconhecida. Já no século XIV, no ano de 1324, aparece a obra "Defensor Pacis", de Marcílio de Pádua, estabelecendo uma distinção entre o poder legislativo e o executivo. A base do pensamento do autor é a afirmação de uma oposição entre o povo, que chama de primeiro legislador, e o príncipe, a quem atribui função executiva, podendo-se vislumbrar aí uma primeira tentativa de afirmação da soberania popular.

Para efeitos desta dissertação, far-se-á um recorte histórico da separação de poderes a partir de John Locke – ainda fazendo esta ressalva daqueles pensadores primeiros –, que criou a ideia do pacto entre os homens, sobrepondo-se à ideia do estado natural e dando fundamento teórico à legitimidade estatal. Locke considerava a existência de quatro funções: a função legislativa caberia ao Parlamento. A função executiva, exercida pelo rei, se dividia em outras duas, chamando-se função federativa quando se tratasse do poder de guerra e de paz, de ligas e alianças, e de todas as questões que devessem ser tratadas fora do Estado. A quarta função, também exercida pelo rei, era a prerrogativa, conceituada como o poder que ele tinha de primar pelo bem público, no entanto sem precisar obedecer a regras. Note-se que Locke autorizava o rei a ter um poder discricionário, este último, em que ele pode agir sem obedecer regras.

Fica claro que o Legislativo é que tinha o poder, que lhe era atribuído pela comunidade, para fazer leis. Já o Executivo se dividia em federativo, ao qual cabia a segurança, o poder de guerra e de fazer

alianças, e o executivo propriamente dito, que tinha por competência executar as leis criadas pelo Legislativo, dentro de seus limites. Segundo Locke, o Executivo possui a prerrogativa de poder agir de acordo com a discricção, sempre considerando o bem público, na aplicação da lei. Dentro das funções do Executivo, vislumbrava-se o Judiciário, que não era um Poder separado com atribuições exclusivas. Somente uma década depois da obra de Locke, ou seja, em 1701, o Judiciário ganhou independência³¹.

No entanto, a fama da tripartição de poderes ficou mesmo com Montesquieu, que já falava em “funções”, muito embora a tradução tenha mantido o termo “poderes”³². Como acima mencionado, em princípio, havia o Legislativo, criando e aprimorando leis, e o Executivo, que tanto promovia a paz e a guerra, como julgava litígios e punia crimes. O autor do livro “O Espírito das Leis” diz que, quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não há liberdade, uma vez que se pode esperar que esse monarca ou esse senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Ou seja, aquele que faz a lei é o mesmo que a aplica, não havendo quem julgue seu grau de respeito à democracia. Essa ideia foi proposta insistentemente no século XVIII, primeiramente com o fim exclusivo de proteção da liberdade, mas mais tarde seria desenvolvida e adaptada a novas concepções, pretendendo-se então que a separação dos poderes tivesse também o objetivo de aumentar a eficiência do Estado, pela distribuição de suas atribuições entre órgãos especializados.

Lembre-se que a Europa passava pelo período do absolutismo e os pensadores iluministas, como Montesquieu, tentavam controlar a força do monarca. Uma das formas de controle era exatamente não deixar mais todo o poder concentrado nas mãos de uma única pessoa. O autor dizia que o governo precisava ser moderado e, mesmo assim, ele ainda corria o risco de não ser democrático, porque, com o tempo, aquele poder moderado tenderia a ser tirânico, em sua sede por mais poder. Assim, o controle do governante era imprescindível à democracia. Ela não existira sem a separação de poderes, ou seja, sem concentrar o poder na mão de um só, mas diluí-lo de forma a evitar o absolutismo e controlar o governante.

³¹ SPENGLER, Fabiana Marion. Crise funcional: morte ou transformação do Estado? In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 132.

³² Entende-se que aqui não se precisa esclarecer em pormenores que o Poder é apenas um, havendo portanto uma separação entre funções do Poder. Para maior aprofundamento, ver: DIAS, Ronaldo Brêtas C. Fundamentos do Estado democrático de direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 7, n. 13-14, p. 150-163, 1º e 2º sem. 2004.

A forma de controlar o poder do governante sem criar um novo governante supremo é através da lei, feita por representantes eleitos do povo. O Executivo deveria seguir leis criadas pelo Legislativo, que estaria controlado pelo Judiciário e todos eles limitados pelo povo.

Assim, enquanto o Parlamento cria leis, são os juízes meros boca da lei. Aqui ainda havia a separação rígida dos poderes, devido ao momento histórico de tentativa de ruptura com o absolutismo.

Evidentemente, essas funções não significam exclusividade de competência, mas tão somente que Executivo, Judiciário e Legislativo têm, como função principal e primeira, executar, julgar e criar leis, necessariamente nessa ordem. Nada obsta, no entanto, que uma função exerça atividades características de outra, desde que o faça em caráter secundário.

É o caso, por exemplo, da competência para julgar o presidente da república no Brasil, atribuição dada ao Legislativo, muito embora julgar seja função primordial do Judiciário; ou a produção legislativa do Judiciário quanto ao estatuto dos seus órgãos, por exemplo, ainda que criar normas seja algo em princípio do Legislativo.

Esse sistema de separação dos poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, inclusive na brasileira, foi associado à ideia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como sistema de freios e contrapesos. Também para não haver superposição de uma função sobre a outra, criou-se esse sistema – checks and balances, no original inglês – em que órgãos distintos e independentes não podem agir sozinhos sem serem limitados pelos outros; dessa forma, além de cumprirem com o que é característica primordial sua, eles devem também controlar os outros dois poderes, sendo todos harmônicos e independentes entre si, além de exercerem funções outras de forma secundária, como o Judiciário administrando seus funcionários. Pretendia-se que nenhuma função tivesse caráter absoluto, evitando-se o surgimento novamente de uma figura única e forte, como o rei. Também, dessa forma o próprio Estado se controlaria, sem a presença direta da figura do povo. Afinal, o interesse de não se ter um governo tirano não significa que se queira uma participação popular.

No Brasil, este sistema de freios e contrapesos demorou a ser assimilado. Em seu período colonial, importava a subserviência à Coroa portuguesa e às normas alienígenas. Os donatários das capitanias hereditárias tinham poderes de

administração, de legisladores e de magistrados, não havendo ainda a ideia de separação e controle de poderes.

Este poder concentrado e oligárquico continuou também durante a República.

Na verdade, aquelas elites dominantes, desde a independência até o início do século XX, vão se encarregar de criar um modelo de Estado centralizador e autoritário, com feições ora absolutistas, ora paternalistas, ora assistencialistas, praticamente até e durante o regime militar no país³³.

Assim, não interessava aos oligarcas das variadas épocas que o povo tivesse acesso ao poder, excluindo-o da participação e do controle do Estado.

A Carta política do Império, de 1824, foi a primeira após nossa independência, em 1822. Ainda representando o momento de disputa entre Constitucionalismo e absolutismo, ela foi fortemente influenciada pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, ao ponto de ter copiado o artigo desta que fala sobre a imprescindibilidade da separação de poderes numa constituição:

“Art 16: Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não for assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”³⁴.

Além disso, ela determinava quatro poderes ao Estado e que o imperador e a Assembleia Geral eram os representantes do povo:

Art. 10. Os Poderes Politicos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial.

Art. 11. Os Representantes da Nação Brasileira são o Imperador, e a Assembléa Geral.

A Constituição de 1934 colocou o Poder Moderador nas mãos do Senado, devendo ele coordenar os poderes e velar pela Constituição. E assim as Constituições brasileiras seguiram, mas sem na prática haver o respeito à separação de poderes. Como exemplo desse desrespeito, têm-se os fatos de que o Congresso foi fechado tanto na época da Ditadura Vargas, quanto na época da ditadura militar.

³³ LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-juiz na democracia contemporânea**: uma perspectiva procedimentalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 18.

³⁴ DECLARAÇÃO dos direitos do homem e do cidadão. [S.l.], 1789. Disponível em: <<https://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia/declaracao-dos-direitos-do-homem-e-do-cidadao-integrado-documento-original.htm>>. Acesso em: 24 abr. 2012.

A separação de poderes só veio ter efetividade no Brasil neste nosso último momento constitucional, com a Constituição Federal de 1988, tendo a separação chegado ao seu apogeu no país, tornando-se cláusula pétrea:

“Art. 60, § 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] III- a separação dos Poderes”³⁵.

A partir desse momento é que se pode falar tanto em separação de poderes, quanto em checks and balances no país. Atualmente, um poder tem, além de sua função principal, o dever de fiscalizar o outro. As funções não são, portanto, estáticas, como primeiramente pensou Montesquieu, mas possuem características variáveis, inclusive mudando de tamanho com a alteração do tipo de Estado. Especificamente após a CF/88, vive-se no Brasil um Estado Social, com o conseqüente aumento dos poderes, mas agora voltados ao povo e à concretização de direitos.

2.2.1 Controle de Constitucionalidade

Wayden X Hylton foi na verdade o primeiro caso em que se percebeu a necessidade de um controle de constitucionalidade das leis – Marshall foi advogado da parte contrária ao controle de constitucionalidade, perdendo a causa. Esse caso deu ensejo aos artigos federalistas, precursores do controle nos Estados Unidos. Marbury X Madison, de 1803, foi o caso emblemático, muito embora não o primeiro, em que o juiz Marshall – que como advogado defendeu tese oposta – deu o “paradigmático” voto sobre a supremacia das normas constitucionais, devendo haver o controle de constitucionalidade das leis. Outro caso bastante importante foi o de Dred Scott X Sandford, de 1857, que tratava de uma escrava em terra de escravidão proibida. Foi tida como uma das decisões mais infelizes da história da Suprema Corte, na qual entendeu-se pela invalidade do “Missouri compromising”, logo validando a escravidão.

No Brasil, o controle de constitucionalidade nasceu após a proclamação da República, tendo como principais expoentes Campos Salles e Ruy Barbosa – este o advogado do estado do Amazonas no paradigmático caso do “Acre setentrional”, em

³⁵ BRAZIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)**. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Manda observar a Constituição Política do Império, oferecida e jurada por Sua Magestade o Imperador. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 17 mar. 2013.

que o Amazonas defendia que o novo território acreano deveria ser seu e não da União.

O objetivo do controle de constitucionalidade é conferir eficácia plena a todas as normas do ordenamento jurídico brasileiro.

Dentro do modelo brasileiro de controle, tem-se o modelo preventivo e o repressivo. Dentro de preventivo, ele se manifesta não sobre a lei já feita, mas sobre a tramitação no Legislativo. Como exemplos, há as CCJ's, o veto por inconstitucionalidade, a rejeição de projeto de lei delegada por motivo de inconstitucionalidade – em desuso devido às MP's -, além da análise do Legislativo sobre o veto por inconstitucionalidade; judicialmente, tem-se o mandado de segurança preventivo contra a tramitação de PEC's.

O modelo repressivo dá-se depois da promulgação da lei, podendo ser feito pelo Legislativo ou Judiciário. Quanto àquele, ele pode se dar nos termos do art. 49, V, da CF (Legislativo sustando ato normativo do Executivo que exorbita os limites da delegação legislativa). Pode se dar também nos termos do art. 52, X, da CF (resolução do Senado que suspende no todo ou em parte a execução de lei declarada pelo STF em decisão definitiva como inconstitucional, conferindo eficácia erga omnes à declaração). O controle repressivo político pode também se dar pela possibilidade de reconhecimento de inconstitucionalidade pelo TCU, nos moldes da súmula nº 347, do STF. Outra manifestação do controle repressivo e político é a possibilidade de ajuizamento de ADI pelo Executivo ou pelo Legislativo. Ainda há a possibilidade, objeto de celeuma, relativamente à não aplicação pelo Executivo de lei tida como inconstitucional.

O controle repressivo judicial pode se dar de diversas maneiras, possuindo várias classificações: difuso ou concentrado, quanto à concentração; abstrato ou concreto, quanto à natureza. Difuso é exercível por qualquer juiz ou tribunal no bojo de uma lide, de ofício ou por provocação do autor/réu/MP. Ele pode ser exercido por meio de qualquer ação, de forma incidental, aplicando-se o art. 97 da CF. Sobre o controle difuso, vale ressaltar a súmula vinculante nº 10, cuja redação prescreve que órgão fracionário, ao afastar a incidência no todo ou em parte de lei/ato normativo, mesmo sem declarar a inconstitucionalidade, viola cláusula de reserva de plenário. Vale lembrar que tal regra vincula inclusive o próprio STF. Impende ressaltar o entendimento que defende a objetivação do controle difuso; em suma, seria uma não admissão de ADI, quando em RE já houver sido declarada a constitucionalidade da

norma. Seria caso de improcedência de plano, ou seja, controle difuso impeditivo de ajuizamento de ADI. É uma perspectiva de equalização de eficácia das modalidades difusa e concentrada de controle de constitucionalidade.

O controle concentrado de constitucionalidade é repressivo, judicial e abstrato, sendo exercido pelo STF, no caso da CF, e pelos Tribunais de Justiça, no caso das constituições estaduais. É um controle objetivo, não possui prescrição e decadência, não há lide, não há partes e não há pretensão resistida.

Quanto à natureza, o controle, como dito, pode ser concreto (pela via incidental ou de exceção) ou abstrato (pela via principal ou direto). A questão da constitucionalidade da norma figura como causa de pedir, ou seja, equivale a uma premissa lógica do pedido principal, mas não ao objeto da ação de per si. Tratando-se de controle pela via principal ou abstrato, a questão da constitucionalidade da lei consiste no próprio objeto da causa, qual seja a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade do dispositivo normativo analisado.

Na hora em que o moderno se tornou um projeto nacional, a forma de representação predominante foi a funcional, como no começo da década de 30, fazendo-se exclusiva no período 1937-1945. Desde então, como já apontado, a representação tem conhecido, entre nós, uma natureza bifronte: a política e a funcional, em que a primeira, com frequência, cede primazia à segunda. Diante dessa complexa história institucional, que não animava a crença de que o sistema da representação política seria capaz de conduzir a bom termo a vasta agenda em favor da mudança social, inclusive por falta de sedimentação e de vínculos fortes com a sociedade, a opção do legislador constituinte foi, além de admitir ambas, torná-las complementares, compreendendo a representação funcional como integrante dos mecanismos da democracia participativa, especialmente os originários da democratização do acesso ao Judiciário.³⁶

No Brasil, portanto, existe o controle de constitucionalidade primeiramente feito pelo Legislativo, ainda em fase de processo legislativo, antes da criação da lei, e há o controle feito pelo Judiciário, uma vez que a lei já foi criada. A divisão é, então, bastante clara: sabe-se claramente que poder faz o controle e em que momento ele é feito – antes ou depois da criação legal.

Ocorre que, como se verá em tópicos posteriores, que o Judiciário não se preocupa só em controlar a constitucionalidade das leis, mas até mesmo em fazê-las

³⁶ VIANA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/APERJ, 2002. p. 483.

ou em alterá-las, mudando apenas o sentido. Isso tem gerado uma usurpação dos poderes primeiros do Legislativo e, como resposta, ele tenta controlar o controle de constitucionalidade do Judiciário! Isso pode gerar um problema de looping sobre quem controla o controlador.

Diga-se: é preciso que se delimite a instância final de decisão sobre o controle de constitucionalidade, sob pena de um poder dizer que controla e fiscaliza o outro, de forma que não há mais estabilidade nem segurança jurídica.

2.3 A Especialização das Funções Ainda Funciona?

Como acima exposto, a divisão rígida de funções, como teorizada por Montesquieu, já foi superada. Muito embora ela tenha tido importância e contribuído para o fim do absolutismo, ela não mais se adequa ao momento atual vivido pelo Estado, de buscar cada vez mais a eficiência e participação popular.

No Brasil, em especial, essa separação rígida nunca foi efetivamente alcançada, mesmo porque sempre houve o controle da política por grupos oligárquicos específicos, que se apoderavam do poder. Como exemplo, há o já mencionado fechamento do Congresso Nacional e a consequente criação de normas feita exclusivamente pelo Executivo.

O Princípio da Legalidade e o da Separação de Poderes foram mantidos tão somente sob o aspecto formal, tendo sido, na prática, ab-rogados em razão da intensa atividade legislativa praticada pelo Executivo e uma certa prática imediatista que lhe caracteriza.³⁷

Assim, muito embora já houvesse a separação de poderes na teoria, ela apenas recentemente foi efetivamente posta em prática no Brasil, já com o entendimento atualizado dos checks and balances.

Acontece que não basta o controle do poder: é preciso que quem o detenha o faça de forma legítima. Afinal, o contrato social de antes precisa ser atualizado e a legitimidade do poder é um pressuposto da democracia.

Rosanvallon trata da legitimidade dos poderes por meio da teoria política. Ele caracteriza a representação-delegação (típica dos representantes eleitos) e a

³⁷ VIANA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: UFMG/IUPERJ/APERJ, 2002. p. 75.

representação-figuração (vinculada à ideia de personificação) como a forma clássica de representação, mas fala também da nova ordem, através das autoridades independentes. Preferencialmente, elas obedecem o princípio colegiado, garantindo maior feição coletiva, social e democrática. Ainda, é preciso que haja prova da validação desse poder. É preciso que o “povo” valide as decisões daquele órgão, as imparcialidades, seja pessoal seja funcional.

Como já dito, há uma crítica à separação rígida entre as funções, devendo-se falar mais em colaboração entre as mesmas.

Mas a Constituição não pode ser compreendida como um dado acabado, como um resultado normativo objetivo. A Constituição não se realiza em si mesma, precisa e convoca todos os Poderes e atores sociais para realizar a sua substância. Ela define os limites e as possibilidades do constituir, do construir de uma comunidade. Assim, a concretização da Constituição não é tarefa isolada e exclusiva de um dos Poderes do Estado, pois vincula a sociedade e suas instituições a um referencial de sentido político que resulta de escolhas históricas e que reflete as condições desejadas de sociabilidade. Para que isso seja possível, as comunidades democráticas confiam às suas instituições a proteção dessas escolhas, definindo o conteúdo e os procedimentos que orientam uma atuação política legítima. Nesse sentido, o Poder Judiciário, como também os demais Poderes, têm a óbvia missão democrática de fazer com que se cumpra o texto constitucional.³⁸

Portanto, as funções não são mais rígidas, não sendo o Judiciário o exclusivo guardião da Constituição. Ademais, há os novos atores políticos³⁹, entre eles as empresas transnacionais, ongs, organizações internacionais, sindicatos e sociedade civil, que fazem com que essa exclusividade estatal de decisão tenha se tornado obsoleta. O Estado agora compartilha suas funções com novos atores:

O Estado Constitucional, dentro destes novos marcos, precisará revisar as fórmulas que deposita na Constituição, pois não deterá mais a exclusividade de dizer o que é jurídico e o que é constitucional. Por isso, igualmente, a jurisdição constitucional não poderá estar fechada sobre os intérpretes do Poder Judiciário. [...] O Estado como o centro da produção jurídica e política não é mais aceitável, frente à emergência de outras formas de poder, especialmente aquelas oriundas do poder econômico dos agentes transnacionais. Assim, o diálogo⁴⁰

³⁸ LUCAS, Douglas Cesar. A crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: MORAES, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 214.

³⁹ Sobre esses novos atores, ler tópico 1, com a explicação de Creveld sobre a crise do Estado.

⁴⁰ Sobre tal diálogo, ler tópico 2.2 desta dissertação.

entre os diversos sujeitos que estão no cenário nacional e internacional é a alternativa para a sobrevivência do Estado, fragmentado em todos seus aspectos constitutivos.⁴¹

Quanto a esses novos atores, Viana, Burgos e Salles fazem um levantamento sobre as Adins e seus principais atores. A pesquisa revela a constante participação deles no cenário jurídico.

Tabela 1 - Distribuição dos Autores versus Períodos do Governo

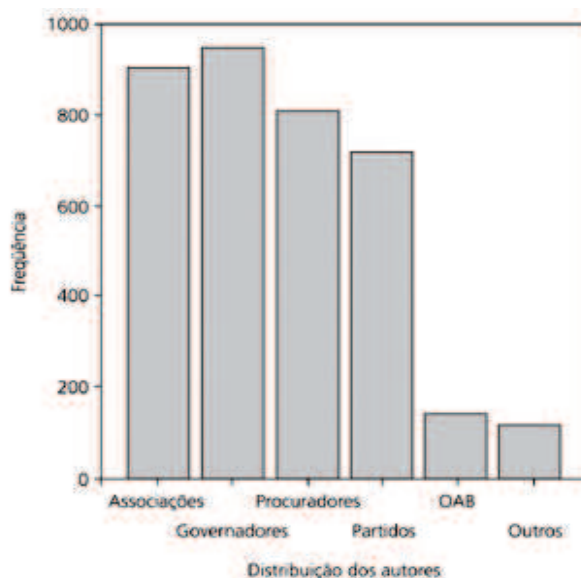
AUTOR	PERÍODOS DE GOVERNO			TOTAL
	Pré-FHC (1988-1994)	FHC (1995-2002)	Lula (2003-2005)	
ASSOCIAÇÕES	292 24,7%	424 26,0%	191 23,0%	907 24,9%
GOVERNADORES	336 28,4%	441 27,0%	172 20,7%	949 26,0%
PROCURADORES	330 27,9%	182 11,2%	298 35,9%	810 22,2%
PARTIDOS	153 12,9%	456 28,0%	114 13,7%	723 19,8%
OAB	32 2,7%	83 5,1%	25 3,0%	140 3,8%
OUTROS	41 3,5%	45 2,8%	30 3,6%	116 3,2%
TOTAL	1184 100,0%	1631 100,0%	830 100,0%	3645 100,0%

Fonte: Vianna, Burgos e Salles⁴²

⁴¹ ENGELMANN, Wilson. A crise constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 263.

⁴² VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Social**, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 48, nov. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-20702007000200002&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 de abril de 2013.

Gráfico 2 - Distribuição dos Autores (1988-2005)



Fonte: Vianna, Burgos e Salles⁴³

Aliás, o gráfico⁴⁴ não só mostra uma constante participação desses novos atores, como seu aumento a cada ano, mostrando que essa tendência está se fortalecendo. A tabela mostra que vinte e cinco por cento das Adins, de 1988 a 2005, tiveram como autores as associações. Evidencia-se, portanto, que estes novos atores já estão efetivamente participando ativamente da vida política, especialmente via ação direta de inconstitucionalidade. O cenário mudou e precisa ser assimilado pelas três esferas de poder.

Além da existência desses novos atores, como a velocidade da vida mudou e os problemas individuais precisam de respostas rápidas, o Legislativo não é mais o único lugar para se produzirem normas. Mais do que isso: o Legislativo não é obrigado a dar uma resposta aos anseios da sociedade, mas o Judiciário é obrigado a responder a cada demanda específica que chega para sua apreciação. Daí se une à ideia de Niklas Luhmann⁴⁵ de ser o Judiciário o locus de criação judiciária, por meio das decisões.

⁴³ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Social**, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 47, nov. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-20702007000200002&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 de abril de 2013.

⁴⁴ Ibid., p. 39-85.

⁴⁵ ROCHA, Leonel Severo. **Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

Luhmann, utilizando a ideia sistêmica, percebeu que a diferença entre os sistemas da sociedade e o sistema do Direito é que, uma vez que uma questão é apresentada neste, o juiz é obrigado a resolver. Por exemplo, se um casal homossexual pretende se separar e apresenta o problema a um padre ou pastor, eles não são obrigados a dar conselho ao casal. Da mesma forma, um deputado não precisará criar uma lei sobre a separação de casais homossexuais. No entanto, se este mesmo problema chega a um juiz, ele é obrigado a dar uma resposta ao problema, ainda que não haja lei específica tratando do assunto.

Assim, o fato de o juiz ter que decidir, uma vez que é o que o diferencia, será o cerne do sistema. O Direito, então, tem como centro a figura do juiz ou do tribunal e eles são a fonte criadora do Direito. Isso muda totalmente a visão antiga do Direito, tendo a lei ou a Constituição como centro. Para Luhmann, elas estarão na periferia do sistema, enquanto que o juiz estará no centro. Essa mudança torna mais fácil a visualização do juiz como criador do Direito e não mero intérprete. A cada sentença, o magistrado está criando Direito e não apenas interpretando⁴⁶.

2.3.1 O Papel do Judiciário no Estado Contemporâneo

Houve uma mudança no papel do Judiciário: com o Estado Social, ele passou a ser o garantidor e concretizador dos direitos estabelecidos nas constituições sociais, caso o Executivo não as implementasse.

Um dos mecanismos utilizados para reorganizar o quadro social e garantir esta atuação promotora do Estado foi o ordenamento jurídico que, com as mudanças orgânicas e funcionais promovidas pelo Estado intervencionista, altera sua orientação política e passa a representar um instrumento de interferência e assistência estatal para a promoção de políticas sociais.⁴⁷

Assim, como disse o autor acima, o Judiciário passou a ser um dos atores da concretização dos direitos sociais, havendo uma politização do Judiciário e, em

⁴⁶ ROCHA, Leonel Severo. **Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 119.

⁴⁷ LUCAS, Douglas Cesar. A crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: MORAES, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 181.

decorrência, uma judicialização da política: o Judiciário passou a decidir sobre matérias políticas, porque elas chegaram a ele.

A jurisprudencialização constitucional, ou seja, o entendimento do que vêm a ser os direitos constitucionais tornou o Judiciário um centro de produção normativa. Isso teve reflexo direto na crise funcional, haja vista que tradicionalmente esse era um papel do Legislativo. Acontece que este mesmo foi o responsável por produzir leis por demais amplas e sem clareza, dando maior abertura à discricionariedade do Judiciário, que cada vez mais se inseriu na vida política, econômica e social.

Aqui há uma duplicidade de entendimento: enquanto para o Legislativo esse aumento do Judiciário significa uma usurpação de sua competência legislativa constitucional; para o Judiciário, esse mesmo fenômeno nada mais foi do que o surgimento de um papel específico diferenciado, cabendo tanto ao Legislativo quanto ao Judiciário a criação do Direito.

Independentemente do entendimento, o Judiciário passou a ser a última esperança de concretização dos direitos. Não à toa, não se viu o povo indo às ruas pedir a diminuição de tal função, nas manifestações democráticas de junho de 2013: ele ainda é o apego que o povo tem em uma mudança coercitiva da sua realidade social; é o último recurso. Por outro lado, Executivo e Legislativo foram duramente criticados, inclusive a Pec nº 33⁴⁸, que ainda será abordada neste trabalho.

Não à toa a demanda do Judiciário apenas cresce. O povo vê nele sua última instância de garantia dos novos direitos dados pela Constituição. E, aumentando os direitos, se eles não são concretizados, aumentam-se os problemas, crescendo portanto a lide. Assim corrobora pesquisa do CNJ sobre a quantidade de novos processos por ano:

De acordo com o estudo, o número de casos baixados em 2013 subiu só 100 mil em relação a 2012, e ficou em 27,7 milhões, enquanto que o número de novas ações aumentou 400 mil em relação ao mesmo período e fechou em 28,3 milhões. Ao todo, há 95,14 milhões de processos em tramitação no país, sendo 67 milhões pendências de antes de 2013.⁴⁹

⁴⁸ Em Teresina, um dos motes da manifestação foi a discordância do povo frente a PEC nº 33, tendo o muro da estação central sido pichado com a expressão “não à Pec 33”.

⁴⁹ JUDICIÁRIO atingiu ápice da produtividade e demanda continua aumentando. **OABRJ Digital**, Rio de Janeiro, 23 set. 2014. Disponível em: <<http://www.oabRJ.org.br/noticia/88166-judiciario-atingiu-apice-da-produtividade-e-demanda-continua-aumentando/>>. Acesso em: 23 set. 2014.

Essa pesquisa do CNJ mostra que a tendência é o crescimento no número de processos do Judiciário, o que inexoravelmente provocará um aumento no número de servidores e juízes. Assim, o momento atual desse poder é sua contínua expansão.

Como já mencionado, um dos motivos do aumento do Judiciário foi consequência do aumento dos outros poderes. De acordo com o checks and balances, um poder deve controlar o outro. Assim, o crescimento de um deve provocar o crescimento harmônico do outro, de forma que eles sempre mantenham tamanhos similares.

Nenhum poder está imune ao projeto constitucional, que define um marco material para o exercício independente dos Poderes do Estado e concede ao Poder Judiciário a tarefa de controlar este limite. A redefinição das funções da Jurisdição e sua possibilidade interventiva é resultado da ampliação das funções estatais e um recurso indispensável para a sociedade democrática tentar evitar os desvios de seu projeto social.⁵⁰

No entanto, decidir não é suficiente, o Judiciário precisa saber como decidir.

De qualquer forma, nunca é demais insistir no tema da responsabilidade democrática dos juízes quando se debate o tema da judicialização da política. Se, por um lado, parece não restar dúvida sobre a importância da atuação do Poder Judiciário no que diz respeito à garantia da concretização dos direitos da cidadania, é fundamental que o seu atual protagonismo seja compatível com as bases do constitucionalismo democrático.⁵¹

Como consequência do ativismo judicial e do apego retrógrado à filosofia da consciência, os juízes têm decidido mal, mesmo na aplicação de casos concretos. Eles erram não por estarem legislando – usurpando função de outro poder –, mas por estarem descumprindo sua própria competência, a de julgar de forma acertada. O juiz não decide conforme o diálogo do processo e as provas, mas de acordo com sua consciência. Ele não chega a interpretar/aplicar, mas apenas a decidir conforme sua consciência determina e só então, depois de decidido, faz um recorte das partes legais que corroboram com sua decisão.

⁵⁰ LUCAS, Douglas Cesar. A crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: MORAES, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 215.

⁵¹ CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 19.

Mas para que a Jurisdição cumpra com seu papel no Estado Democrático de Direito é preciso que reconheça suas impotências e debilidades funcionais, que supere seu legado operacional e epistemológico de matriz individualista, incapaz de pensar os conflitos transindividuais e de alta complexidade da sociedade contemporânea. É preciso, também, que reconheça as limitações de uma democracia marcada por atropelos institucionais, que não esqueça das reais condições materiais de desigualdade que fazem parte do constituir constitucional, e que aceite a Constituição como um projeto capaz de conduzir um constituir permanente. Além disso, é fundamental que a Jurisdição não usurpe e não descaracterize as possibilidades constitucionais, sob pena, aí sim, de ser um perigo para as ambições democráticas, pois uma Jurisdição aparentemente absoluta e salvadora, assim como a ingerência desmedida de qualquer outro Poder do Estado, ultrapassa os limites de legitimidade instituídos pelo poder constituinte.⁵²

Essas bases acima referidas dizem respeito à superação da filosofia da consciência e finalmente à abertura do Judiciário brasileiro ao novo paradigma há muito alcançado, o giro linguístico. Para cumprir seu papel, o juiz deve, ao sentenciar, analisar tudo o que foi dialogado entre as partes no processo, pontuando tópico a tópico o que foi levantado. Assim, respeitando o que foi discutido entre as partes, o juiz está respeitando a própria democracia e fazendo com que os atores participem também produzindo o direito. Como já dito, aí sim está a compreensão, na interpretação associada à aplicação. Portanto, o juiz deve ater-se à lei, ao diálogo entre as partes, seus contextos e o caso concreto: daí, desta combinação, sairá a resposta correta.

Com o círculo hermenêutico e o diálogo respeitoso entre as partes, o Judiciário contribuirá para um aprofundamento democrático, fazendo com que as partes se coloquem no lugar do outro, abrindo espaço para entender aquela outra realidade social. Isso provoca uma crescente solidariedade e, como diz o prof. Wilson:

A democracia dentro desse cenário deverá ser conquistada e, para tanto, necessitará ser buscada, apontando muito mais para incertezas do que certezas. Para tanto, é preciso ordenar a multiplicidade de normas e possibilidades interpretativas projetadas

⁵² LUCAS, Douglas Cesar. A crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: MORAES, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 217.

pela hermenêutica filosófica, num autêntico exercício de harmonização⁵³.

O juiz não deve se ater apenas aos interesses e demandas sociais. A forma como ele responde ao destinatário final dos novos direitos é ainda mais importante dentro da função judiciária. É preciso que o juiz dê a resposta juridicamente correta. Esta resposta correta deve ser dada também em matérias de natureza internacional. Com o aparecimento de novos atores, em especial os de caráter internacional, como as organizações internacionais e as empresas transnacionais, o juiz passa a ter também o papel de assegurador da soberania estatal. É ele quem vai enquadrar atores internacionais dentro do direito nacional, fortalecendo assim o Estado e a própria figura do Judiciário.

O problema desse crescimento do Judiciário reflete na crise do Estado:

É uma crise do Estado brasileiro, de seus Poderes, de sua burocracia, de sua incapacidade de intervir no mercado. Mas é também uma crise da dogmática jurídica, dos fundamentos teóricos do direito moderno e das instituições construídas sob sua orientação. É, enfim, uma crise paradigmática a inaugurar novas tendências socioeconômicas que precisam ser lidas cuidadosamente para o bom andamento da democracia, do Estado e também da Jurisdição. Pensar a Jurisdição é, pois, pensar o Estado e a democracia.⁵⁴

O Judiciário, portanto, teve um aumento de suas funções, tanto por causa própria – com o ativismo – como por consequência do crescimento dos outros poderes – que criaram novos direitos, mas não os concretizaram, restando a via judicial ao povo. Assim, o princípio da separação dos poderes continua existindo, mas eles não são mais rígidos e estanques, como na época de Montesquieu. Legislativo, Executivo e Judiciário tem, respectivamente, a função de legislar, executar e julgar; mas isso é apenas de forma principal, cabendo a eles, de forma subsidiária, as demais funções.

O problema do Judiciário atual é que a criação normativa, uma de suas funções, está sendo ampliada, tendo ele criado verdadeiras leis. Além disso, ao

⁵³ ENGELMANN, Wilson. A crise constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 261.

⁵⁴ LUCAS, Douglas Cesar. A crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: MORAES, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 218.

exercer a sua competência primeira, ele está decidindo mal, com base no solipsismo e filosofia da consciência, mesmo o giro linguístico já tendo superado tal paradigma.

Estando correto ou não, o fato é que o Judiciário cresceu e, como consequência, o Legislativo quer se agigantar também, voltando a tornar os poderes harmônicos, haja vista que aquele tem prevalecido entre os dois. Cabe decidir, então, se a reação legislativa será feita de forma proporcional a essa ação primeira e constitucional, possível.

3 DE UM LADO DO COMBATE: A AÇÃO JUDICIÁRIA

Por se enquadrar dentro do Estado Social, recebe o Direito também esta adjetivação. Ele passa agora a conter um caráter social e não mais limitativo das funções do Estado; ele precisa agora ser dirigente e manter uma ação constante que garanta a igualdade social. Vai ser por meio do Direito que os cidadãos terão direitos e garantias sociais típicos do Estado Contemporâneo. E é de acordo com o Direito que se poderão estabelecer políticas públicas de transferência de renda e de dignidade do cidadão.

Assim, a lei passa cada vez mais a não ter caráter genérico, mas, ao contrário, ser específica e circunstancial, com o intuito de garantir direitos àquele setor específico da sociedade.

A Constituição, embora forneça um rol dos direitos sociais, não tem como obrigar o cumprimento deles por parte dos políticos. Seja por má vontade, falta de recursos ou por comprometimentos outros, alguns desses direitos não foram concretizados, e coube ao Judiciário garantir sua concretude, uma vez acionado. Foi a diferença entre as garantias constitucionais e a realidade social que deu esse novo papel ao Judiciário: o de concretizador de direitos sociais. Evidentemente, o Judiciário manda que o Executivo concretize aquele direito. Aos olhos do povo, isso torna o Judiciário o Poder que atende aos anseios e necessidades sociais.

Assim, as relações permanecem as mesmas, mas agora, inseridos num Estado Social, sociedade e Estado travam mais relações, exatamente por ser este o concretizador dos direitos sociais daquela. Como já dito, o meio coercitivo para tal concretização é o Judiciário.

Assim, fica evidente que o importante para uma democracia e para se alcançar a igualdade social, mais importante do que ter uma Constituição que garanta todos os direitos sociais – condição sine qua non –, é imprescindível que haja um agente que mande que ela se concretize: esse agente é o Judiciário. Ainda que as outras funções falhem, mesmo por omissão, o Judiciário tem que dar uma resposta.

Caso não haja manifestação do Executivo – por exemplo, por falta de verba – ou do Legislativo – dado o não interesse sobre tratar daquele determinado assunto –, cabe ao Judiciário responder à demanda social. Ele é, portanto, o lugar em que se exige o cumprimento dos direitos sociais, tendo obrigaçãp de responder às demandas de caráter reivindicatório da sociedade. O Judiciário passa a atuar em lugar

tradicionalmente destinado ao Executivo, obrigando o cumprimento das políticas sociais, tornando-se um poder mais atuante e discricionário.

Além da mudança advinda do Estado Social, a globalização e o comprometimento dos Estados com as organizações internacionais fez com que, obedecidos a alguns requisitos, os tratados internacionais podem se equiparar a emendas – como já é o caso do tratado sobre pessoas com deficiência –, emoldurando e guiando o pensamento dos juristas no sentido de como decidir.

Com tudo o acima dito, o Judiciário, mais do que querer mudar, foi obrigado a se transformar, a aumentar suas atribuições, exatamente em decorrência do Estado Social. No entanto, é preciso saber o limite dessa mudança, até que ponto essa função poderia ir e analisar se ela não extrapolou sua competência, determinada já por uma Constituição social.

3.1 O Agigantamento do Judiciário

Como se analisou acima, o Judiciário teve um crescimento decorrente do Estado Social. No entanto, esse aumento refletiu diretamente na separação de poderes e na crise funcional. É preciso diferenciar o crescimento do Judiciário do seu agigantamento, no sentido de que, além de crescer em decorrência do Estado Social, ele passou efetivamente a assumir competências que não lhe foram dadas, usurpando de fato poderes do Legislativo.

Exatamente porque as demandas sociais não concretizadas foram levadas à apreciação do Judiciário e ele tem por obrigação decidir, suas decisões passaram a ter caráter político. Ele se tornou também um agente político de transformação e de concretização dos direitos sociais; deu-se início, assim, à judicialização da política.

Existe um certo consenso no sentido de que o processo da judicialização da política, da desneutralização do Judiciário e do ativismo político seja um acontecimento presente em praticamente todas as sociedades democráticas do ocidente. Diversamente dessa constatação, as análises e diagnósticos sobre a invasão do direito nas instituições e na sociabilidade contemporânea têm ensejado posições distintas quando se trata de discutir as virtudes e as vantagens desse fenômeno na definição do processo histórico de construção da cidadania e da defesa da liberdade. Por um lado, receia-se que a invasão da política e da sociedade pelo direito possa reduzir a liberdade e a capacidade mobilizatória dos cidadãos e dos processos democráticos, cultivando uma cidadania passiva e uma sociedade de clientes que apostam tudo em uma justiça salvadora.

Tais teses, conhecidas como procedimentalistas, defendem o fortalecimento dos procedimentos democráticos, os quais devem ser protegidos pelo direito para viabilizar a formação da vontade majoritária através dos espaços de participação política.

No lado oposto, os substancialistas sustentam que as decisões judiciais auxiliam na afirmação dos direitos fundamentais e na realização de uma 'agenda igualitária', especialmente por se tratar da realização, pelo direito, de princípios jurídicos já admitidos socialmente. Ambas as teses, no entanto compartilham da ideia de que o Poder Judiciário consubstancia-se como uma 'instituição estratégica nas democracias contemporâneas, não limitada às funções meramente declarativas do direito, impondo-se, entre os demais poderes, com uma agência indutora de um efetivo checks and balances e da garantia da autonomia individual e cidadã'.⁵⁵

Como visto acima, há dois lados da mesma moeda do agigantamento do Judiciário. Cabe, a partir de agora, neste capítulo, analisar as consequências desse crescimento, discutindo seus limites e possibilidades.

3.1.1 Judicialização da Política

Com isto, fica claro o agigantamento do Judiciário, via judicialização da política, o que gera uma crise funcional. Como falou Chevalier, os Poderes estão em conflito; não há um liame definido no Brasil sobre a competência de cada um. O que se vê é a constante judicialização da política. Aliás, vive-se hoje no Brasil a judicialização de tudo: religião, política, sociedade. Ao analisar a polêmica sobre a laicidade do Estado e os dizeres religiosos nas notas de dinheiro, Streck fala categoricamente:

Claro que minha análise é hermenêutica. Não importa o que eu penso sobre o assunto. Tais escolhas são de índole da razão prática solipsista. E estas não importam. O que falo, aqui, é do âmbito do Direito. E Direito não é filosofia, não é política, não é sociologia, não é religião, como venho deixando claro. E o que discuto são os espaços da judicialização. Ou o imperialismo da judicialização sobre esses espaços culturais que devem ser discutidos no plano de outra esfera, que não a do Judiciário! É assim que este texto deve ser lido!⁵⁶

⁵⁵ LUCAS, Douglas Cesar. A crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: MORAES, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 202.

⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. Como assim, a "inconstitucionalidade" de Deus? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 22 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-22/senso-incomum-assim-inconstitucionalidade-deus>>. Acesso em: 22 nov. 2013.

A crítica refere-se ao assunto levado ao Judiciário e por ele decidido. Matérias que deveriam ser discutidas em outros âmbitos, como cultural e social, são decididos por juízes. Para o autor, há assuntos cuja discussão não compete a esse poder.

Para Lucas, a judicialização da política é algo deveras negativo:

A invasão da política pelo direito entorpece a capacidade democrática da sociedade e enclausura todas as possibilidades de emancipação dentro da racionalidade burocrática do Judiciário, aumentando o desprestígio da política e das alternativas democráticas na produção do direito na condução do devir histórico⁵⁷.

E ele vai além, concluindo: “O deslocamento da política para a justiça pode viabilizar a instauração de uma tirania das minorias e, inclusive, uma crise de identidade social”.⁵⁸

Mais ainda, Lucas diz:

O sofrimento sedutor, característica típica de uma sociedade que derruiu com o poder de identidade dos laços sociais, possibilita a formação de um consenso arcaico, emocional, que impede o aparecimento de um interesse comum e que permite a mobilização social apenas em situações de urgência. A Jurisdição, nesse contexto, se constitui como gestora de emoções, de vinganças e de consensos firmados em razão do sofrimento dos cidadãos-vítima, uma vez que, na ausência de um projeto democrático partilhado para a condução do futuro, a alternativa derradeira para a sociedade desarticulada é unir-se em torno da justiça dos Tribunais, os verdadeiros guardiões das promessas da modernidade⁵⁹.

Para o Autor, portanto, a Judicialização da política, ao invés de fortalecer a democracia, a enfraquece, pois o povo aprende a via única do Judiciário para buscar o atendimento de suas demandas. Assim, espaços outros de discussão, como o Legislativo e o próprio debate social, saem enfraquecidos.

Habermas, por sua vez, sustenta que se deve defender os procedimentos de criação democrática do direito, protegendo o direito de todos participarem de forma igual da discursividade produtora dos sentidos jurídicos. Segundo o filósofo frankfurtiano, é indispensável a institucionalização de espaços imparciais que viabilizem a conversação das pluralidades e a produção de consensos a partir de

⁵⁷ LUCAS, Douglas Cesar. A crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: MORAES, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 202.

⁵⁸ Ibid., p. 204.

⁵⁹ Ibid., p. 204.

um procedimento que permita a inclusão de todos os cidadãos nos ambientes discursivos. Deste modo, numa sociedade pluralista, a fundamentação das normas jurídicas é resultado de um procedimento democrático que garanta a participação de todos na formulação do direito.⁶⁰

Da mesma forma, Habermas entende a democracia não como um espaço jurídico, mas dialogado. Para ele, deve haver a radicalização dos espaços de dialogicidade e interlocução da população; esta tem que ter voz e participação. Afinal, o Parlamento deve se resguardar no papel de criar leis voltadas ao povo, enquanto o Judiciário deve se preocupar apenas em ditar as regras do jogo. Dessa forma, aquela ideia de contrato social é refundada e revalidada dia a pós dia por meio da participação do povo⁶¹.

Dessa forma, a divisão de poderes precisa ser revisitada, tendo os cidadãos não só como destinatários da norma, mas também como autores partícipes. Controle constitucional serve, então, para concretizar direitos e manter a ordem jurídica.

A divergência entre procedimentalistas – Habermas como exemplo – e substancialistas é clara: enquanto estes veem no juiz um papel último de cumpridor e concretizador de direitos, aqueles não os colocam no papel de concretizador, mas tão somente um fiscal do cumprimento de direitos.

Os substancialistas valorizam o direito Constitucional, atribuindo a ele o poder de direção no papel de concretizar os direitos sociais. Dessa forma, o direito faz a concretização dos valores constitucionais e o juiz é a figura que passa a concretizar – executar – o rol de direitos elencados na Constituição e sonhado pelo povo. Assim, o Judiciário acaba assumindo e executando o trabalho do Executivo, quando este não cumpre suas obrigações oriundas do Estado Social. Percebe-se que a função de julgar do juiz acaba fazendo com que, por meio da decisão, ele torne real, aplicado ao caso concreto aquele direito que o povo tem. Esse, no entanto, sempre foi o papel do juiz: concretizar o direito, resolvendo a lide. A diferença é que a lide era, em sua maioria, advinda do direito privado, de questões privadas e, com o advento do Estado Social, as querelas passaram a ter como polo passivo também o Estado. Isso fez

⁶⁰ LUCAS, Douglas Cesar. A crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: MORAES, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 205.

⁶¹ HABERMAS, J. Soberania popular como procedimento: um conceito normativo de espaço público. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, v. 26, p. 100-113, 1990.

com que os juízes passassem a concretizar os direitos sociais da população, novidade vinda com a CF/88.

Portanto, enquanto para os procedimentalistas a judicialização da política enfraquece a democracia, para os substancialistas não há alteração, haja vista que o Judiciário apenas cumpre um papel que sempre foi seu. Analisada por esses dois modelos, a judicialização da política é o englobamento no âmbito judicial de discussões antes restritas à área política. Com o Estado Social, nenhuma matéria pode ser excluída de apreciação judicial, em especial a política.

3.1.2 Ativismo Judicial

Além do problema da judicialização, há também o ativismo judicial. Enquanto a judicialização trata de um fenômeno que não resulta da vontade do Judiciário, mas das próprias consequências do Estado Social aumentando as matérias de decisão daquele, o ativismo trata do interesse e da escolha dessa função de se tornar ainda maior, extrapolando os limites dados a ela por esse modelo estatal; trata-se, aqui, não do que se julga, mas de como se julga.

Durante o paradigma aristotélico-tomista, o sentido do objeto estava na sua própria essência, independentemente de qualquer interferência do sujeito. Assim, um leão era um leão, não interferindo o fato dele ser pensado na Grécia ou estar nas savanas africanas. Já com a quebra desse paradigma e o surgimento da filosofia da consciência, advindos do Iluminismo, o objeto parou de ter importância em si, dependendo daquilo que o sujeito formularia sobre ele. Deu-se início assim ao esquema sujeito-objeto. Portanto, para esse novo paradigma, o leão só faria sentido a partir do que eu pensasse sobre ele. Assim, ele até poderia estar nas savanas – isso seria irrelevante –, o que importaria era meu pensamento sobre ele: a minha consciência sobre aquele objeto, ainda que eu nunca o tivesse visto. Analogamente, no mundo jurídico, essa filosofia trouxe grandes prejuízos, uma vez que o juiz passou a decidir conforme sua consciência, não importando o que estava sendo discutido entre as partes, nem mesmo sua fundamentação legal, às vezes.

A partir da matriz hermenêutica, com Heidegger⁶² e Wittgenstein, deu-se a ruptura com a filosofia da consciência, iniciando-se o chamado giro linguístico. Com

⁶² HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad.: Márcia Sá C. Schuback. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. pt. 1 e 2.

ele, há a quebra desse esquema sujeito-objeto e o que importa é a dialogicidade entre os sujeitos sobre o objeto em questão. Assim, numa mesa de bar em que o assunto é o leão, o biólogo pode estar referindo-se ao animal, que se encontra sob seus cuidados; o fanático por futebol está falando do técnico; e o empresário falando do custo da tributação. Assim, se não houver diálogo entre as partes para se entender o objeto discutido, vai haver uma confusão de sentidos. Do mesmo jeito, não pode sozinho o juiz decidir sobre que leão se está discutindo. Agora ele precisa dialogar com as partes processuais e juntos analisarem o objeto. Como inovação, o sentido do texto não mais está na consciência do sujeito, mas na linguagem como condicionante da nossa existência. Na sentença, portanto, o juiz não pode mais decidir conforme sua consciência, mas sim conforme o que foi tratado no processo, ponto a ponto.

O diálogo acima mencionado não deve ser feito de qualquer forma, no entanto. Dialogar não significa apenas expressar sua opinião, sem estar aberto ao outro, mas antes respeitar o que o outro tem a dizer e assimilar suas contribuições.

Assim, o diálogo coloca-se na possibilidade de que cada uma das partes envolvidas respeite a opinião do outro, sem necessariamente ocorrer a preponderância de um dos sujeitos, formando uma 'solidariedade ética' centrada 'na comunhão de opiniões, que é tão comum do mundo'. [...] Nesses contornos estão assentados os pressupostos para a possibilidade de diálogo entre os diversos sujeitos envolvidos pela globalização. Vale dizer, ocorre o favorecimento do diálogo, visando à crítica sobre os aspectos dados até então, mas, especialmente, à valorização e à defesa de alguns pressupostos básicos remodelados: o Estado e a Constituição.⁶³

O diálogo, como explanado acima, não é feito de qualquer forma, mas travado com isonomia e igualdade entre as partes. Este pensamento está coadunado com o momento atual do Estado, em que a participação de novos atores e a globalização fazem com que seja imprescindível não só dialogar, mas fazê-lo da forma correta, formando essa solidariedade ética, respeitando e unindo as ideias, equilibrando os desejos sociais de ambas as partes, colaborando para o crescimento da democracia e seu aprofundamento.

⁶³ ENGELMANN, Wilson. A crise constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 260.

Como disse Gadamer, a compreensão não é um comportamento exclusivamente vinculado ao entendimento do sujeito sobre o objeto, mas dos efeitos da história na vivência do homem⁶⁴. Ainda mais no mundo contemporâneo, em que se vive a era dos riscos e incertezas, de novos atores sociais e políticos, do multiculturalismo e da complexidade, dialogar se torna estritamente fundamental.

Esse giro permite que as decisões jurídicas saiam do posicionamento ideológico do indivíduo, é o fim do solipsismo, da decisão conforme a consciência de cada um. O giro dá a segurança jurídica necessária a qualquer democracia efetiva, completa. Como figura central da hermenêutica, vai ser a linguagem que dará o sentido buscado na compreensão, que é a soma da interpretação e da aplicação, de forma única. Assim, como interpretar é também aplicar, no círculo hermenêutico, desde a pré-compreensão, é preciso que se faça sempre uma nova interpretação a cada caso concreto, uma vez que o texto sempre vai se mostrar de uma forma diferente. Logo, a Constituição não mais pode ser aquilo que o Supremo Tribunal Federal acha que ela é, principalmente em seu caráter imutável de súmulas vinculantes⁶⁵. Ora, essas súmulas são o oposto do giro linguístico, são o aprisionamento do sentido do texto, a não aplicação em cada caso; portanto a sua não interpretação e compreensão. Muito embora a súmula trate do leão da savana, num processo específico, trata-se do leão, técnico de futebol. Mesmo assim, o juiz utiliza a súmula em sua decisão, cumprindo seu papel de decidir, ainda que decidindo de forma errada (ninguém exigiu que ele decidisse acertadamente, apenas que decidisse).

Melhor explicando: Lei e súmula são textos. A norma é criada no momento da aplicação do texto da lei ao caso concreto. Assim, sempre que o juiz aplica a lei no caso concreto, ele está fazendo surgir a norma, restrita àquele caso específico. No entanto, com o advento da súmula, o Judiciário passou a ter a competência (?) para não só aprisionar o sentido do texto como também para criar textos de caráter geral. Ressaltam-se, aqui, os ensinamentos do professor Streck, de que apenas é norma a sentença vista em seu próprio caso; fora disto, é apenas enunciado normativo:

⁶⁴ ENGELMANN, Wilson. A crise constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 255.

⁶⁵ Como o objetivo da dissertação é deixar clara a existência do ativismo, mas sem aprofundamentos maiores, escolheu-se apenas o intuito das súmulas vinculantes para servir como exemplo, mas deixa-se aqui a observação de que há outros tão prejudiciais quanto, como a repercussão geral.

Entretanto, faz-se necessário destacar que o dispositivo da sentença, ao ser utilizado em casos futuros, não configura mais a norma em si, o texto do dispositivo que consubstanciou a norma do caso concreto em que foi proferida a sentença interpretativa passa a consistir em enunciado normativo a solucionar casos futuros, dando origem a novas normas à medida que surgirem novas sentenças resolventes de novos casos jurídicos. As súmulas vinculantes são o exemplo mais claro de criação de enunciados normativos pelo STF.⁶⁶

Se, no momento de aplicar o texto da lei ao caso concreto, o juiz, ao invés de usar a lei, usa a súmula, então ele afastou a lei, para se utilizar de um instrumento criado pelo próprio Judiciário. Ele passa, então, a ser produtor e aplicador da lei, num erro duplo: toma para si função que não lhe foi dada constitucionalmente e usurpa de outra função competência desta. Daí, inevitavelmente, se tem a crise funcional, o Judiciário atribuindo para si própria função que é do Legislativo, prejudicando o sistema de checks and balances.

É emblemático o texto do PSV aprovado recentemente pelo STF, criando a súmula vinculante nº 37, com o seguinte teor:

“Não cabe ao poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia⁶⁷”.

O próprio STF, em súmula, ou seja, em texto normativo, reconhece que a função do Judiciário não é a legislativa. De novo: em texto normativo, o STF diz que não pode fazer texto normativo (!!!). É o STF reconhecendo que não pode sumular – e o faz em súmula! Esta súmula é o reconhecimento de que o ativismo é um problema, uma vez que a mais alta corte do país é obrigada a reconhecer que não pode adentrar na competência de outra função. Ora, pra ela ter que sumular algo tão óbvio, é porque a quantidade de causas chegando aos ministros, questionando o ativismo judicial, estava altíssimo – até porque a súmula vinculante nasce de reiteradas decisões do STF no mesmo sentido. E a proibição para legislar é completa, sem exceção. O Judiciário não pode legislar, nem mesmo sob o argumento de isonomia, nem mesmo para aumentar vencimento de seus próprios servidores!

Ainda mais: como dificilmente um caso vai ser igual ao outro, as partes do processo perdem o direito a uma sentença motivada e ao princípio da legalidade.

⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 53.

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF aprova quatro novas súmulas. **Notícias STF**, Brasília, DF, 16 out. 2014. Disponível em: <[vinculanteshttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=277650](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=277650)> Acesso em: 25 de novembro de 2014.

Quanto àquele, o juiz não olha as especificidades do caso, mas já importa aquela súmula e aplica ao processo, ainda que o objeto compreendido aqui seja diverso do da súmula. Quanto a este, no mínimo, é questionador o fato de a decisão do juiz não ter vínculo direto com a lei, produzida pelo Legislativo, locus da criação do texto de caráter geral e abstrato. Como diz Streck:

Desse modo, se é súmula ou lei, tanto faz. Trata-se de um texto que somente existe interpretativamente. Não há texto sem normas, e a norma exsurge da facticidade. Isso se chama *applicatio*. Em cada interpretação, sendo súmula ou lei (ou precedente, para contentar os aficionados pela tese da *commonlização*), deve haver sempre a reconstrução do caso, o que implica reconstruir interpretativamente a história institucional do instituto ou dispositivo sob comento.⁶⁸

Assim, mais uma vez se evidencia o óbvio dentro da hermenêutica: o sentido não pode ser aprisionado! Deve o juiz analisar o texto normativo naquele caso concreto, fazendo assim a interpretação.

É esse erro, na utilização de um paradigma antigo e superado, que fundamenta teoricamente o ativismo judicial. A atividade do juiz cresceu sim com o Estado Social, mas ela foi além, devido ao caráter das decisões judiciais. E isso traz um prejuízo direto para a democracia e para a separação das funções estatais. A sentença, ao invés de obedecer ao diálogo travado entre as partes, segue apenas a consciência do magistrado, o que gera enorme insegurança jurídica, e mesmo abalo da confiança nas instituições democráticas. Some-se a isso o fato de que o Judiciário é a única função cujos membros não são eleitos pelo povo, mas assumem a função pública por meio de concurso público, o que já provoca uma crise quanto à sua legitimidade.

Além disso, de acordo com a tripartição de funções, cabe ao Legislativo criar normas de caráter abstrato e geral e ao Judiciário aplicá-las em cada caso, de forma restrita às partes. No entanto, as sentenças, acórdãos e súmulas passaram a ter efeito maior do que o que deveriam, de acordo com o ativismo, assumindo caráter geral e abstrato, com verdadeiro poder normativo. Assim, o Judiciário usurpou uma função do Legislativo e com um problema a mais, aprisionando o sentido do texto, interpretando-o abstratamente e de forma única, sem se preocupar com sua aplicação em cada caso.

⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 103.

Veja-se a contradição causada pela filosofia da consciência: numa época de incertezas, transições e novas possibilidades e demandas, o Judiciário cria uma certeza de sentido! Ele vai no oposto do que pede o mundo contemporâneo, tornando-se não só defasado como agigantado, inchado, ocupando espaço de outrem. Assim, o locus privilegiado da criação normativa sofre um deslocamento: vai para o Judiciário, contribuindo enormemente para a crise funcional, em primeiro, e a crise do Estado, de forma mais ampla.

Essa discussão já se assentou em nível internacional, uma vez que já há a superação do positivismo. Ocorre que, no Brasil, esse debate entre a filosofia da consciência e o giro linguístico ainda é profundo, e objeto de várias pós-graduações.

Sobre o solipsismo, é extensa a lista de autores que criticam fortemente a sua existência, como Ronaldo Bretas de Carvalho Dias, André Del Negri, Rosemiro Pereira Leal e Marcelo de Andrade Cattoni – para citar apenas alguns.

O mais proeminente crítico da relutância em se aceitar o giro linguístico no Brasil é Lênio Streck, que em inúmeros artigos e livros explicita o dano causado pelo solipsismo. Em “O que é isto – decido conforme minha consciência?”, o professor faz uma construção histórica do giro linguístico; mostra o mal do solipsismo impregnado em decisões de juízes brasileiros; e conclui que a resposta correta é a adequada à Constituição e não à consciência do intérprete, garantindo-se a integridade do direito a partir da força da Constituição. Em uma nota de rodapé do mesmo livro, ele diz que “O problema do ativismo surge exatamente no momento em que a Corte extrapola os limites impostos pela Constituição e passa a fazer política judiciária, seja para o bem, seja para o mal.”⁶⁹

Com ele e focados na permanência da filosofia da consciência, os juízes decidem conforme querem. Eles passam a “interpretar” as leis para aplicá-las conforme a conveniência e sua consciência. Assim, há sentenças e acórdãos de todos os tipos: certos, errados, e os que chegam ao absurdo mesmo de criar leis, tão absurda foi a interpretação. Foi devido a esses dois males que o Judiciário cooptou para si uma competência que é constitucionalmente do Legislativo. E isso representa bem a crise funcional: um Poder assumindo competência do outro.

Quanto às decisões do STF, o tema é tão atual e controverso que o Legislativo tentou recentemente limitar o poder da Corte quanto às súmulas. As PEC’s e o PRC

⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 22.

aqui estudados, apesar de não terem sido arquivados, pararam de tramitar, em razão de sua inaceitação pelo povo e meios acadêmicos. Esta dissertação tem por objeto o estudo da reação do Legislativo, em especial quanto às PEC's e o PRC, analisando seus sujeitos, quem influenciou e quais os limites da reação.

É inegável, portanto, que a crise instaurada entre os Poderes é atual e bastante interessante e discutida. Haja vista que em 2015 dar-se-á mais um período Legislativo, é preciso que o meio acadêmico esteja preparado para discutir uma provável nova reação do Legislativo. Uma vez que a judicialização da política e o ativismo continuam inalterados, o possível é que o Legislativo tente mais uma vez frear esse agigantamento do Judiciário. Assim, é preciso que se estude esse fenômeno, sabendo inclusive quem o influencia e até que ponto essa influência se dá.

O que ocorre, no entanto, é que o Judiciário extrapola sua competência constitucional; em vez de interpretar, escolhe lados, decide exclusiva e politicamente, cria “resoluções”, “atos normativos”, “instruções” que são, de fato, verdadeira criação normativa. O Judiciário passa a legislar, usurpando um poder que é do Legislativo. São inúmeros os exemplos em que os tribunais brasileiros extrapolam sua competência e decidem eles próprios temas importantes para a sociedade e que deveriam ser debatidos em seu local próprio: o Congresso – *locus* privilegiado da legitimidade democrática brasileira. Ademais, é de se perguntar sobre a legitimidade democrática de uma decisão por vezes inconstitucional do STF, como o caso paradigmático dos fetos anencéfalos.

Em recentes e seguidas decisões, o STF tem feito uma verdadeira mutação constitucional, utilizando-se de métodos hermenêuticos que possibilitem o ativismo judicial. Há, apenas para citar exemplos, o caso da verticalização das coligações partidárias; a fidelidade partidária; mais recentemente, houve a aprovação do aborto dos fetos ditos anencéfalos; e o casamento gay, em que o STF, usando o controle de constitucionalidade, interpreta a Constituição de forma tão ampla que acaba dando novo sentido ao seu conteúdo normativo.

Há ainda vários outros exemplos que evidenciam que esse ativismo é um risco, pois tira o debate e a criação de leis do seu Poder legítimo e competente, o Legislativo. Fica, então, uma lacuna seriíssima e ainda não resolvida sobre a legitimidade democrática das decisões do STF que se opõem inclusive à lei, criada pelo legislador – representante direto do povo.

Essas decisões reiteradas do STF em desacordo com a Constituição e mais ainda em contrariedade com o Legislativo evidenciam o solipsismo praticado na mais alta Corte do país, o que leva a uma obscuridade e insegurança jurídica enormes – muito embora alguns chamem de mutação constitucional⁷⁰.

O Poder Judiciário tem por função precípua a atividade judicante e o dever de zelar pelo cumprimento da Constituição Federal. Ao analisar casos, mesmo que principiologicamente, devem-se aplicar as Normas constitucionais, limitando-se a aplicá-las dentro das interpretações de seus agentes públicos, em última instância e grau máximo de análise judicial em colegiado, os Ministros do Supremo Tribunal Federal. A Constituição não atribui a esses representantes máximos a competência para editar lei.

Os Ministros do Supremo Tribunal Federal em desobediência à independência dos Poderes e suas competências reputam suas decisões como lei, constitucionais ou não, criando Norma em âmbito nacional com a legitimidade questionável devida ao processo de criação/edição de tal norma de aparência constitucional.

O controle de constitucionalidade exercido pelo STF se dá para assegurar a supremacia da Constituição Federal, em que há um determinado escalonamento e todo o ordenamento jurídico, e os atos jurídicos praticados têm que se adequar à Carta Magna. Esse controle se dá através do um instrumento jurídico próprio para contestar a constitucionalidade de leis e atos no aspecto formal ou material, no qual são interpretadas hermeneuticamente, e não há que partir para o ativismo judicial.

O que vem acontecendo no Brasil, entretanto, é o abuso da competência de controle constitucional dado ao STF, que faz uso dela para criar “leis”. Aliás, mesmo as outras esferas do Judiciário criam leis e não apenas normas. Essa criação se dá de forma direta e indireta: direta, quando o Judiciário edita resoluções, portarias e afins efetivamente criando normas de caráter geral e abstrato, com cumprimento obrigatório, sob pena de sanção – ou seja, leis. É o caso abaixo analisado da Resolução do TSE que entende que o rol do artigo 55 da CF é meramente exemplificativo e adiciona uma possibilidade de perda de mandato eletivo, a infidelidade partidária.

⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira . O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 41, n. 162, abr./jun. 2004. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegrf/riil/Pdf/pdf_162/R162-12.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2012.

Indiretamente, o Judiciário não altera o texto legal nem cria um novo, apenas muda a interpretação daquela lei, mas muda ao ponto de alterar totalmente seu sentido anterior, chegando mesmo a dar um sentido oposto. Isso é a já mencionada mutação constitucional. Em tópico posterior, analisar-se-á uma situação recente em que o STF, sem alterar letra de lei, alterou o sentido, via interpretação extensiva: o caso do casamento homossexual.

Para entendimento melhor do solipsismo acima mencionado, causado pela filosofia da consciência, estudam-se a seguir alguns casos, meramente exemplificativos, com o intuito de comprovar a existência da ação judiciária, baseada no solipsismo, que dará ensejo à reação legislativa.

3.1.2.1 Verticalização das Coligações Partidárias

O poder regulamentar conferido privativamente ao TSE para “[...] expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código”⁷¹, art. 23, IX do Código Eleitoral, é conveniente haja vista o potencial interesse político-partidário do Presidente da República nas eleições gerais. No entanto, o poder conferido ao TSE pelo Código Eleitoral, lei complementar prevista na CF em seu art. 121, foi apenas o de regulamentar a lei; e que esta regulamentação se atenha à lei à qual se submete. Nunca, na função regulamentar, o TSE poderá criar ou extinguir direitos.

A Resolução do TSE n° 20.993/02 aprovada apenas sete meses antes da eleição presidencial do corrente ano, obrigou a verticalização das coligações partidárias:

Art. 4° É facultado aos partidos políticos, dentro da mesma circunscrição, celebrar coligações para eleição majoritária, para proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso, formar-se mais de uma coligação para a eleição proporcional entre os partidos políticos que integram a coligação para o pleito majoritário (Lei n° 9.504/97, art. 6°, caput).

§ 1° Os partidos políticos que lançarem, isoladamente ou em coligação, candidato à eleição de presidente da República não poderão formar coligações para eleição de governador/a de Estado ou do Distrito Federal, senador/a, deputado/a federal e deputado/a estadual ou distrital com partido político que tenha, isoladamente ou

⁷¹ BRASIL. **Lei n° 4.737, de 15 de julho de 1965**. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737compilado.htm>. Acesso em: 25 abr. 2014.

em aliança diversa, lançado candidato/a à eleição presidencial (Lei nº 9.504/97, art. 6º; Consulta nº 715, de 26.2.02).⁷²

Provocado pela consulta pública nº 715, o TSE decidiu, portanto, pela chamada “verticalização das coligações”, impedindo seu caráter regional. Assim, aqueles partidos que lançassem candidato à Presidência, estariam obrigados a seguir em todo o Brasil a mesma coligação nacional. Essa resolução contrariou frontalmente a Lei nº9.504/97, que em seu art. 6º trazia:

Art.6º - É facultado aos partidos políticos, dentro da mesma circunscrição, celebrar coligações para eleição majoritária, proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso, formar-se mais de uma coligação para a eleição proporcional dentre os partidos que integram a coligação para o pleito majoritário.

Em atenção ao princípio da legalidade, “[...] ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, art. 5º, II da CF⁷³. Na organização do Estado, a competência para legislar em matéria eleitoral é privativa da União, art. 22; e “o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal”, art. 44 da CF⁷⁴. Aos Tribunais Superiores, no caso do TSE, fica reservada a competência para a iniciativa das leis complementares e ordinárias, ou seja, a propositura da lei no Congresso Nacional, mas jamais edição ou promulgação propriamente de lei.

Logo, o TSE não pode criar lei, obviamente, como o fez. Com a justificativa de “interpretar” o art. 17, I, da Constituição, o TSE acabou por criar novo dispositivo, ignorando completamente o princípio da legalidade e até mesmo artigos de lei.

Insatisfeitos com a Resolução, os partidos políticos adotaram três estratégias simultâneas com o intuito de afastar o novo entendimento jurídico interpretativo do referido art.17 da CF e assim acabar com a verticalização das coligações partidárias.

A primeira das estratégias foi o ajuizamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidade – a ADI nº2626, proposta conjuntamente pelos partidos PT, PCdoB, PL, PSB e PPS, e a ADI nº2628, proposta unicamente pelo PFL – que seria

⁷² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 20.993, de 26 de fevereiro de 2002**. Dispõe sobre a escolha e o registro dos candidatos nas eleições de 2002. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2002/RES209932002.htm>>. Acesso em: 25 abr. 2014.

⁷³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 abr. 2014.

⁷⁴ Ibid.

a declaração de inconstitucionalidade da Resolução 20.993, pretendida pelos partidos políticos, pelo próprio Poder Judiciário. Entretanto, o TSE contrariou a pretensão dos partidos inconformados com o novo entendimento trazido pela Resolução e entendeu, por 7 votos a 4, pelo não-conhecimento das ADIs ao reconhecer que a Resolução 20.993 foi um ato normativo secundário e portanto não pode ter sua constitucionalidade questionada no Supremo. Apenas atos primários são passíveis de controle pelo STF, conforme jurisprudência da Corte⁷⁵.

O Congresso aprovou a EC nº 52/2006, que deu de volta a liberdade dos partidos em decidir suas coligações em âmbito regional, assim alterando o disposto no artigo supra-citado:

Art. 17.
 § 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.⁷⁶

Levada a questão ao STF, ele decidiu que somente a Emenda deveria obedecer ao princípio da anterioridade anual da lei eleitoral. Portanto, declarou inconstitucional a Emenda, feita por deputados e senadores eleitos pelo povo e declarou válida Resolução de um órgão do Poder Judiciário, tratando sobre eleições, contrariamente à própria Constituição e a leis infra-constitucionais. Esse caso mostra claramente como o Supremo legislou ativamente em cima de uma emenda criada pelo Legislativo, indo bem além de suas atribuições, com a justificativa de “interpretar” o que a Constituição quer dizer.

3.1.2.2 Fidelidade Partidária

A Constituição Federal ao dispor sobre a Organização dos Poderes legislativo, executivo e judiciário, determinou taxativamente as formas em que o poder

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Supremo mantém decisão do TSE sobre coligações. **Notícias STF**, Brasília, DF, 18 abr. 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=58655&caixaBusca=N>>. Acesso em: 26 abr. 2014.

⁷⁶ BRASIL. **Emenda constitucional nº 52, de 8 de março de 2006**. Dá nova redação ao § 1º do art. 17 da Constituição Federal para disciplinar as coligações eleitorais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc52.htm>. Acesso em: 26 abr. 2014.

legislativo, no caso em tela, Deputado ou Senador, perderá o seu mandato eletivo, conforme previsto no art. 55º, “*in verbis*”:

Art. 55 - Perderá o mandato o Deputado ou Senador:
I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;
II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;
III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;
IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;
V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;
VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.⁷⁷

Não satisfeito com tais formas de perda de mandato eletivo, previstas na Carta Magna, acima citada, o TSE editou uma Resolução nº. 22.610, na qual estabeleceu uma nova causa para perda do mandato e de justificação de desfiliação partidária, desta forma adicionando uma previsão não exposta na Constituição Federal, em que caberia ao Poder Legislativo realizar tal medida, mostrando, mais uma vez, a querela envolvendo resolução do TSE e o Legislativo.

Conforme a Resolução, o partido político interessado pode pedir, na Justiça Eleitoral, a decretação da perda do cargo daquele eleito que se desfilia do partido sem justa causa:

Art. 1º - O partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa.
§ 1º - Considera-se justa causa:
I) incorporação ou fusão do partido;
II) criação de novo partido;
III) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;
IV) grave discriminação pessoal.⁷⁸

Percebe-se mais uma vez que o Judiciário, com o mesmo pretexto de “interpretar” a Carta Magna, acaba legislando, usurpando do Legislativo tal poder. Esse caso, apesar de não ter decisão do STF, mostra claramente que o Judiciário

⁷⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 abr. 2014.

⁷⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 22.610, de 25 de outubro de 2007**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2007/RES226102007.htm>>. Acesso em: 25 abr. 2014.

brasileiro passou a criar leis, constitucionais ou não, arrancando do Legislativo sua competência, ferindo fortemente a democracia.

O próprio Código Eleitoral, que vem a ser uma lei específica do Direito Eleitoral, não determina que o Tribunal Superior possa criar atos novos por meio de decisões, e sim, que seja apenas um executor da legislação eleitoral, conforme se vê no art. 23, da Lei 4.737/65:

Art. 23 - Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior,
[...]
XVIII - tomar quaisquer outras providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral.

Como diz o próprio inciso XVIII, do art. 23 da Lei nº. 1.737/65, o TSE é um executor da legislação eleitoral. Sendo assim, não pode tomar como providência para a execução da legislação eleitoral a criação de uma outra lei, como fez com a Resolução nº. 22.210, na qual acrescenta dispositivo não previsto na Constituição Federal, pois cabe ao Poder Legislativo a criação das leis, e não ao Judiciário, ferindo o Princípio da Separação dos Poderes, onde determina que eles devem ser harmônicos e independentes entre si, evitando uma confusão entre os Poderes.

Porém, o TSE, na criação da Resolução nº. 22.210, justificou a sua criação através das atribuições que lhe são conferidas no inciso XVIII, do art. 23 da Lei nº. 1.737/65, que, como já foi esplanado acima, o citado inciso refere-se apenas à execução da legislação eleitoral e não à criação de lei.

Os poderes do Estado, além de exercerem suas funções típicas, também excepcionalmente vêm a exercer uma função atípica ao seu poder. Sendo assim, o Poder Judiciário tem como função típica a de resolver conflitos, e também exercer de forma atípica a função de legislar, sendo esta a elaboração de normas regimentais internas, ou seja, normas sobre a competência e o funcionamento de seus órgãos, totalmente diferente da criação de lei que o Poder Legislativo exerce de forma típica.

É o que se vê no art. 96⁷⁹, inciso I, da Constituição Federal, abaixo transcrito:

Art. 96. Compete privativamente:
I - aos tribunais:
a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias

⁷⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 abr. 2014.

processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva;

c) prover, na forma prevista nesta Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição;

d) propor a criação de novas varas judiciárias;

e) prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei;

f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados.

A realização da Resolução do TSE, além de basear-se no art. 23, XVIII do Código Eleitoral, foi também com observância do que decidiu o STF nos Mandados de Segurança n. 26.602, 26.603 e 26.604, no julgamento da ADI 3.999-7/DF, no qual o Relator, Ministro Joaquim Barbosa, entendeu constitucional a desfiliação partidária, por meio do Princípio da Fidelidade Partidária, conforme julgamento do STJ:

DIREITO ELEITORAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA SEM JUSTA CAUSA. PERDA DO CARGO ELETIVO. RESOLUÇÃO N. 22.610/2007 DO TSE. CONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ELEITORAL. - O Tribunal Superior Eleitoral, regulando a matéria, editou a Resolução n. 22.610/2007, a qual dispõe sobre o processo de perda de cargo eletivo e a justificação de desfiliação partidária, a fim de dar cumprimento ao que decidiu o Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Segurança n. 26.602, 26.603 e 26.604, bem como com base no art. 23, XVIII, do Código Eleitoral.- O STF, no julgamento da ADI 3.999-7/DF (relator Ministro Joaquim Barbosa), decidiu pela constitucionalidade da aludida norma, como instrumento assecuratório da observância do princípio da fidelidade partidária, em caráter excepcional e transitório até pronunciamento do Poder Legislativo. - A questão posta em debate, no caso concreto, consiste na eventual desfiliação partidária sem justa causa, a caracterizar "infidelidade partidária", de vereador, em período posterior (2009) à data da vigência da norma em debate (30.10.2007). Ademais, tanto nos autos do mandado de segurança impetrado na Justiça comum (fls. 20-42) quanto na Ação de Decretação de Perda de Mandato Eletivo ajuizada na Justiça Eleitoral (fls. 76-85), o fundamento do pedido é a desfiliação do 1º Suplente de Vereador - João Pedro Merenda Neto -, supostamente sem justa causa, do Partido Verde, o que implica a impossibilidade de assumir cargo declarado vago. - Compete à Justiça Eleitoral o julgamento das demandas a teor do art. 2º da Resolução n. 22.610/2007 do Tribunal Superior Eleitoral. Conflito conhecido para julgar competente o Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo e declarar a nulidade da liminar proferida pelo TJ/SP nos autos do Agravo de Instrumento em

Mandado de Segurança n. 0063443-42.2011.8.26.0000. Prejudicado, por conseguinte, o agravo regimental de fls. 293-686, interposto contra a liminar deferida às fls. 167-172.⁸⁰

Portanto, não só o STF entendeu que a Resolução deve ser cumprida, como o fez baseando-se num princípio que não⁸¹ está expresso na Constituição. Interpretando por demais extensivamente um artigo do Código Eleitoral, que só permite a edição normativa para facilitar a execução da lei eleitoral, não para criá-la, o STF autorizou o TSE a ampliar os motivos de perda de mandato eletivo.

3.1.2.3 *Fetos Anencéfalos*

Mais recentemente, houve a aprovação do aborto dos fetos ditos anencéfalos, ampliando largamente a interpretação dada anteriormente à Constituição da República, em seu art.5º, caput e ao Código Civil, em seu art. 2º.

O Código Civil estabelece em seu art. 2º: Art. 2º—A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Claro fica que o STF decidiu, usando a estratégia hermenêutica de justificar suas decisões na “ponderação de princípios”, que nada tem relação com Alexy, que a Constituição autoriza o aborto de fetos anencéfalos. Ora, em lugar nenhum da Constituição há referência ou artigo que autorize esse tipo de aborto. Ao contrário, a Constituição assegura o direito inviolável à vida, enquanto o Código Civil garante os direitos do nascituro. Por óbvio, para um nascituro, desde a concepção, não há direito maior que a vida, seu direito de existir, de nascer, independentemente de quanto tempo passe vivo.

Mais um exemplo, portanto, de como o STF decide como quer. Ao invés de interpretar, ele altera o sentido, cria lei nova. No entanto, mesmo que ele tivesse decidido de forma contrária, ainda restaria a pergunta: o locus privilegiado para essa discussão é o STF ou o Legislativo? Evidentemente, por se tratar de discussão

⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de competência nº 118.163 - SP (2011/0161453-2)**. Suscitante: Joao Pedro Merenda e outros. Suscitado: Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo – SP. Suscitado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Interes.: Albino Cardoso Pereira Neto. Interes.: Partido VERDE - Diretórios Municipal de Diadema e Estadual de São Paulo. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Brasília, DF, Data de Julgamento: 25 de abril de 2012, S1 - Primeira Seção. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21572708/conflito-de-competencia-cc-118163-sp-2011-0161453-2-stj/inteiro-teor-21572709?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 26 abr. 2014.

⁸¹ O professor Lênio usaria a expressão panpricipiologismo

bastante polêmica na sociedade, deveria o Legislativo ter feito seu papel, discutido o tema em plenário e criado lei que acabasse com a divergência. Como disse o professor Lenio:

Claro que minha análise é hermenêutica. Não importa o que eu penso sobre o assunto. Tais escolhas são de índole da razão prática solipsista. E estas não importam. O que falo, aqui, é do âmbito do Direito. E Direito não é filosofia, não é política, não é sociologia, não é religião, como venho deixando claro. E o que discuto são os espaços da judicialização. Ou o imperialismo da judicialização sobre esses espaços culturais que devem ser discutidos no plano de outra esfera, que não a do Judiciário! É assim que este texto deve ser lido⁸²!

3.1.2.4 Casamento Homossexual

Mais um tema atual, fruto de intenso debate na sociedade, foi decidido não pelo Legislativo, lugar correto para o debate democrático, mas pelo Judiciário. Mais uma vez, ao arrepio da Constituição!

O art. 226 da CF em seus parágrafos de 1 a 5 diz:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (Regulamento)

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. (grifo do autor).

Como se observa, por duas vezes o artigo fala do homem e da mulher, com direitos e deveres. Fala expressamente que a união estável é entre homem e mulher. Portanto, o Legislador não deixou espaço para dúvida: ficou evidenciada sua intenção em externar a união apenas entre homem e mulher. Ainda assim, o STF decidiu que, no Brasil, a Constituição protege o casamento homossexual, baseando-se não no texto, mas nos seus “princípios”.

⁸² STRECK, Lenio Luiz. Como assim, a "inconstitucionalidade" de Deus? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 22 nov. 2012. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2012-nov-22/senso-incomum-assim-inconstitucionalidade-deus> >. Acesso em: 22 nov. 2013.

O ministro Ayres Britto argumentou que o artigo 3º, inciso IV, da CF veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. 'O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica', observou o ministro, para concluir que qualquer depreciação da união estável homoafetiva colide, portanto, com o inciso IV do artigo 3º da CF.⁸³

Os ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, bem como as ministras Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie, acompanharam o entendimento do ministro Ayres Britto, pela procedência das ações e com efeito vinculante, no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar⁸⁴.

Ou seja: o STF decidiu que a Constituição é inconstitucional! O ministro relator usou um artigo da Constituição para excluir outro artigo, para dizer que ele é discriminatório. Veja-se a que ponto o ativismo do STF chegou. O Legislativo não foi omissos nem deixou de fazer a lei; pelo contrário, ela é bem clara e expressa: união entre homem e mulher. O STF, então, aplica a inconstitucionalidade de um artigo da Constituição, usando outro! Além da hierarquia das cláusulas pétreas, os outros artigos da CF agora também devem obedecer a uma hierarquia, que será determinada pelo Supremo.

Nos dizeres de Streck: "O STF não se limitou a garantir a extensão de direitos, mas quis reescrever a Constituição e modificar conceitos, invadindo atribuições do Poder Legislativo. Conceder aos casais homossexuais direitos análogos aos decorrentes da união estável é uma coisa, mas outra coisa é mudar conceito de termos consolidados, bem como inserir palavras na Constituição, o que pode parecer um detalhe aos olhos destreinados, mas é extremamente grave e sério em face do respeito à nossa Carta Magna. "Casamento" e "união civil" não são mera questão de semântica, mas de princípios, Nem por boas razões o STF pode ignorar os princípios da maioria da população e inovar sem respaldo constitucional"⁸⁵.

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Supremo reconhece união homoafetiva [http. Notícias STF](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931), Brasília, DF, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 22 nov. 2013.

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ DOUGLAS, William. STF quis reescrever Constituição. **Notícias STF**, Brasília, DF, 13 maio 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-13/stf-quis-reescrever-constituicao-votar-uniao-homoafetiva>>. Acesso em: 23 nov. 2013.

Não se trata aqui de fazer juízo de valor sobre a união homoafetiva ou sobre nenhum dos casos acima mencionados; trata-se de analisar jurídica e doutrinariamente decisões do STF. Importante: ainda que o certo seja, por exemplo, o casamento homossexual, o caminho legal é a discussão no Legislativo, culminando com a aprovação de lei, não pelos caminhos tortos do Judiciário. Afinal, não se pode aceitar uma decisão do STF apenas por concordar com o teor dela, mesmo que não se tenha respeitado a competência constitucional do Legislativo de criar leis. O importante é que a decisão seja correta, constitucional. Sábios os dizeres do Professor Streck⁸⁶:

O STF existe para interpretar a Constituição, não para reescrevê-la. Onze pessoas, mesmo as mais sábias, não têm legitimidade para decidir em lugar dos representantes de 195 milhões de brasileiros. Os conceitos 'redefinidos' pelo STF são uma violência contra a maioria da população.

Mais ainda: não deve o STF redefinir conceitos constitucionais nem mesmo com a omissão do Legislativo. A ação ou a omissão do Legislativo são decisões políticas que devem ser respeitadas. Portanto, ainda que haja a demanda social e ele tenha optado pela omissão, por exemplo, no caso do casamento homossexual, essa escolha tem legitimidade democrática. O Legislativo pode entender que ainda não é o momento de alterar ou criar lei, que o debate na sociedade ainda não está suficientemente maduro. Não pode o STF fazer juízo de valor em cima de uma escolha política do poder legitimamente eleito para representar a população.

É fundamental que a doutrina jurídica brasileira, que os cientistas jurídicos discutam, analisem e critiquem esse ativismo judicial. Não é mais aceitável que quase um século depois do giro linguístico, o Judiciário crie leis, interpretando a Constituição como bem entende. Afinal, ao retirar do Legislativo a discussão das leis, o Judiciário fere gravemente a democracia e desrespeita a própria Constituição e a divisão dos Poderes. Como diz o deputado federal Nazareno Fonteles: "É tarefa simples enumerar os casos de explícito ativismo judicial. Difícil é mencionar exemplos de autocontenção de nossa Corte Suprema"⁸⁷.

⁸⁶ DOUGLAS, William. STF quis reescrever Constituição. **Notícias STF**, Brasília, DF, 13 maio 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-13/stf-quis-reescrever-constituicao-votar-uniao-homoafetiva>>. Acesso em: 23 nov. 2013.

⁸⁷ FONTELES, Nazareno et al. **Proposta de emenda à Constituição n.º 33, de 2011**. Brasília, DF, 25 de maio de 2011. Disponível em: <www.camara.gov.br/sileg/integras/886698.doc>. Acesso em: 13 maio 2013.

Essa contenção, a propósito, também está contida dentro da ideia do giro linguístico acima estudado. Ele não apenas aponta o problema que decorre da filosofia da consciência. Ao colocar a linguagem no centro do sentido, ele dá a resposta correta à interpretação que deve ser feita pelo Judiciário, ensinando também a resposta ao problema. Problema e solução, portanto, são dados. Ao decidir, o juiz deve se ater ao caso concreto e não ao feito de novas leis. Como bem resume o professor Wilson:

A peculiaridade do círculo hermenêutico produtivo está em equilibrar as contribuições da tradição com as novidades produzidas pelo contexto social onde será aplicado determinado entendimento. Tais características deverão sensibilizar a jurisdição constitucional, pois a tarefa hermenêutica não está mais circunscrita ao mero ato reprodutivo (auslegung) – como se tudo já estivesse previamente concebido pelo texto constitucional. Pelo contrário, é necessário acentuar o caráter produtivo (sinngabung), onde a Constituição é ponto de partida para a atribuição de sentido às suas regras e princípios – respondendo criativamente aos novos enlaces das demandas.⁸⁸

Assim, a Constituição sozinha não é resposta a nada: ela é fonte dos direitos do homem, mas não tem poder de torná-los real. Antes, deve o magistrado aplicá-la no contexto social daquele caso específico, atribuindo sentido por meio da compreensão, interpretação e aplicação. Vai ser da combinação a um só tempo desses fatores que se dará a resposta correta, que, no caso do Judiciário, deve ser dada caso a caso, ao invés de ser dada de forma genérica e aprisionadora de sentido, o que não é de sua competência funcional. Seu papel, aliás, não é o de uniformizar – característica da produção normativa do Legislativo –, mas de harmonizar.

É bem verdade que no Estado Social o Judiciário passou a ser a última instância de garantia de direitos sociais. No entanto, isso é diferente de atribuir a ele a competência de criar normas de caráter geral. A ele foi dada a competência de decidir sobre casos concretos de novos direitos que surgiram, não de criar, diminuir ou alterá-los.

Na atual situação do país, em que o Judiciário é não só um aplicador do Direito no caso concreto, mas também um fazedor de normas de caráter geral e de

⁸⁸ ENGELMANN, Wilson. A crise constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 259.

aprisionamento de sentido, como falou Chevalier, os Poderes estão em conflito, seja entre eles e suas competências, seja com a presença de novos atores.

Ao analisar a polêmica sobre a laicidade do Estado e os dizeres religiosos nas notas de dinheiro, Streck fala categoricamente:

Claro que minha análise é hermenêutica. Não importa o que eu penso sobre o assunto. Tais escolhas são de índole da razão prática solipsista. E estas não importam. O que falo, aqui, é do âmbito do Direito. E Direito não é filosofia, não é política, não é sociologia, não é religião, como venho deixando claro. E o que discuto são os espaços da judicialização. Ou o imperialismo da judicialização sobre esses espaços culturais que devem ser discutidos no plano de outra esfera, que não a do Judiciário! É assim que este texto deve ser lido!⁸⁹

Em outro artigo, ele segue: 'Aliás, não há no mundo um ativismo do tipo que tem aqui. É como a *Myrciaria cauliflora* (nome científico da jabuticaba). Só dá em terrae brasiliis⁹⁰'. De forma irônica, ele trata tanto da judicialização da política, quanto do ativismo judicial. Vê-se, assim, os dois motivos pelos quais o Judiciário se agigantou: seja como decorrência do crescimento do Estado, seja por decisão própria, criando normas de caráter geral ou mesmo tomando decisões em caso concreto divergentes da lei.

3.2 Juizes-Legisladores?

O tópico acima mostrou o agigantamento do Judiciário, provocado tanto por vontade própria como por decorrência do Estado Social. Doutrinadores procedimentalistas, como Streck, dizem que o papel do juiz é respeitar as regras do jogo e obedecer ao ciclo hermenêutico, dando resposta apenas aos casos concretos e fazendo-o com fundamentação legal e constitucional, observando a realidade social das partes. No entanto, há os que não concordam com o juiz produzindo norma apenas no momento de aplicação e interpretação da lei ao caso

⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. Como assim, a "inconstitucionalidade" de Deus? *Consultor Jurídico*, São Paulo, 22 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-22/senso-incomum-assim-inconstitucionalidade-deus>>. Acesso em: 22 nov. 2013.

⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. O ativismo, o justo, o legal e a lesão por esforço epistêmico repetitivo. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 31 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-31/senso-incomum-ativismo-justo-legal-lesao-esforco-epistemico-repetitivo>>. Acesso em: 22 nov. 2013.

concreto. Os substancialistas, como Mauro Cappelletti, dizem que o juiz também participa da criação do direito, inclusive de forma independente do legislador.

O italiano Cappelletti, em sua obra “Juízes legisladores” pontua muitíssimo bem essa nova figura do juiz, que, inserido no Estado Social, passa a ser também um promovedor de direitos, via decisões judiciais. Assim, várias são as passagens deste seu livro que coadunam com o exposto na dissertação, sendo ele a principal fonte desse capítulo. De forma a demonstrar sua importância nessa dissertação, seguem várias citações de sua obra, todas de conteúdo imprescindível para o entendimento deste capítulo.

Em primeiro, Cappelletti fala que esse aumento da figura do juiz é algo dado tanto em países de common law como em civil law, sendo decorrente, portanto, da figura do Estado Social e não do sistema jurídico.

[...] o próprio fenômeno da impressionante expansão do direito legislativo – ocorrido tanto nos países de ‘Common Law’ quanto nos de ‘Civil Law’ –, constituiu, como veremos, uma das principais causas do ulterior fenômeno da geral, e, não menos impressionante, expansão no mundo moderno também do direito judiciário, ou ‘jurisprudencial’ e, assim, do papel criativo dos juízes.⁹¹

Portanto, não só o Estado Social não é exclusividade brasileira, como suas crises e seus reflexos no Judiciário foram sentidos em todos os países que adotaram essa forma estatal. O autor diz ainda que os limites substanciais do Judiciário, longe de serem algo já determinado e imutável, sofrem variações de acordo com o momento histórico vivido:

“No que concerne aos limites substanciais, esses, longe de ser o elemento sine qua non da atividade jurisdicional, variam profundamente de época para época e de sociedade para sociedade, e até no âmbito da mesma época e sociedade”.⁹²

O autor deixa clara sua posição de que o juiz crie direitos, sendo esta criação não só existente como irreversível, natural:

Em suma, o esclarecimento que se torna necessário é no sentido de que, quando se fala dos juízes como criadores do direito, afirma-se nada mais do que uma óbvia banalidade, um truísmo privado de

⁹¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993. p. 18.

⁹² Ibid., p. 24.

significado: é natural que toda interpretação seja criativa e toda interpretação judiciária 'Law making'.⁹³

Como substancialista, Cappelletti aceita que o juiz possa ter um papel de concretizador dos direitos constitucionais, atuando inclusive melhor que os legisladores em sentido estrito.

De um lado, a atividade administrativa pode ser e normalmente é, vinculada aos mesmos limites substanciais que se impõem ao juiz. De outro lado, quando o juiz é livre para basear as próprias decisões em preceitos vagos e não escritos de equidade, sua atividade não pode ser diferenciada da do legislador, no que concerne aos seus limites substanciais. E até a atividade do juiz vinculado à lei, aos precedentes, ou a ambos dificilmente pode ser diferenciada, do ponto de vista de seus limites substanciais, da do legislador, cujo poder de criação do direito esteja sujeito aos vínculos ditados por uma constituição escrita e pelas decisões da justiça constitucional. Deste ponto de vista, a única diferença possível entre jurisdição e legislação não é, portanto, de natureza, mas sobretudo de frequência ou quantidade, ou seja, de grau, consistindo na maior quantidade e no caráter usualmente mais detalhado e específico das leis ordinárias e dos precedentes judiciais ordinários, em relação às normas constitucionais – usualmente contidas em textos sucintos e formuladas em termos mais vagos – como da mesma forma relativamente às decisões da justiça constitucional. Daí decorre que o legislador se depara com limites substanciais usualmente menos frequentes e menos precisos que aqueles com os quais, em regra, se depara o juiz: do ponto de vista substancial, ora em exame, a criatividade do legislador pode ser, em suma, quantitativamente mas não qualitativamente diversa da do juiz.⁹⁴

Para ele, não importa se a conclusão da atividade será uma resolução, portaria ou lei: todas elas têm caráter normativo; portanto, fazem parte na mesma medida da criação do Direito.

Do ponto de vista substancial, portanto, não é diversa a 'natureza' dos dois processos, o legislativo e o jurisdicional. Ambos constituem processos de criação do direito. [...]. Desnecessário acentuar que todas essas revoltas conduziram à descoberta de que, efetivamente, o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais.⁹⁵

⁹³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993. p. 24-25.

⁹⁴ Ibid., p. 27.

⁹⁵ Ibid., p. 27 e 33.

A judicialização da política decorre do Estado de Bem-Estar Social. Estando esse Estado em crise, qual a decorrência disso para o direito? É a crise entre as funções?

“O welfare state, na origem essencialmente um “Estado Legislativo”, transformou-se, assim, e continua permanentemente se transformando, em “Estado Administrativo”, na verdade em “Estado Burocrático”, não sem o perigo de sua perversão em “Estado de Polícia””.

A mudança para o Estado Social se deu inicialmente com mudanças legislativas. Estas ocasionaram mudanças no universo jurídico. Veja-se: com o aumento dos direitos sociais e sua não concretização, o problema de tal concretude passou a ser do Judiciário. Portanto, o crescimento do papel do Judiciário é uma consequência do Estado Social.

O papel do governo não pode mais se limitar a ser o de um ‘gendarme’ ou ‘night whatchman’; ao contrário, o Estado Social – e ‘État Providence’, como o chamam, expressivamente, os franceses – deve fazer sua a técnica de controle social que os cientistas políticos chamam de promocional. Tal técnica consiste em prescrever programas de desenvolvimentos futuros, promovendo-lhes a execução gradual, ao invés de simplesmente escolher, como é típico da legislação clássica, entre ‘certo’ e ‘errado’, ou seja, entre o ‘caso justo’ e o ‘injusto’, ‘right and wrong’. E, mesmo quando a legislação social cria por si mesma direitos subjetivos, cuida-se mais de direitos sociais do que meramente individual.

Diversamente dos direitos tradicionais, para cuja proteção requer-se apenas que o Estado não permita sua violação, os direitos sociais – como o direito à assistência médica e social, à habitação, ao trabalho – não podem ser simplesmente ‘atribuídos’ ao indivíduo. Exigem eles, ao contrário, permanente ação do Estado, com vistas a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para, enfim, promover a realização dos programas sociais, fundamentos desses direitos e das expectativas por eles legitimadas.

Mais cedo ou mais tarde, no entanto, como confirmou a experiência italiana e de outros países, os juízes deverão aceitar a realidade da transformada concepção do direito e da nova função do Estado, do qual constituem também, afinal de contas, um ‘ramo’. E então será difícil para eles não dar a própria contribuição à tentativa do Estado de tronar efetivos tais programas, de não contribuir, assim, para fornecer concreto conteúdo àquelas ‘finalidades e princípios’: o que eles podem fazer controlando e exigindo o cumprimento do dever do Estado de intervir ativamente na esfera social, um dever que, por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes fazer respeitar.⁹⁶

⁹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993. p. 41-42.

Assim, de forma a explicar didaticamente, esta é a sequência de criação do ativismo nesse momento do Estado: Lógica: Estado Social > prescreve programas para aplicação gradual > direitos sociais exigem permanente ação do Estado > Estado não concretiza alguns dos direitos > judicialização da questão social > maior ativismo do juiz.

Mas obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes. [...]

Nesses Estados, os parlamentos amiúde são excessivamente abundantes e por demais empenhados em questões e discussões de política geral e partidária, para estarem em condições de responder, com a rapidez necessária, à demanda desmedidamente aumentada de legislação. [...]

De um lado, os parlamentos demonstraram o caráter fantasioso da sua pretensão de se erigirem em instrumentos onipotentes do progresso social. [...]

De outro lado, causou problemas não menos sérios também a emergência do Estado Administrativo. [...]

Pelo fato de que o 'terceiro poder' não pode simplesmente ignorar as profundas transformações do mundo real, impôs-se novo e grande desafio aos juízes. A justiça constitucional, especialmente na forma do controle judiciário da legitimidade constitucional das leis, constitui um aspecto dessa nova responsabilidade. [...]

Mas a dura realidade da história moderna logo demonstrou que os tribunais – tanto que confrontados pelas duas formas acima mencionadas do gigantismo estatal, o legislativo e o administrativo – não podem fugir de uma inflexível alternativa. Eles devem de fato escolher uma das duas possibilidades seguintes: a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador.⁹⁷

Se o Judiciário escolhe não crescer, surgem organismos quase judiciais, como agências, conselhos e similares.

Os tribunais judiciais ordinários – o 'ramo menos perigoso', segundo a célebre definição de Alexandre Hamilton – passaram com audácia a aceitar a tarefa de ultrapassar o papel tradicional de decidir conflitos de natureza essencialmente privada. Todos os juízes, e não apenas alguns daqueles novos juízes especiais (ou quase-judiciais),

⁹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993. p. 42-47.

tornaram-se, dessa maneira, os controladores não só da atividade (civil e penal) dos cidadãos, como também dos 'poderes políticos', nada obstante o enorme crescimento destes no Estado Moderno, e talvez justamente em virtude desse crescimento. [...].

Certamente, o surgimento de um dinâmico terceiro gigante, como guardião e controlador dos poderes políticos do novo Estado Leviatã, constitui por si mesmo um acontecimento não imune aos riscos de perversão e abuso.⁹⁸

Para Cappelletti, os riscos do agigantamento do Judiciário são menos graves. São eles: “[...] dificuldade de controlar o emprego correto da discricionariedade legislativa e administrativa (difícil acesso a conhecimentos sofisticados ou técnicas especializadas; perigo da inefetividade; problema da legitimação democrática)”⁹⁹

Mostra-se evidente que o nosso século tem assistido ao enorme crescimento do Estado [...] Podemos, quem sabe, procurar limitar ou conter este fenômeno, ou ainda inverter a sua direção de marcha; ou, talvez mais realisticamente, tentar construir em torno dele um sistema de controles adequados.¹⁰⁰

Cappelletti não trabalha com a hipótese de esse poder continuar crescendo, sem sofrer controle. Hipóteses dele: limitar; inverter ou controlar. E, para controlar, inexoravelmente sua eficácia estará ligada ao crescimento e à fragmentação do Poder Judiciário. Ele, inclusive, vai além: garante que a própria sobrevivência da liberdade nas sociedades só é provável se se assegurar e mantiver um sistema equilibrado de controles recíprocos.

Como se viu, o ideal da estrita separação dos poderes teve como consequência um judiciário perigosamente débil e confinado, em essência, aos conflitos 'privados'. Esse ideal significou, assim, até época relativamente recente e mesmo hoje, em não poucos países, não só a existência de um legislativo totalmente controlado, como de um executivo também praticamente não controlado, pelo menos até que se conseguisse desenvolver um autônomo sistema de justiça administrativa, a se impor como guardião da administração pública.¹⁰¹

A tendência, portanto, seria sair do sistema de separação rígida das funções para o de *checks and balances*.

⁹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993. p. 49.

⁹⁹ Ibid., p. 50.

¹⁰⁰ Ibid. p. 52.

¹⁰¹ Ibid., p. 53.

Aumento da criatividade do Judiciário: “Tal aumento, obviamente, muito bem se explica e justifica à luz do surgimento de um judiciário cujo papel, de forma consequente ou paralela, aumentou com o crescimento, sem precedentes, dos outros poderes do Estado Moderno”.¹⁰²

Cappelletti diz que não há óbice para os juízes legislarem e o fazerem com primor. E vai além: ao regular direitos, eles não agem como juízes, mas efetivamente como legisladores. São, portanto, juízes-legisladores. Como demonstrado em tópico acima, essa figura se enquadra nas competências que o próprio Judiciário brasileiro deu-se, podendo também seus órgãos ser chamados de juízes-legisladores brasileiros.

Resta analisar se o Judiciário brasileiro deve permanecer enquadrado neste conceito de juízes-legisladores e se esse papel é adequado à realidade nacional. Assim, se analisará a posteriori se há no país também a figura dos legisladores-juízes, em analogia a esse conceito.

¹⁰² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993. p. 55.

4 DO OUTRO LADO DA ARENA: A REAÇÃO LEGISLATIVA

Aliás, o Judiciário ter crescido em consequência da judicialização da política ocorreu por causa do Estado Social. No Brasil, a Constituição “Cidadã” foi criada pelo Legislativo. Assim, desde o momento de criação desta e da garantia dos direitos sociais, essa função já não podia esperar outra atitude do Judiciário, que não seu crescimento. O Legislador fez as reformas legais que provocaram a mudança de modelo de Estado, que gerou o aumento inexorável não só dos direitos sociais, como do acesso à Justiça e das demandas jurídicas.

A Lei n 11.417/2006, que regula as súmulas vinculantes, foi criada pelo Congresso. Há agora, como se analisará em tópico posterior, a tentativa de limitar as súmulas vinculantes, mas elas existem e foram regulamentadas pelo Legislativo: ele deu o poder que agora quer tirar do Judiciário. Ele foi, em um primeiro momento, o causador e provocador do agigantamento do Judiciário.

O Congresso é uma instituição impopular. Severamente criticado pela imprensa, é extremamente malvisto também pela população em geral, como atestam as pesquisas de opinião. Uma sondagem a respeito de quais instituições nacionais merecem a confiança dos cidadãos, realizada pela empresa Sensus em outubro de 2001, mostrou que apenas 3% e 2% dos respondentes indicaram, respectivamente a Câmara e o Senado, enquanto 24% destacaram as Forças Armadas, 16% a Imprensa, 11% a Justiça, 9% o Governo Federal e 6% a Polícia.¹⁰³

O Congresso precisa assumir suas ações e as consequências de suas omissões: ao não criar leis, está contribuindo celeremente para o gigantismo do Judiciário. “Tal ironia aponta claramente para o caráter “encarcerado” da dinâmica do Legislativo brasileiro. Este não aumenta sua capacidade de intervenção nas políticas nacionais por conta de incentivos de carreira que têm deputados e senadores, tornando-se o Executivo¹⁰⁴ o principal locus de formulação da agenda legislativa do

¹⁰³ AMORIM NETO, Octavio; SANTOS, Fabiano. A produção legislativa no Congresso: entre a paróquia e a nação. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG: Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 91.

¹⁰⁴ Não se comentará aqui a produção normativa do Executivo, muito embora sabendo-se de sua importância, por não ser esta função objeto de pesquisa dessa dissertação, mas tão somente a crise travada entre Legislativo e Judiciário.

país. Ao mesmo tempo, os incentivos de carreira não se alteram no sentido de aumentar a atração exercida pelo Congresso junto a políticos mais experientes, exatamente como decorrência da baixa influência destes no processo decisório. Incentivos de carreira e amesquinamento institucional interagem, criando obstáculos para a superação da relativamente baixa participação dos congressistas na redação de leis de nosso país”.¹⁰⁵

Fica evidente, portanto, que o próprio Legislativo também é a causa do seu enfraquecimento. Assim, o Judiciário ficou livre para tomar um espaço que o Legislativo deixou vago: o da produção normativa. Ocorre que esse modelo de democracia enfrenta uma desestabilização, tanto no liame político, quanto no vínculo cívico. Quanto àquele, há uma crise de representação, já que há uma desconfiança do povo nos seus representantes, causada pela incapacidade deles responderem às expectativas dos cidadãos, a corrupção do meio e a tentativa de manipulação da opinião pública. Ainda, há uma crise de participação, decorrente da erosão da confiança. O absentéismo nas eleições encontra níveis cada vez mais altos¹⁰⁶; há um refluxo do engajamento militante; em virtude disso, há uma crise das crenças na virtude do modelo liberal clássico.

O vínculo político precisa de um vínculo cívico, que mostre a adesão da sociedade às ideias e valores do modelo democrático. Este vínculo repousa sobre uma comunidade política, que legitima a democracia. Ocorre que alguns fatores contribuíram para a crise do vínculo cívico: a explosão do individualismo, que implica a sua reconstrução por fundamentos outros; os referentes de identidade perderam força, gerando uma diminuição dos valores compartilhados pela sociedade; além das tensões sociais de toda ordem, como falta de confiança nas elites, o aumento do corporativismo e a multiplicação dos atos de transgressão.

¹⁰⁵ AMORIM NETO, Octavio; SANTOS, Fabiano. A produção legislativa no Congresso: entre a paróquia e a nação. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 136.

¹⁰⁶ No Brasil, esse absentéismo é confirmado pela quantidade de votos nulos – uma vez que o voto ainda é obrigatório no país. Como exemplo, os votos nulos em São Paulo pularam de 4,57% em 2008 para 7,35% em 2012 e as abstenções, que em 2008 eram de 15,63%, subiram para 18,48% em 2012, de acordo com a notícia que segue: OLIVEIRA, Mariana. Votos brancos, nulos e abstenções sobem em São Paulo. **G1**: Rio Preto e Araçatuba, Rio Preto, 7 out. 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/eleicoes/2012/noticia/2012/10/votos-brancos-nulos-e-abstencoes-sobem-em-sao-paulo.html>>. Acesso em: 13 set. 2013.

4.1 Legisladores-Juízes?

É tentando recuperar a credibilidade e voltando a ser uma função estatal com igualdade de força com as outras que o Legislativo começa uma reação à ação judicial acima analisada.

Aliás, mais do que um direito seu, é competência exclusiva sua, dada constitucionalmente, manter-se como possuidor da competência legislativa e evitando que os outros poderes confundam-na com suas atribuições normativas:

“Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] XI - zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes [...]”¹⁰⁷.

O Parlamento passa, então, por um processo de adaptação, de modernização da instituição, até mesmo porque ele continua sendo o lugar privilegiado de debate e de confrontação política, imprescindível em qualquer democracia. Ele tenta, assim, retomar o domínio sobre a lei, desenvolver seu controle sobre a aplicação dos textos, melhorar o procedimento orçamentário, controlar melhor a execução do orçamento, buscar novas formas de controlar o Executivo e reforçar seu direito de fiscalizar a política estrangeira – em suma, recuperar o domínio sobre as escolhas coletivas. Claramente, paralelamente a isso, ele precisa dos recursos financeiros, materiais e humanos essenciais a essa retomada de poder. No entanto, continua havendo vários empecilhos para que haja essa modernização, o que faz com que o controle do Executivo venha bem mais de fora da instituição parlamentar.

Como se analisará em tópico abaixo, o Legislativo começa a apresentar projetos que, além de limitar o poder do Judiciário, aumenta as competências constitucionais não só para legislar, mas também para fazer controle de constitucionalidade. Assim como, para Cappelletti, os juízes podem sem problema algum ser juízes-legisladores, o Legislativo brasileiro tenta um movimento de contrapartida: a criação dos legisladores-juízes.

Esta expressão é análoga à de Cappelletti e se contextualiza nesse novo momento da democracia brasileira, em que o Legislativo reage ao crescimento exagerado do Judiciário e tenta se tornar de novo um poder independente e

¹⁰⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 abr. 2014.

autônomo. Ocorre que a reação chega a ser exagerada e, se as propostas sugeridas forem aceitas, o poder do Congresso será inclusive o de fazer controle de constitucionalidade das decisões do Judiciário. Ou seja, inconformado com a usurpação de seu poder de legislar, o Legislativo agora usurpa a função de fazer o controle constitucional dos juízes! Ao lado dos juízes-legisladores, passar-se-á a ter os legisladores-juízes: aqueles que, além de legislar, passarão a exercer uma competência exclusiva do Judiciário.

4.2 Limites à Reação Legislativa

Como era de se esperar, o Legislativo tenta reaver sua competência¹⁰⁸, às vezes, também tentando assumir competências do Judiciário. Portanto, o objetivo deste capítulo é analisar se os legisladores estão – fazendo-se analogia ao termo de Mauro Cappelletti – tornando-se legisladores/juízes. Isto porque eles tentaram controlar via lei o ativismo judicial e a judicialização da política, com medidas como as PEC's nº 3 e 33 e o PRC nº 21/2012.

Sobre a tentativa de se redefinir a competência de cada poder, necessária se faz a análise da PEC nº 3/2011. Sua redação pretende alterar o art. 49, V da Constituição, que passaria a ter a seguinte redação:

Art. 1º O inciso V do art. 49 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:
 Art.49 [...].
 V – sustar os atos normativos dos outros poderes que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.
 [...].¹⁰⁹

O Deputado Federal Fonteles foi quem a apresentou, e assim a justifica:

Como podemos observar, a redação que estamos apresentando para o inciso V, do art. 49, é congruente e coerente com a redação já existente no inciso XI, do referido artigo. Ou seja, a substituição da expressão 'do Poder Executivo' por 'dos outros poderes'. Assim, nada mais razoável que o Congresso Nacional passe também a poder

¹⁰⁸ Embora não seja o objeto de análise desta dissertação, é preciso que se pontue que o Legislativo enfraqueceu também em decorrência da democracia delegativa, em que o Executivo enfraquece o poder de legislar do Legislativo, via decretos presidenciais, e isso gera ainda mais desprestígio de partidos e políticos. Para mais informações, ver ciência e teoria do estado, item 7.6

¹⁰⁹ FONTELES, Nazareno. **PEC 3/2011 - Proposta de emenda à Constituição**. Dá nova redação ao inciso V do art. 49 da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491790>>. Acesso em: 13 maio 2013.

sustar atos normativos viciados emanados do Poder Judiciário, como já o faz em relação ao Poder Executivo. Com isso, estaremos garantindo de modo mais completo a independência e harmonia dos Poderes, conforme previsto no art. 2º da CF. A inscrição, nas constituições, de regras claras sobre o funcionamento harmônico e independente dos poderes fortalece o regime democrático, evitando que ocorram, com frequência, conflitos de competência entre os mesmos e o consequente desgaste de suas imagens perante a opinião pública.¹¹⁰

Ocorre que o deputado não percebeu que extrapolou os limites da competência do Legislativo. Streck bem esclarece o real motivo de tal PEC:

Efetivamente, nada é gratuito. Não é difícil perceber que esse sucesso inicial da referida PEC na CCJ da Câmara representa um sintoma da patologia que vem se alastrando no Judiciário brasileiro. Trata-se de um ‘troco’ do Legislativo ao Judiciário... Sintomas, à evidência, do ‘estado de natureza interpretativo’ que se estabeleceu no Judiciário de *terraebrasilis*, onde cada um decide como quer, inventam-se princípios, aplicam-se teses sem contexto, além da ‘escolha’ que tribunais fazem acerca de ‘cumprir a lei ou não cumprir a lei’ [...] Isso para dizer o mínimo. (grifo do autor).¹¹¹

Por sua vez, de forma contundente, o professor explica o óbvio, ou seja, o controle das decisões do Judiciário deve ser feito por ele mesmo, pela hermenêutica, não por outro poder, que o tente limitar.

Se é certo que a atividade jurisdicional deve ser exercida segundo uma rigorosa fundamentação e se é certo que é necessário problematizarmos, pela via da teoria do direito, os limites interpretativos de modo a construir anteparos para a atividade jurisdicional, também é igualmente verdadeiro que esses limites não podem — de forma alguma — ser feitos por um outro Poder da República, como que a repriminizar um perigoso “controle político” do poder judiciário, como o constante no art. 96 da Constituição de 1937 (a nossa ‘polaca’). O relevante controle das decisões judiciais — que, registre-se, é uma necessidade democrática — deve ser hermenêutico e de forma alguma poderá ser aceito um controle político das decisões.¹¹²

¹¹⁰ FONTELES, Nazareno. **PEC 3/2011 - Proposta de emenda à Constituição**. Dá nova redação ao inciso V do art. 49 da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491790>>. Acesso em: 13 maio 2013.

¹¹¹ STRECK, Lenio Luiz. Poder legislativo não deve revogar decisões judicial. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 31 maio 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-31/senso-incomum-problema-ativismo-judicial-nao-resolvido-pec>>. Acesso em: 22 nov. 2013.

¹¹² Ibid.

De forma contundente, ele critica diretamente a PEC nº 3/2011: “Sendo bem mais claro: em hipótese alguma, a juristocracia pode ser vencida pela instituição de uma espécie tardia de *Polizeistaat*. Nesse caso, o problema apenas mudaria de endereço na praça dos três poderes: do Poder Judiciário em direção ao Congresso Nacional. Ou seja, se o ativismo do Poder Judiciário se mostra perigoso a ponto de o Poder Legislativo pretender limitá-lo via proposta de emenda acima referida, não é a simples transferência do polo de tensão para o Poder Legislativo que resolverá a “questão da democracia”. Ao fim e ao cabo, a a PEC nº 3/2011, apontando de volta para o século XIX, não merece mais do que uma onomatopeia que é dita pressionando a língua entre os dentes.

Em uma palavra final: para resolver os problemas do ativismo judicial, da vontade de poder (*WillezurMacht*) ou do voluntarismo, não precisamos voltar ao hermetismo do século XIX, como querem os parlamentares que aprova(ra)m a PEC 3 na CCJ. Para tirar a água suja, há que se cuidar para não jogar a criança junto [...] E nem vamos resolver o problema da traição tirando o sofá da sala [...] Não podemos nos comportar como o sujeito que, tendo perdido o relógio, pôs-se a procurá-lo debaixo de um poste de luz, longe do lugar da perda [...] porque ali era mais fácil! (grifo nosso).¹¹³

Observe-se a que ponto a crise funcional do Estado chegou: o Legislativo, por meio de uma PEC, pretendeu ele próprio controlar as decisões e os atos normativos do Judiciário, tornando-se ele o poder absoluto do Estado, aquele que pode sustar atos tanto do Executivo quanto do Judiciário, desde que ache que os atos “exorbitaram” seu poder regulamentar!

Como tal medida chegou inclusive a ter relator, mostrando que ela teria progressimento dentro do Congresso – se não tivesse sido arquivada –, a situação deve ser analisada imediatamente e de forma séria pelos cientistas jurídicos, confrontando seus potenciais resultados, preparando-os para o caso de uma tentativa similar, dentro da próxima legislatura que começa em 2015.

Outra medida tomada pelo Legislativo, inclusive como forma de implementar a PEC nº 3/2011 é o PRC nº 21/2011, que traz como ementa: “Acrescente-se o inciso XXI ao art. 32 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, para criar a

¹¹³ STRECK, Lenio Luiz. Poder legislativo não deve revogar decisões judicial. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 31 maio 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-31/senso-incomum-problema-ativismo-judicial-nao-resolvido-pec>>. Acesso em: 22 nov. 2013.

Comissão de Controle Legislativo dos atos normativos dos Poderes Executivo e Judiciário”¹¹⁴. Atualmente, o artigo 32 do Regimento estabelece a competência das 20 Comissões Permanentes da Câmara. Com o PRC, o Regimento Interno passaria a ter a seguinte redação:

Art. 1º O art. 32 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados passa a vigorar acrescido do seguinte inciso XXI:

Art.32 [...].

XXI – Comissão de Controle Legislativo dos atos normativos dos Poderes Executivo e Judiciário:

- a) atuação precípua no cumprimento do mandamento constitucional expresso no art. 49, incisos V e XI, da Constituição Federal;
- b) matérias relativas ao Controle Legislativo dos atos normativos dos outros Poderes;
- c) assuntos relacionados ao controle constitucional exercido pelo Poder Judiciário e Funções Essenciais à Justiça;
- d) emitir pareceres sobre os atos normativos dos outros Poderes quanto à competência legislativa;
- e) propor projeto de decreto legislativo para sustar atos normativos dos outros Poderes, quando estes exorbitarem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa; 2
- f) propor proposições que aperfeiçoem o Controle Legislativo;
- g) realizar estudos, seminários e audiências públicas sobre o papel do Poder Legislativo no fortalecimento do Estado Democrático de Direito.¹¹⁵

Portanto, seria criada a vigésima primeira Comissão Permanente, a Comissão de Controle Legislativo dos atos normativos dos Poderes Executivo e Judiciário. Afirma o Deputado em sua justificativa: “A criação da Comissão de Controle do Legislativo dos atos dos demais Poderes virá para restabelecer o equilíbrio e o respeito aos mandamentos constitucionais do Estado Democrático de Direito”¹¹⁶. No entanto, equilíbrio significa harmonia, independência, e não submissão, como aconteceria, se a Comissão fosse realmente criada.

Ainda pior é a letra “c” do inciso, que dá competência para o Legislativo tratar de assuntos relacionados ao controle constitucional exercido pelo Poder Judiciário e Funções Essenciais à Justiça. Ora, aqui evidentemente foram ultrapassadas todas as barreiras do aceitável! Pretende o Legislativo controlar o controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário! É um momento em que o Judiciário tenta

¹¹⁴ FONTELES, Nazareno. **Projeto de resolução n.º 21, de 2011**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/852651.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2013.

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ Ibid.

fazer dele o *locus* privilegiado de debate sobre assuntos de interesse nacional e o Legislativo tenta fazer dele o *locus* privilegiado de controle de constitucionalidade.

Há duas competências nesse PRC que precisam ser profundamente estudadas: a possibilidade de o Legislativo sustar atos normativos do Judiciário e de poder controlar seu controle de constitucionalidade.

Quanto à primeira, é evidente que o Legislativo não pode sustar atos normativos do Judiciário. A Constituição não lhe deu essa competência, justamente porque existe a harmonia entre os Poderes. Não cabe ao Legislativo analisar a constitucionalidade dos atos normativos do Judiciário. Quem deve controlar seus atos é ele próprio, o Judiciário.

Quanto à segunda, independentemente de o controle ter sido concentrado ou difuso, se o Judiciário foi provocado, é ele quem deve decidir sobre a (in)constitucionalidade das leis. Ademais, não pode o Poder submeter sua competência à aprovação de outro Poder. Isso quebra a divisão dos poderes e sua autonomia. Não pode jamais o STF submeter seu controle de leis ao Legislativo. Cada um deve exercer seu poder de forma autônoma: o Legislativo cria leis e o Judiciário decide sobre sua constitucionalidade. Não pode o Legislativo, na tentativa de conter o ativismo judicial, ele próprio fazer um “ativismo legislativo”, extrapolando sua competência e tentando submeter a sua aprovação às decisões constitucionais de outro poder que não lhe compete. O Prof. Lênio fala brevemente sobre a importância do intérprete das leis:

Efetivamente, o Direito não cabe na lei. Os sentidos da lei somente se dão na concretude. Se o Direito não fosse alográfico, um bom linguista poderia ser o intérprete perfeito, dispensando qualquer formação jurídica. Alguém picado pelo ‘agulhão semântico’ poderia pensar que a dicção das palavras ‘os Tribunais, pela maioria dos seus membros efetivos’ seria autoexplicativa. Mas não é. Mas — e ainda bem — o Direito é alográfico. Por isso, o intérprete é indispensável.¹¹⁷

Deve, portanto, ser o juiz o intérprete das leis e deve fazê-lo de forma completamente independente, e jamais se submeter ao crivo de algum outro Poder – seja o Legislativo, seja o Executivo.

¹¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. Diretas Já no Judiciário é ponto para a democracia. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 20 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-20/senso-incomum-diretas-poder-judiciario-ponto-democracia>>. Acesso em: 13 maio 2013.

Não se trata aqui de negar a existência do ativismo judicial ou concordar com ele. É verdade que há o ataque ao Legislativo, por meio do ativismo. Trata-se apenas de dizer que a crise funcional, como cunhou o Prof. Bolzan, existe e a resposta dada pelo Legislativo não é a certa.

Como se percebe, a crise entre o Legislativo e o Judiciário está chegando a níveis alarmantes, a ponto de o Judiciário estar impregnado pelo ativismo e o Legislativo pretender criar uma Comissão para controlar as decisões e os atos normativos também do Judiciário. Essa tentativa do Legislativo de “dar o troco” é gravíssima aos princípios democráticos brasileiros, uma vez que ela se configura na tentativa de um Poder sobrepor-se aos demais, destruindo a independência entre eles.

Como resposta, o Legislativo tenta constranger o Judiciário e retornar a ter a exclusividade de legislar. Uma dessas tentativas vem da PEC nº 33/2011, do deputado federal Fonteles, que aguarda indicação de relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Em sua ementa, o deputado esclarece a alteração pretendida:

Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição.¹¹⁸

Sobre a PEC nº 03/2011, aplicável à PEC nº 33, Lênio afirma:

Efetivamente, nada é gratuito. Não é difícil perceber que esse sucesso inicial da referida PEC na CCJ da Câmara representa um sintoma da patologia que vem se alastrando no Judiciário brasileiro. Trata-se de um ‘troco’ do Legislativo ao Judiciário... Sintomas, à evidência, do ‘estado de natureza interpretativo’ que se estabeleceu no Judiciário de *terrae brasilis*, onde cada um decide como quer, inventam-se princípios, aplicam-se teses sem contexto, além da

¹¹⁸ FONTELES, Nazareno. **PEC 33/2011 - Proposta de Emenda à Constituição**. Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>>. Acesso em: 13 maio 2013.

‘escolha’ que tribunais fazem acerca de ‘cumprir a lei ou não cumprir a lei’ [...] Isso para dizer o mínimo.¹¹⁹

Torna-se evidente que o Legislativo está tentando trazer de volta ao Poder os debates importantes que acontecem no seio da sociedade, trazer para si o mando final sobre esses assuntos, como o recentemente discutido aborto de fetos anencéfalos. Afinal, ele é o Poder responsável por emanar a vontade popular; ele é o criador das leis, não o Judiciário. Para o Deputado criador da PEC,

O ativismo denota um comportamento, um modo proativo de interpretar a Constituição por parte dos membros do Poder Judiciário. Adotando essa postura, os magistrados, para o deslinde da controvérsia, vão além do que o caso concreto exige, criando normas que não passaram pelo escrutínio do legislador.¹²⁰

É preciso analisar separadamente cada aspecto da PEC nº 33/2011: a alteração da quantidade mínima de votos de membros de tribunais para a declaração de inconstitucionalidade de leis para a necessidade de maioria absoluta dos membros; o condicionamento do efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submissão ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. Quanto ao primeiro aspecto, pretende a PEC alterar o art. 97 da CF:

Artigo 1º. O art. 97 da Constituição Federal de 1988 passará a vigorar com a seguinte redação;

Art. 97 Somente pelo voto de quatro quintos de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou do ato normativo do poder público (NR).¹²¹

Quanto à quantidade de votos necessários para a maioria declarar a inconstitucionalidade de leis, entende-se que se trata de uma tentativa de dificultar tal declaração, uma “queda de braço”, um “troco” dado pelo Legislativo. No entanto,

¹¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. Poder Legislativo não deve revogar decisões judiciais. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 31 maio. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-31/senso-incomum-problema-ativismo-judicial-nao-resolvido-pec>>. Acesso em: 22 nov. 2013.

¹²⁰ RICHARD, Ivan. CCJ da Câmara aprova PEC que reduz poderes do STF. Edição: Talita Cavalcante. **EBC**, [S.l.], 24 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/politica/2013/04/ccj-da-camara-aprova-pec-que-reduz-poderes-do-stf>>. Acesso em: 21 nov. 2013.

¹²¹ FONTELES, Nazareno. **PEC 33/2011 - Proposta de Emenda à Constituição**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichade_tramitacao?idProposicao=503667>. Acesso em: 13 maio 2013.

a maioria necessária é algo apenas deliberativo do Legislativo, não sendo essa parte da PEC inconstitucional.

Passando para a segunda consideração, a alteração vai ser a seguinte:

Artigo 2º. O art. 103-A da Constituição Federal de 1988 passará a vigorar com a seguinte redação: [...]

Art. 103-A O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de quatro quintos de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, propor súmula que, após aprovação pelo Congresso Nacional, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

§ 1º A súmula deverá guardar estrita identidade com as decisões precedentes, não podendo exceder às situações que deram ensejo à sua criação.

§2º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 3º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§4º O Congresso Nacional terá prazo de noventa dias, para deliberar, em sessão conjunta, por maioria absoluta, sobre o efeito vinculante da súmula, contados a partir do recebimento do processo, formado pelo enunciado e pelas decisões precedentes.

§5º A não deliberação do Congresso Nacional sobre o efeito vinculante da súmula no prazo estabelecido no §4º implicará sua aprovação tácita.

§6º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar súmula com efeito vinculante aprovada pelo Congresso Nacional caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (NR).¹²²

Percebe-se que o STF não mais aprova súmula, ele apenas a propõe, cabendo ao Congresso aprová-la. Portanto, a súmula só teria validade depois de passar pelo crivo do Congresso, que teria noventa dias para votá-la, sob pena de aprovação tácita. Seria uma “medida provisória judiciária”. Quanto a esse aspecto, é importante que os doutrinadores jurídicos a estudem, haja vista que sua aprovação representa grande inovação.

¹²² FONTELES, Nazareno. **PEC 33/2011 - Proposta de emenda à Constituição**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/ficha_detramitacao?idProposicao=503667>. Acesso em: 13 maio 2013.

É evidente que as súmulas vinculantes, da forma como são feitas no Brasil, representam grave risco ao Direito, por aprisionarem o sentido, por serem às vezes forma de criar lei pelo Judiciário. Conforme Lênio:

Há matérias sumuladas contrárias à lei e a Constituição. Quem não se lembra da Súmula 2, do STJ, que praticamente acabou com o Habeas Data? A própria Súmula Vinculante 11 não obedeceu o seu próprio rito. A SV 5 contraria a Constituição. No passado, fez-se a Súmula 554, 'alterando' o Código Penal. Furto e sonegação de tributos são tratados de forma absolutamente diferenciada; na verdade, para o legislador e também para o Poder Judiciário e o Ministério Público, é mais grave furto do que sonegar, como se não existisse Constituição e tampouco a obrigação de se aplicar o direito de forma isonômica. E mais não é preciso dizer, neste momento. Imaginemos o número de atos normativos (que não têm o *status* de lei ou súmula) que contrariam a Constituição?¹²³

Fica claro que as súmulas vinculantes carecem também de legitimidade democrática para existir. Percebendo isso, a PEC tenta dar legitimidade democrática às súmulas, exigindo sua aprovação pelo Legislativo. Ocorre, no entanto, que cabe também a este Poder fazer sua *mea culpa*, uma vez que a justificativa das súmulas às vezes é falta de lei, ou de clareza de leis confusas.

Apesar desse aparte, é de fundamental importância que se discuta tanto a validade e legitimidade das súmulas quanto essa tentativa de o Legislativo, ao menos, garantir sua legitimidade e dar ao Poder a correta competência de criar leis.

Assinale-se que a última alteração proposta pela PEC é a seguinte:

Artigo 3º. O art. 102 da Constituição Federal de 1988 passará a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos:

Art. 102. [...].

§ 2º-A As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produzem imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular.

§ 2º-B A manifestação do Congresso Nacional sobre a decisão judicial a que se refere o §2º-A deverá ocorrer em sessão conjunta, por três quintos de seus membros, no prazo de noventa dias, ao fim do qual, se não concluída a votação, prevalecerá a decisão do

¹²³ STRECK, Lenio Luiz. As portarias, o mensalão e o "fator Carminha". **Consultor Jurídico**, São Paulo, 9 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-09/senso-incomum-portarias-mensalao-fator-carminha>>. Acesso em: 09 ago. 2012.

Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante e eficácia contra todos.

§2º-C É vedada, em qualquer hipótese, a suspensão da eficácia de Emenda à Constituição por medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal.¹²⁴

Essa alteração sim é completamente inconstitucional! Aqui, tenta o Legislativo usurpar o lugar do Judiciário. Em ação direta de inconstitucionalidade, cabe ao STF e apenas a ele declarar a (in)constitucionalidade da lei, sem depender de aprovação pelo Congresso e menos ainda a consulta popular.

O artigo 102, I, “a” da CF, com a Emenda nº 3/93, passou a ter o seguinte teor:

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

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.¹²⁵

O *locus* para a discussão sobre constitucionalidade de leis, quando proposta a ação, é claramente o STF. Ademais, não pode o Poder submeter sua competência a aprovação de outro Poder. Isso quebra a divisão dos poderes e sua autonomia. Não pode jamais o STF submeter seu controle de leis ao Legislativo. Cada um deve exercer seu poder de forma autônoma: o Legislativo cria leis e o Judiciário decide sobre sua constitucionalidade. Portanto, muito embora haja o ativismo judicial, a resposta correta não pode ser um “ativismo legislativo”!

A crítica do professor Lênio sobre a essa reação legislativa foi bem forte, chegando ele a falar do ressurgimento de oligarquias e elites dominantes:

Da mesma forma que, em relação à detenção do poder político quando então se pretendeu a sua distribuição o mais amplamente possível, fazendo desaparecer o poder oligárquico, no qual uma determinada elite controla a cena pública, o que se observa é que, no

¹²⁴ FONTELES, Nazareno. **PEC 33/2011 - Proposta de Emenda à Constituição**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichade_tramitacao?idProposicao=503667>. Acesso em: 13 maio 2013.

¹²⁵ BRASIL. **Emenda constitucional nº 3, de 17 de março de 1993**. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc03.htm>. Acesso em: 26 abr. 2014.

máximo, o que se obteve foi a multiplicação de elites que visam à dominação política e ou concorrem entre si.¹²⁶

Após a crítica, a solução: o diálogo, a consequência do giro linguístico:

De tudo isso, resta dizer que o Estado Constitucional está sendo desfeito, surgindo, em substituição, uma ordem sem fronteiras previamente delimitadas, calcadas na ideia de flexibilidade. Portanto, é necessário desenvolver um constitucionalismo que possa dar conta dos aspectos vistos, preocupado em construir um espaço social dialogado – mediado pela hermenêutica – capaz de responder e desenvolver mecanismos que assegurem o mínimo existencial para o ser do ente homem.¹²⁷

A menção ao diálogo com a sociedade reflete sobre a figura dos novos atores sociais, que, apesar do debate na Academia, a pressão popular e a não aceitação das propostas aqui trabalhadas fez com que os deputados, temerosos de impopularidade, paralisassem sua movimentação. Fica, assim, a dúvida sobre o poder da influência desse agente externo – povo – dentro da crise funcional. Note-se: o objetivo do trabalho é estudar de forma exaustiva a crise funcional interna, por isso se faz necessário estudar os impactos causados nela pela crise funcional externa. Por isso, apenas será analisada a crise funcional externa na medida em que ela pode influenciar a crise interna.

4.3 Quem tem Medo da Política?

Este trabalho analisou o papel atual do Judiciário e a incipiente reação do Legislativo. Ocorre que não se pode mais fazer uma análise estanque do Poder, restringindo-se à sua análise interna, uma vez que a existência e a participação de novos atores não pode ser ignorada. Afinal, a democracia não é apenas a concretização via Estado de direitos sociais, mas a própria participação do povo na criação desses direitos.

Ao mesmo tempo, muitos dos autores que integram tal corrente acreditam que a concretização da Constituição, enquanto consenso social sobre os valores básicos compartilhados, depende não apenas de

¹²⁶ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 117.

¹²⁷ ENGELMANN, Wilson. A crise constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 268.

um Judiciário cuja função primordial é estabelecer uma aproximação entre o direito e a realidade histórica, mas fundamentalmente de formas democráticas de participação comunitária nos assuntos públicos. Em outras palavras, o processo de concretização da Constituição envolve necessariamente um alargamento do círculo de intérpretes da Constituição, na medida em que devem tomar parte do processo hermenêutico todas as forças políticas da comunidade.¹²⁸

Até o presente momento, a dissertação analisou a concretização dos direitos via Judiciário. No entanto, é preciso que se analise o crescimento desses novos atores e sua influência sobre a crise funcional – objeto de estudo. Como se concluirá da análise dos gráficos do professor Viana, mesmo com a concretização dos direitos via juízes, é cada vez maior a parcela de autores de demandas judiciais fora da esfera do Estado, como associações civis organizadas. Assim, tal concretização é feita tanto diretamente por eles, com a criação de novos espaços de discussão, como indiretamente, participando de querelas judiciais.

É de se dizer que o ideal no Estado Contemporâneo é a participação de múltiplos atores na interpretação constitucional. Como reflexo do Estado Social e do aprofundamento da participação democrática, o Judiciário tem que abrir espaço também para esses novos agentes.

Uma cidadania ativa não pode, portanto, supor a ausência de uma vinculação normativa entre Estado de Direito e democracia. Ao contrário, quando cidadãos veem a si próprios não apenas como os autores do seu direito, eles se reconhecem como membros livres e iguais de uma comunidade jurídica.¹²⁹

Esse aumento da participação vem também de uma reação popular à omissão legislativa. Como o Legislativo não é obrigado a dar uma resposta – criar lei – de acordo com a necessidade popular, por vezes o povo não se sente representado e fica um vácuo constitucional. Diga-se que tanto a ação quanto a omissão legislativa são escolhas políticas. Assim, o Legislativo não criar uma lei é uma opção dele, mas isso gera insatisfação popular. Esta fez surgir esses novos espaços de diálogo entre Estado e população. O próprio ordenamento jurídico dá ao povo o poder de legislar, via lei de iniciativa popular. Dessa forma, além da criação de leis via democracia representativa,

¹²⁸ CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 23.

¹²⁹ Ibid., p. 39.

há também a possibilidade de criação legislativa via povo, diretamente. O Legislativo, portanto, não só perdeu espaço para o Judiciário, como para o próprio povo, especialmente após a Constituição de 1988 e o começo do Estado Social no Brasil.

Aliás, não foi só o Legislativo que perdeu espaço para o povo. Os protestos de julho de 2013 no Brasil tiveram como meio passeatas e reivindicações nas ruas; o movimento não teve repercussão em processos judiciais. O povo foi às ruas; não aos tribunais! Isso é sintomático da vontade de participação direta do povo, sem intermediários ou, pelo menos, da falta de conhecimento sobre as outras possibilidades democráticas de diálogo político – dentro da jurisdição estatal.

Com essa nova organização do poder e com os novos atores do jogo político, a democracia pós-moderna passa a ser uma democracia deliberativa e participativa. Deliberativa, porque não necessita apenas dos eleitos no debate, ela precisa dos cidadãos, de discussões que abranjam os diferentes interesses sociais. O Parlamento passa a não ser o detentor exclusivo do espaço de deliberação, que passa a ocorrer fora dele também, já que os cidadãos passam a querer participar da discussão, ser ouvidos – mesmo porque essa exclusividade já havia sido assumida também pelo Judiciário. Esses debates ocorrem tanto por iniciativa exclusiva dos cidadãos, em fóruns civis, quanto por iniciativa dos eleitos, através de debates públicos¹³⁰. Faz-se, no entanto, a ressalva de que esses debates funcionam mais como operadores ideológicos, reforçando a eficácia da ação pública.

Apesar da real conquista desse tipo de debate, já ficou claro que a democracia liberal exige uma maior participação do cidadão. A democracia semidireta parece um movimento sem volta, com as consultas e os referendos cada vez mais frequentes, que se tornam um complemento do sistema representativo, legitimando seus representantes. Com esse movimento, cria-se a figura da democracia do cotidiano, reatribuindo aos cidadãos uma influência sobre a coisa pública. O cidadão se sente no poder de fiscalizar, vigiar, denunciar a administração pública, que se obriga a ser mais transparente, acessível. A efetividade dessa participação dá-se por meio da proximidade entre ente público e privado, constituindo aquelas células menores e mais próximas do cidadão, remediando assim a crise de representação.

¹³⁰ No Brasil, esses debates ocorrem na forma de plebiscitos ou referendos, como o referendo de 2005 sobre o desarmamento.

Essa participação popular mais ativa torna ainda mais complexos os procedimentos de escolha política. A complexidade, típica da pós-modernidade, causa uma reestruturação da interação entre política e sociedade.

A participação resolve também um problema do sistema de checks and balances: quem controla o controlador. O Legislativo controla atos administrativos inconstitucionais do Executivo e o Judiciário controla a constitucionalidade das leis emanadas pelo Legislativo, mas quem controla o Judiciário? A resposta primeira seria o Legislativo, ao criar leis que reforçassem seu entendimento, mesmo que contrário ao posicionamento do Judiciário. Ocorre que o ativismo judicial no Brasil é de tal volume que o STF, como já mostrado em tópico anterior, conseguiu travar essa saída, como ficou demonstrado ao analisar as Resoluções do TSE e a criação de uma PEC pelo Legislativo. O STF entendeu que a PEC precisava obedecer ao princípio da anterioridade anual da lei, mas a Resolução não. Ou seja: a mais alta lei hierárquica do ordenamento jurídico deve obedecer princípios, mas resoluções do TSE não – estas estão livres!

O Judiciário, dentro da crise funcional interna, aparece como um poder que controla, mas que não possui quem o controle. No entanto, ao sair da esfera da crise interna e entrar também na análise da externa, o controlador surge: o povo! São esses novos atores que controlarão esse poder, que lhe imporão limites democráticos e revalidarão dia após dia sua legitimidade. Afinal, se todo o Poder emana do povo, também a função Judiciária precisa da legitimidade popular.

Para que isso seja efetivo, é preciso que se respeite a democracia dentro dos espaços de discussão social, sob pena de se correr o risco de mais uma vez haver um controle por parte de grupos políticos e partidários.

Bolzan fala que, ao invés de se criar um espaço de livre debate, este ficou preso, devido à exigência de disciplina partidária e fidelidade. Também, não houve uma conscientização sobre a cidadania, mas sim apenas um dever social. Em vez de decisões públicas tomadas em público, os espaços decisórios se tornaram cada vez mais secretos¹³¹, surgindo cada vez mais a figura do poder invisível.

Se os novos atores surgem como mais uma forma de checks and balances, eles são fundamentais como forma de barreira ao totalitarismo e devem por isso mesmo ter especial proteção, a fim de que se evite sua existência apenas formal, sem ser efetivamente um espaço aberto e livre para discussões da sociedade.

¹³¹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 117.

Para comprovar a existência desses novos atores dentro da crise funcional, analisam-se algumas tabelas e gráficos feitos pelo professor Viana, que em alguns momentos, compara aos de Carneiro.

Tabela 2 - Autores de Ações Cíveis Públicas (1996-2001*)

Autores	N	%
Ministério Público	79	42,7
Prefeitura	30	16,2
Governo estadual	2	1,1
Governo federal	1	0,5
Defensoria Pública	3	1,6
Associação de consumidores	45	24,3
Associações de moradores	6	3,2
Outras associações	8	4,3
Sindicatos e associações profissionais	11	5,9
Total	185	100,0

Fonte: Viana e Burgos.¹³²

Nota: *Até maio de 2001.

Tabela 3 - Autores de Ações Cíveis Públicas (1985-1996)

Autores	N	%
Ministério Público	53	60,9
Associações e ONG's	9	10,3
Prefeitura do Rio	16	18,4
Defensoria Pública	6	6,9
Outros	3	3,4
Total	185	100,0

Fonte: Carneiro (1999, p. 185 apud VIANA; BURGOS).¹³³

Na tabela de autores de ações cíveis públicas, de 1985 a 1996, associações e Ong's representavam apenas dez por cento da quantidade total. Já de 1996 a 2001, só as associações de consumidores já representavam 24,3% do total. O crescimento

¹³² Adaptada de VIANA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: Editora UPERJ/APERJ, 2002. p. 433.

¹³³ Adaptada de Ibid., p. 433.

da participação dos novos autores não só é comprovado como está em movimento de expansão.

Voltando à Justiça Estadual, é importante destacar a presença dos sindicatos e das associações profissionais, que respondem atualmente por 5,9% do total de ações ajuizadas, e que nem sequer apareciam na pesquisa realizada por Carneiro. Suas ações têm como alvo o controle do Poder Público, seja questionando o processo de privatização de empresas públicas e os serviços públicos prestados por concessionárias, seja arguindo a lisura da administração pública.¹³⁴

O professor Viana chama a atenção exatamente para esse crescimento e para o surgimento de novos atores, como os sindicatos e as associações profissionais que, no gráfico mais antigo, nem sequer apareciam.

O dado que mais chama a atenção, contudo, é a presença significativa das associações de consumidores que, na pesquisa coordenada por Carneiro, respondiam, no máximo, por 5% do total, e que, nesta, aparecem como autoras em quase 25% das ações.¹³⁵

Assim, fica demonstrado por dados que não só esses novos atores apareceram como estão cada vez mais participativos. Essa participação não se limita mais apenas às três funções tradicionais do Poder. A tabela abaixo releva também sua participação fora desse circo:

¹³⁴ VIANA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: Editora IUPERJ/APERJ, 2002. p. 435.

¹³⁵ Ibid., p. 436.

Tabela 4 - Julgamento das Liminares Adins por Tipo de Autor (1988-2005)

	AGUARDANDO JULGAMENTO	DEFERIDA	INDEFERIDA	PREJUDICADA	NÃO CONHECIDA	PARCIALMENTE DEFERIDA	NÃO SEGUEMTO	TOTAL
GOVERNADOR	192 21.9%	350 40.0%	87 9.9%	166 18.9%	4 0.5%	77 8.8%	0 0%	876 100.0%
MINISTÉRIO PÚBLICO	150 23.5%	301 47.3%	60 9.4%	91 14.3%	2 0.3%	33 5.2%	0 0%	637 100.0%
ESQUERDA	39 11.2%	43 12.4%	94 27.1%	145 41.8%	1 0.3%	25 7.2%	0 0%	347 100.0%
FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS	89 30.2%	41 13.9%	24 8.1%	120 40.8%	1 0.3%	19 6.4%	0 0%	294 100.0%
EMPRESARIAL	62 22.6%	37 13.5%	55 20.1%	103 37.6%	0 0%	16 5.8%	1 0.4%	274 100.0%
OAB	47 35.6%	25 18.9%	22 16.7%	18 13.6%	1 0.8%	19 14.4%	0 0%	132 100.0%
NANICOS	11 9.3%	10 8.5%	33 28.0%	59 50.0%	0 0%	5 4.2%	0 0%	118 100.0%
DE TRABALHADORES	26 22.2%	8 6.8%	20 17.1%	61 52.1%	0 0%	2 1.7%	0 0%	117 100.0%
CENTRO	26 24.5%	11 10.4%	19 17.9%	46 43.4%	0 0%	3 2.8%	0 0%	105 100.0%
DE INTERESSES	18 17.8%	12 11.9%	20 19.8%	49 48.5%	1 1.0%	1 1.0%	0 0%	101 100.0%
DIREITA	24 45.3%	4 7.5%	6 11.3%	17 32.1%	0 0%	2 3.8%	0 0%	53 100.0%
OUTROS	13 14.6%	3 3.3%	12 13.4%	59 66.2%	0 0%	2 2.2%	0 0%	89 100.0%
TOTAL	697 22.2%	845 26.9%	452 14.4%	934 29.7%	10 0.3%	204 6.5%	1 0%	3143 100.0%

Fonte: Viana e Burgos¹³⁶

Essa tabela evidencia a participação de vários grupos sociais e estatais, ampliando a participação de todos os agentes da sociedade no âmbito do debate judicial e político. Além disso, houve também uma crescente participação em provocar o Ministério Público para que atuasse cada vez mais no cenário judicial.

“Em suma, nos bastidores do Ministério Público foi possível perceber aquilo que a cena judicial mantém, de certo modo, oculta, a saber, a intensa e crescente mobilização social em torno de novas arenas da democracia brasileira¹³⁷”.

¹³⁶ VIANA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte UFMG; Rio de Janeiro: Editora IUPERJ/APERJ, 2002. p. 435.

¹³⁷ Ibid., p. 463.

Além da participação direta dos novos atores na criação da lei via processo legislativo, eles também podem ter presença diante do controle de constitucionalidade do Judiciário:

No nosso caso, pois, a representação generalizada vem tanto da nossa história como da intenção do legislador da nova democracia brasileira, o que, de certo modo, tende a moderar os efeitos negativos de uma representação política com pouca presença popular, na medida em que ela pode encontrar reforço na outra dimensão da representação – uma confederação sindical pode controlar a constitucionalidade das leis, enquanto parlamentares ou partidos políticos, no contexto das ações populares e das ações civis públicas, podem ser sujeitos dos temas da cidadania social. A soberania complexa, por razões peculiares à formação do Brasil moderno, longe de significar uma prática social em antagonismo com o sistema da representação política, tem, entre nós, recepção constitucional, admitindo oportunidades plurais para o exercício da cidadania.¹³⁸

Como demonstrado no gráfico acima, percebe-se a presença dos mais variados atores sociais como autores de Adins. Isso caracteriza o aumento do papel social nos mais variados públicos, caminhando assim o país para a efetividade ampla da democracia e não mais à participação de um grupo restrito de detentores do poder.

Uma das evidências empíricas fortes, obtidas pela pesquisa das ações civis públicas e das ações populares, é que elas têm sido frequentadas por um amplo espectro de atores sociais e políticos, do homem comum ao parlamentar, de uma pequena associação de moradores à grande imprensa.¹³⁹

A democracia não pode ser imposta; ela precisa ser conquistada, assimilada, aprendida e exercida. O que esse quadro mostra é a evolução do aprendizado da democracia: o povo brasileiro, em todas as esferas, está aprendendo a ser cidadão, a ser um ator político.

¹³⁸ VIANA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: Editora IUPERJ/APERJ, 2002. p. 483.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 484.

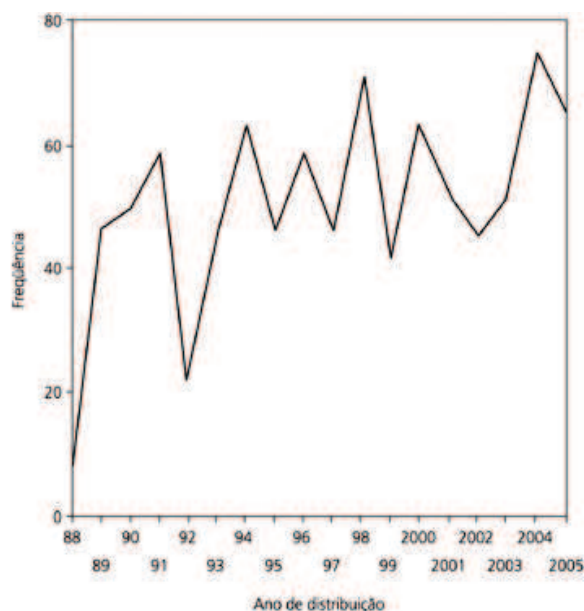
Tabela 5 - Adins de Associação de empresários por segment da economia (1988-2005)

Setor	Nº	%
Comércio	94	30,3
Indústria	67	21,6
Transporte	41	13,2
Agrário	26	8,3
Ensino	24	7,7
Finanças	16	5,2
Mídia e Comunicação	13	4,2
Saúde	12	3,8
Outros	17	5,5
Total	310	100

Fonte: Viana e Burgos.¹⁴⁰

Esta tabela deixa claro que o Estado Social não abriu espaço apenas para os mais favorecidos, mas abriu de forma democrática para todos os membros da sociedade, desde o mais alto empresário ao cidadão marginalizado: todos têm o mesmo direito de acesso à Justiça, cada um com seu interesse, mas todos protegidos pelo Estado.

Gráfico 3 - Distribuição annual das Adins de associações (1988-2005)



Fonte: Viana e Burgos.¹⁴¹

¹⁴⁰ VIANA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: Editora IUPERJ/APERJ, 2002. p. 435.

¹⁴¹ Ibid., p. 435.

Tabela 6 - Adins de Trabalhadores por Categorias e Centrais Sindicais (1988-2005)*

Setor	Nº	%
CNTI	21	15,8
Metalurgico	17	12,8
Educação	14	10,5
Transporte	12	9,0
Contag	10	7,5
Comércio	9	6,7
Sáude	7	5,2
CUT	4	3,0
CGT	3	2,2
Outros	26	19,5
Total	133	100

Fonte: Viana e Burgos.¹⁴²

Nota: * CNTI - Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria; Contag – Coferedação dos Trabalhadores na Agricultura; CUT - Central Única dos Trabalhadores - Central Geral dos Trabalhadores

Do lado oposto ao dos empresários, vê-se que há também a participação popular via centrais sindicais. Mais uma vez, reforça-se e comprova-se a ideia de que o Estado Social existe para a defesa de todos – que são igualmente cidadãos e atores do cenário político.

Assim, a maior participação popular na criação dos direitos acarreta maior legitimidade das leis, das instituições e, via de consequência, do Estado. Além dessa constatação, há outra tão importante quanto: o momento é de expansão da participação popular irreversivelmente pelas vias direta e indireta. Dessa forma, o Judiciário deve decidir, mas atento às novas demandas e cobranças sociais; e novos locais de discussão estão sendo criados no âmbito social, com a dispersão da antes exclusiva função jurisdicional estatal.

¹⁴² VIANA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: Editora IUPERJ/APERJ, 2002. p. 436.

Tabela 7 - Autores de Adins Contra Medidas Provisórias por Períodos de Governo (1988-2005)

AUTOR	PERÍODOS DE GOVERNO			TOTAL
	Pre-FHC (1988-1994)	FHC (1995-2002)	Lula (2003-2005)	
ESQUERDA	30 37,0%	100 50,5%	5 10,9%	135 41,5%
DE TRABALHADORES	11 13,6%	26 13,1%	3 6,5%	40 12,3%
EMPRESARIAL	11 13,6%	15 7,6%	4 8,7%	30 9,2%
OAB	6 7,4%	18 9,1%	1 2,2%	25 7,7%
FUNCIÓNÁRIOS PÚBLICOS	7 8,6%	12 6,1%	4 8,7%	23 7,1%
CENTRO	3 3,7%	3 1,5%	10 21,7%	16 4,9%
DIREITA	0 0%	1 0,5%	15 32,6%	16 4,9%
DE INTERESSES	4 4,9%	9 4,5%	1 2,2%	14 4,3%
NÁNICOS	4 4,9%	5 2,5%	0 0%	9 2,8%
MP	4 4,9%	2 1,0%	2 4,3%	8 2,5%
GOVERNADOR	0 0%	4 2,0%	1 2,2%	5 1,5%
OUTROS	1 1,2%	3 1,5%	0 0%	4 1,2%
TOTAL	81 100,0%	198 100,0%	46 100,0%	325 100,0%

Fonte: Viana e Burgos. ¹⁴³

Por fim, essa tabela mostra que não apenas setores exclusivos da sociedade, mas todos têm acesso à Justiça e são atores políticos, não importando classe social ou vinculação ideológica. Isto é a democracia advinda do Estado Social: a possibilidade de participação de todos.

Esse novo momento é cercado por desafios:

Um deles, está em que aqueles que ocupam posições de comando nas instituições da democracia representativa saibam compreender

¹⁴³ VIANA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: Editora IUPERJ/APERJ, 2002. p. 435.

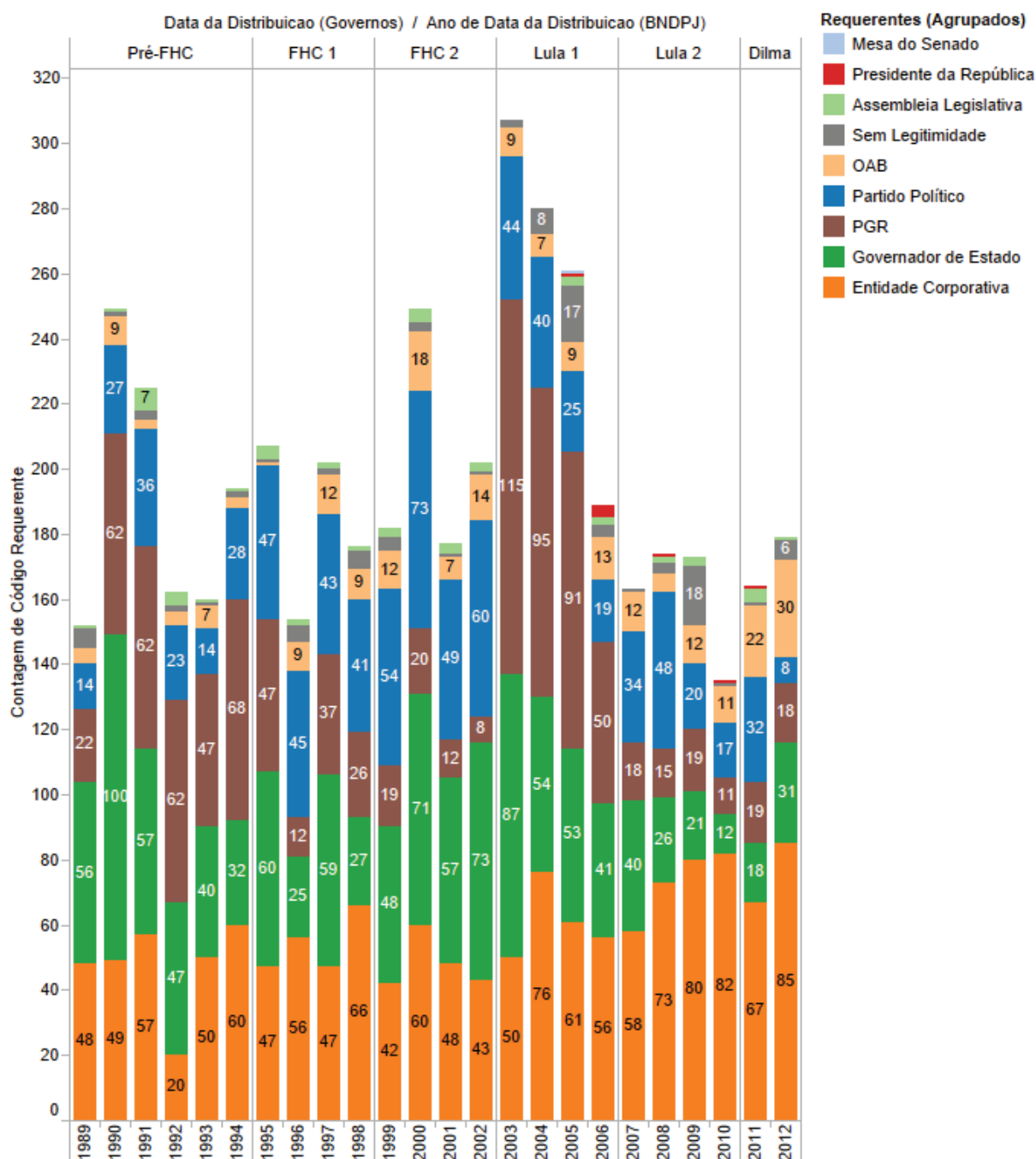
os caminhos de convergência e de ação complementar com os atores e instituições da representação funcional, e vice-versa; outro, não menos importante, está em que as instituições do direito e seus operadores se ergam à altura das responsabilidades que essa modelagem de democracia lhes confere, e para as quais este trabalho procurou chamar atenção.¹⁴⁴

Em outro estudo, o professor Juliano Zaiden Benvindo e o professor Alexandre Araújo Costa coordenaram um levantamento dos dados das Adins, desde a Constituição de 1998 até o ano de 2012¹⁴⁵. Este estudo complementa e atualiza os dados obtidos por Viana.

¹⁴⁴ VIANA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: Editora IUPERJ/APERJ, 2002. p. 484.

¹⁴⁵ COSTA, Alexandre. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?** Brasília, DF, 2013. Disponível em: <http://www.academia.edu/7832828/A_quem_interessa_o_controle_concentrado_de_constitucionalidade>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2014.

Gráfico 4 - Processos Distúidos por ano e governo, segmentados por tipo de requerente

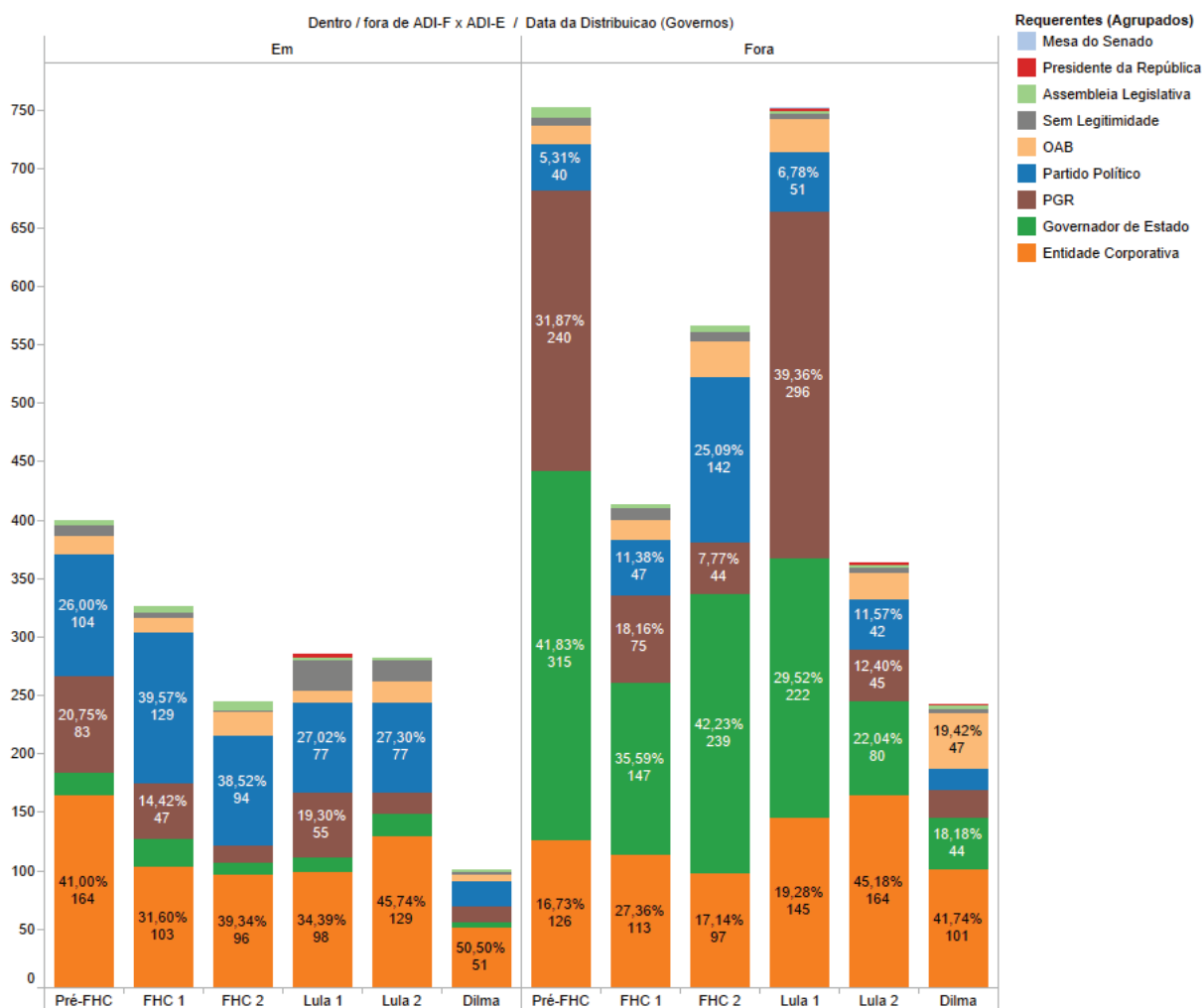


Fonte: Costa.¹⁴⁶

Esse gráfico mostra a variedade de atores requerentes das ações e evidencia que todos os atores participaram ano após ano dessa democracia via Judiciário.

¹⁴⁶ COSTA, Alexandre. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?** Brasília, DF, 2013. Disponível em: <http://www.academia.edu/7832828/A_quem_interessa_o_controle_concentrado_de_constitucionalidade>. Acesso em: 02 fev. 2014.

Gráfico 5 - Requerentes por Governo

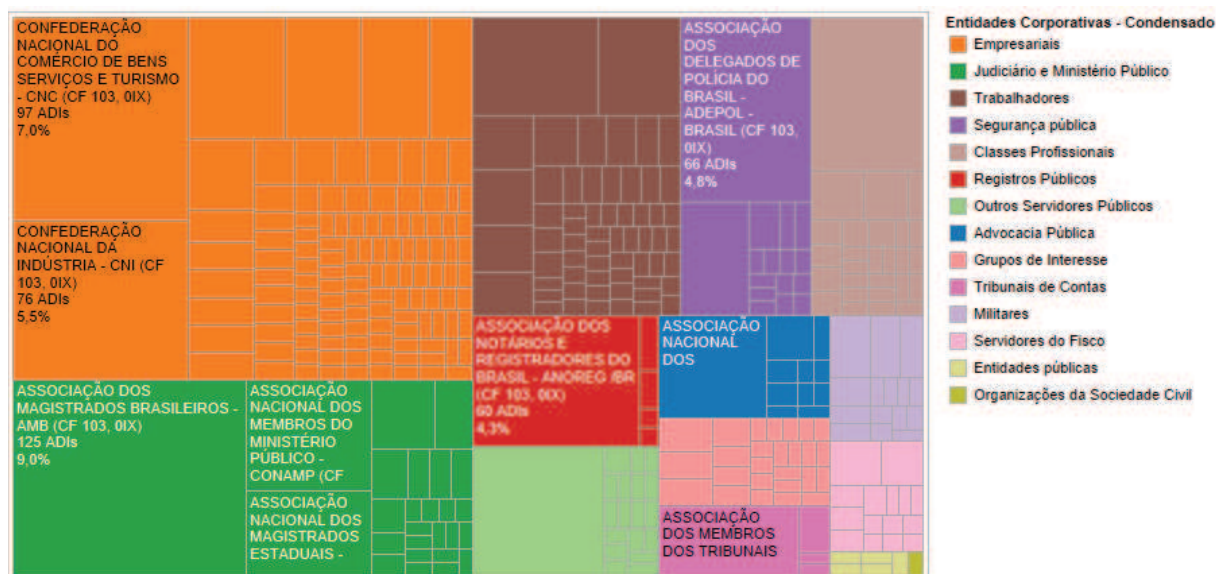


Fonte: Costa.¹⁴⁷

Já este gráfico mostra que ocorre uma variação quanto às Adins cujo autor é a PGR, concluindo-se que o procurador da República exerce papel decisivo na quantidade de ações, mas essa variação não ocorre com a sociedade, pois não houve variação significativa quanto à quantidade de ações nos governos. Ainda, o gráfico deixa claro que a participação popular independe do governo, havendo uma constante nos requerentes civis que independe de qual governo seja. Isso transparece um amadurecimento e fortalecimento da democracia brasileira e do respeito dos governos às instituições democráticas do poder.

¹⁴⁷ COSTA, Alexandre. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?** Brasília, DF, 2013. Disponível em: <http://www.academia.edu/7832828/A_quem_interessa_o_controle_concentrado_de_constitucionalidade>. Acesso em: 02 fev. 2014.

Gráfico 6 - Entidades Corporativas (Global)

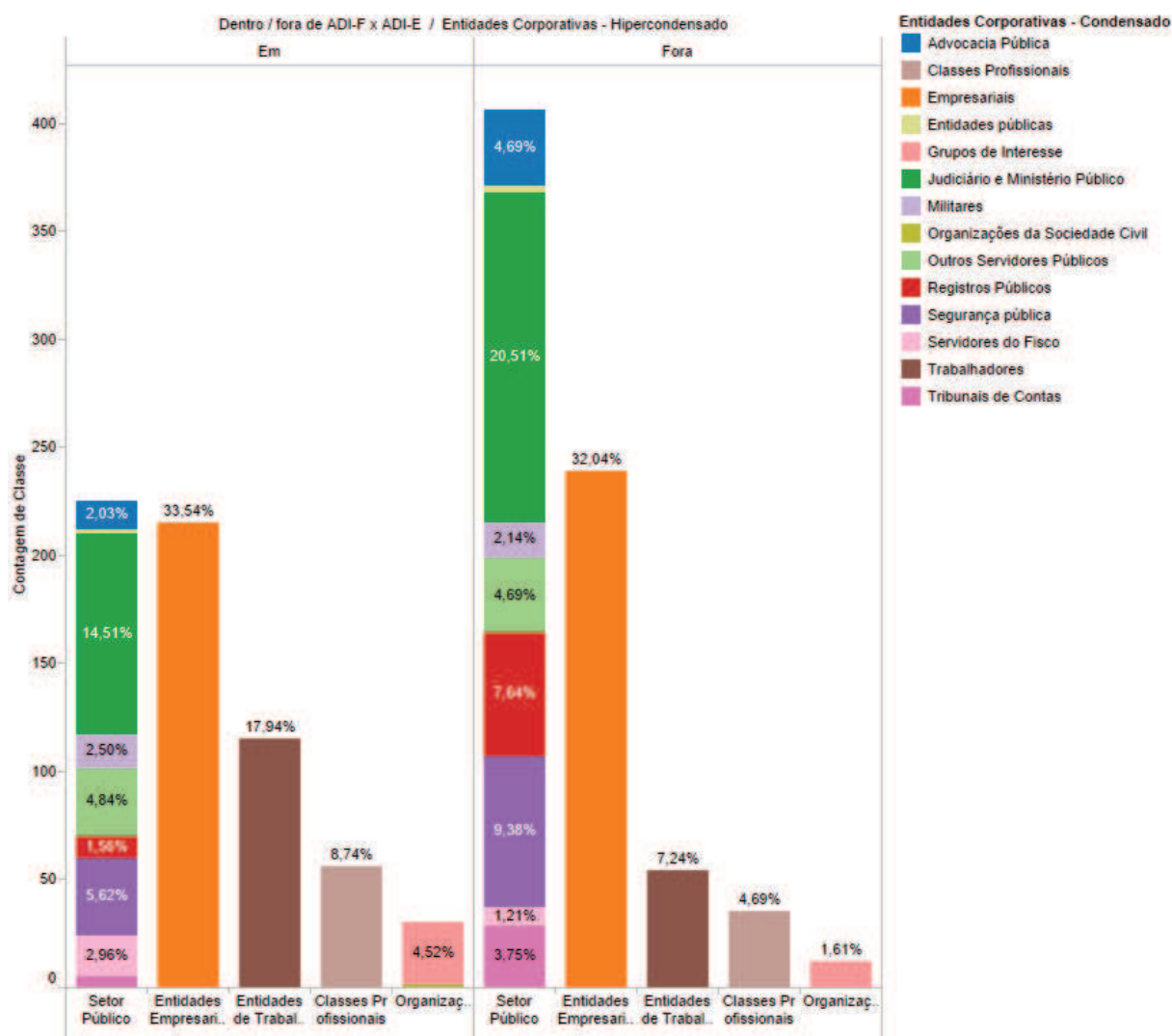


Fonte: Costa.¹⁴⁸

Ao analisar as entidades corporativas, o gráfico evidencia a grande participação dos mais variados grupos sociais. Assim, conclui-se que houve uma participação variada das classes; houve uma heterogeneidade de autores, trazendo como consequência uma representatividade ampla da sociedade.

¹⁴⁸ COSTA, Alexandre. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?** Brasília, DF, 2013. Disponível em: <http://www.academia.edu/7832828/A_quem_interessa_o_controle_concentrado_de_constitucionalidade>. Acesso em: 02 fev. 2014.

Gráfico 7 - Entidades Corporativas Agrupadas - Segmentos (F/E)

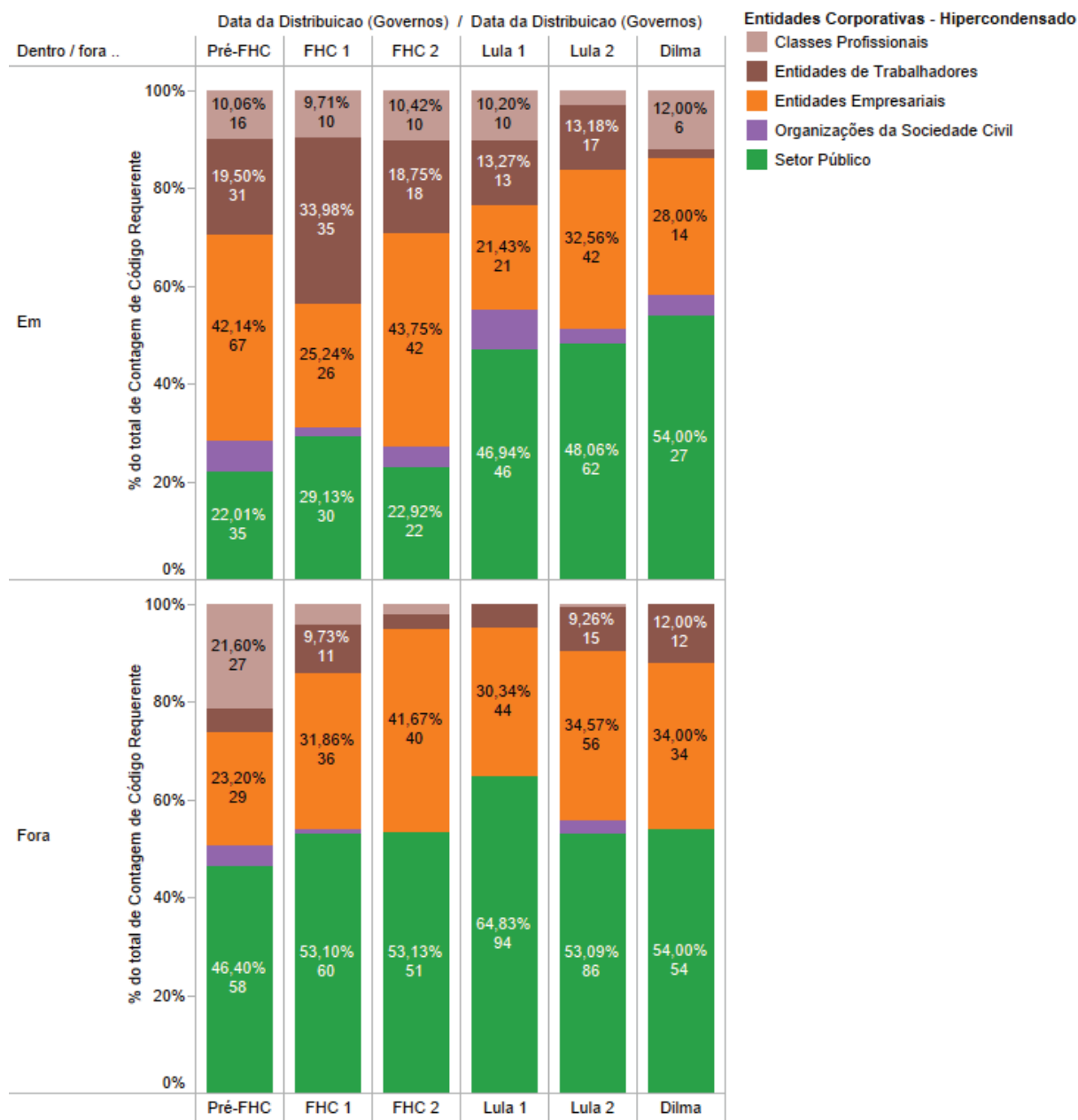


Fonte: Costa.¹⁴⁹

Este gráfico deixa ainda mais clara a participação heterogênea da sociedade, com representação da classe patronal, trabalhadora, empresarial, de servidores públicos, militares, classes profissionais, ... A sociedade brasileira, em todos os níveis e classes, buscou o Judiciário para garantir a constitucionalidade das leis.

¹⁴⁹ COSTA, Alexandre. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?** Brasília, DF, 2013. Disponível em: <http://www.academia.edu/7832828/A_quem_interessa_o_controle_concentrado_de_constitucionalidade>. Acesso em: 02 fev. 2014.

Gráfico 8 - Entidades Corporativas por Governo, Percentual



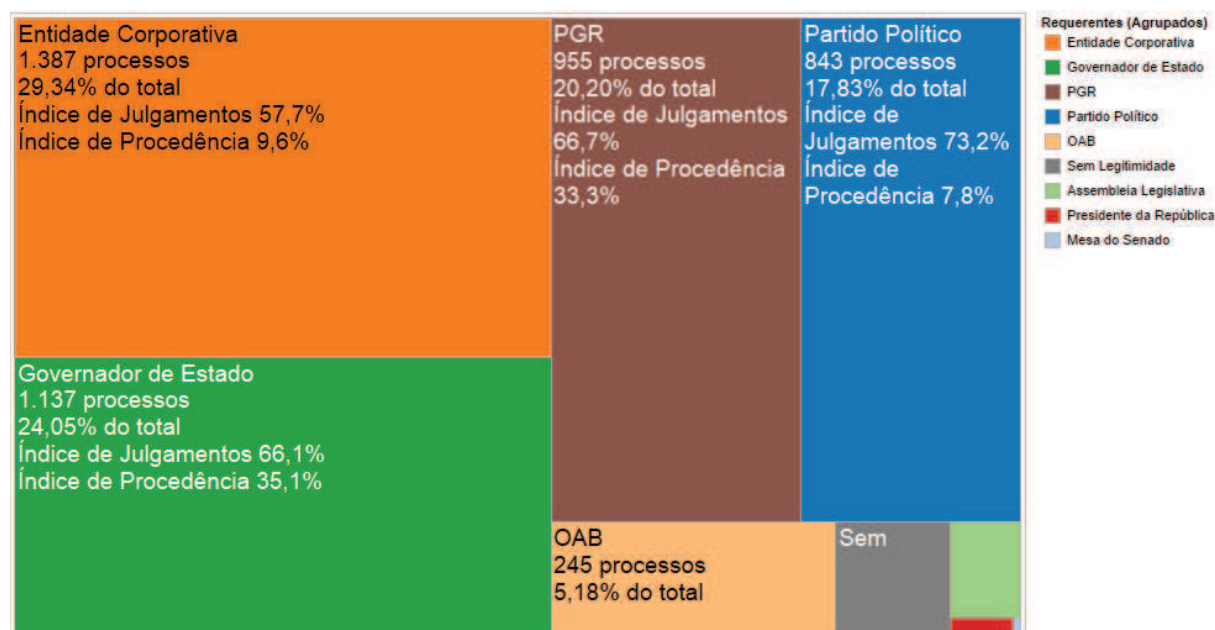
Fonte: Costa.¹⁵⁰

Apesar da variação e flutuação da porcentagem de Adins por período de governo, todos os autores tiveram participação em todos os governos. Portanto, independentemente do governo, tanto setor público como sociedade tiveram voz e puderam se socorrer no Judiciário para garantir o cumprimento da Constituição. Assim, fica claro que efetivamente o último garantidor da Constituição foi o Poder

¹⁵⁰ COSTA, Alexandre. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?** Brasília, DF, 2013. Disponível em: <http://www.academia.edu/7832828/A_quem_interessa_o_controle_concentrado_de_constitucionalidade>. Acesso em: 02 fev. 2014.

Judiciário, contando inclusive com ações do próprio Poder Executivo, pedindo a inconstitucionalidade de leis. No entanto, é preciso que se analise se a resposta dada pelo Judiciário satisfaz os anseios sociais. Afinal, não basta que o problema chegue a ele, é preciso também que a decisão seja certa.

Gráfico 9 - Requerentes - Participação Global



Fonte: Costa.¹⁵¹

Como se vê por esse gráfico, poucas foram as procedências das Adins, não chegando a 36% de procedência com nenhum requerente. Percebe-se, assim, um descompasso entre os anseios sociais e a resposta dada pelo Judiciário. O problema consiste no fato de que o Judiciário controla a constitucionalidade, mas não é controlado por ninguém; suas decisões são aceitas e não há poder que analise a constitucionalidade das decisões do STF.

Com o surgimento de novos atores sociais, esse controle não vem mais dos poderes do Estado, mas deve vir do próprio povo, que é o legitimador das decisões do Judiciário.

Portanto, para se falar da crise funcional, é imprescindível tartar desses novos atores. No momento em que a democracia brasileira se torna cada vez mais participativa, ou as funções estatais percebem esse novo momento e se adaptam ou

¹⁵¹ COSTA, Alexandre. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?** Brasília, DF, 2013. Disponível em: <http://www.academia.edu/7832828/A_quem_interessa_o_controle_concentrado_de_constitucionalidade>. Acesso em: 02 fev. 2014.

vão continuamente perder legitimidade e espaço decisório. Judiciário e Legislativo não só devem se ater às novas funções do princípio da separação de poderes, devendo trabalhar de forma complementar, como devem observar, respeitar e inserir os novos atores sociais e políticos que apareceram e cada vez mais ampliam sua participação, seja via acesso à justiça, criação de leis ou de novos espaços de discussão.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS OU O CONFRONTO: LEGISLADORES-JUÍZES VERSUS JUÍZES LEGISLADORES

Como largamente analisado, o Estado Social tem como consequência intrínseca o próprio aumento do seu tamanho e de suas funções. Assim, natural é o crescimento do Poder Judiciário. Ocorre que, ao lado do crescimento desse Poder, o Legislativo passa por uma crise de credibilidade, enquanto instituição, além de optar por silenciar quanto a algumas matérias cujo debate foi levantado pela sociedade. A crise funcional do Estado Contemporâneo brasileiro analisada nesta dissertação é reflexo da disputa de poder entre Legislativo e Judiciário, que cresceu através da judicialização da política e do ativismo. Essa crise pode ser vista como uma guerra, em que a luta estudada nesta dissertação foi entre legisladores e juízes, cada um combatendo em lados opostos. O troféu? Ah, claro! Não existe vencedor sem troféu. No caso, o ganhador leva o prêmio de poder perdurar, de se sobrepor aos outros, de ser O Poder que representa a democracia brasileira. Ambos devem, entretanto, contar com o surgimento de um novo lutador: os novos atores sociais.

O Judiciário, em todos os graus, inclusive na mais alta Corte do país, extrapola sua competência constitucional, indo bem mais além de suas atribuições. Como exemplificado, tem-se a verticalização das coligações, a fidelidade partidária como exigência para permanência no mandato, o aborto de fetos anencéfalos e o casamento homossexual, situações em que o STF e TSE criaram verdadeiras leis, usurpando um poder que não é seu. Aliás, a situação chega ao auge no momento em que a Corte Suprema edita uma súmula em que diz que o Judiciário não tem competência para legislar. Ora, o STF criou uma lei para dizer que não pode criar lei!

Evidentemente, num Estado Democrático de Direito, este Poder chama bem mais atenção, é inclusive algo positivo que se tenha um Judiciário forte e independente. No entanto, trata-se aqui não da normalidade proveniente desse tipo de Estado, mas exatamente de uma função que tenta ser mais que as outras, usurpar competências alheias. Também devido à resistência ao giro lingüístico, e à insistência em permanecer-se apegado à filosofia da consciência provoca esse tipo de abarcamento de competência. Afinal, com a filosofia da consciência, um juiz fica livre pra decidir de acordo com sua consciência, ainda que ela contrarie a Constituição. É esse paradigma, portanto, o instrumento de aumento de poder do Judiciário. Ele cresceu, portanto, não apenas de forma voluntária, via ativismo, mas também como

consequência do surgimento do Estado Social, que levou ao aumento do Estado, sendo o Judiciário um dos poderes estatais e tendo crescido por reflexo do aumento das demandas sociais e da necessidade de sua concretização. É de se perceber que tanto Executivo quanto Legislativo passam pelo filtro contitucional do STF, mas o Judiciário não é controlado ou focalizado por nenhum outro poder.

No sistema do checks and balances um Poder deve limitar e controlar a função do outro, mas quem ficou responsável pelo controle do Judiciário? Caso haja uma decisão inconstitucional do STF, quem a desconstrói? No Brasil, esse controle é unicamente interno, não há poder fora do Judiciário que o limite. Além de não haver quem controle as decisões do Judiciário, senão ele mesmo, o próprio povo tem nele a figura última para alcançar a concretização de seus direitos.

Com o Estado Social e a crescente demanda por direitos sociais de um lado e a falta de concretização desses direitos por outro lado, o povo acabou por ter alguns dos direitos concedidos pela Constituição sem seu cumprimento efetivo. Assim, apesar de ter direito à educação, não há vagas suficientes nas escolas públicas para todos os alunos. Por não poder exigir coercitivamente o cumprimento de seu direito, restou ao povo a opção de se socorrer no Judiciário para que ele possa coercitivamente obrigar que o poder público garanta a vaga daquela criança específica na escola, por ser direito seu. Dessa forma, o Judiciário tornou-se um aliado da população, tendo recebido dela seu apoio. Ele passou a ser o poder mais próximo do povo e o cumpridor das demandas sociais – passou a ter definitivamente um caráter político.

O outro lutador – Legislativo – obviamente não ficaria parado, apenas sendo atingido por golpe seguido de golpe pelo Judiciário. Ele é fortemente atacado e tem seu poder minado em cada decisão ativista do Judiciário – como exemplos: marcha da maconha, feto anencéfalo, verticalização das coligações e fidelidade partidária. Além de as próprias decisões o enfraquecerem, elas acabam por tirar do lócus privilegiado o foco das discussões de interesse social. Perceba-se: o lugar certo na democracia brasileira para haver debates sobre mudanças de leis – tratem elas de questões comportamentais ou não – é o Legislativo; lá é a “casa do povo”. Foi nos congressistas que o povo brasileiro votou para os representar, para defender seus posicionamentos e criar leis de acordo com eles.

Há que se mencionar, entretanto, que foi o próprio Legislativo que, por duas vezes, abriu a brecha necessária para o agigantamento do Judiciário: quanto à

judicialização da política, foi ele quem criou uma constituição cidadã, que aumentou os direitos sociais do indivíduo e, portanto, aumentou indiretamente o tamanho da demanda judicial. Diretamente, foi a omissão legislativa de criação de leis pedidas pela sociedade que abriu espaço para o Judiciário responder as demandas sociais, com normas de caráter geral. No entanto, faz-se aqui a ressalva de que, na omissão de lei, o writ correto para pleitear decisão em caso de omissão legislativa é o mandado de injunção – como acertadamente fez o STF na brecha legislativa deixada no caso da greve dos servidores públicos.

Acontece que as decisões analisadas em capítulos anteriores não foram feitas dentro de mandados de injunção, mas por outros meios processuais. Diga-se inclusive com Resoluções do TSE. Ainda mais: havia casos em que a lei existia e era bastante clara, como no caso do casamento homossexual, mas o STF deu um novo entendimento, via mutação constitucional. Além disso, há de se ressaltar que é uma faculdade política do Legislativo não se manifestar sobre dado assunto, por entender que o debate ainda não foi fortalecido na sociedade. No entanto, esse direito lhe foi também tirado pelo Judiciário: se não há debate em vias legislativas, haverá em vias judiciais. O problema é que esse debate nem é feito caso a caso nem via mandado de injunção, mas feito em ações outras, como ADIns e passam a ter caráter geral, tendo o mesmo efeito de leis. Os juízes viram juízes-legisladores.

Mesmo com as considerações sobre a culpa do Legislativo, é realmente muito grave que o Judiciário tome para si as discussões e resolva, por meio de decisões e súmulas, temas que deveriam ser tratados por meio de lei pelo Legislativo. Com isso, tem-se que um Poder se sobrepõe ao outro, atacando a harmonia e independência entre os Poderes.

O contra-ataque viria por certo! O deputado federal Nazareno Fonteles apresentou PEC nº 3/2011 que altera a Constituição, aumentando a competência do Legislativo, autorizando-o a sustar atos normativos provenientes tanto do Judiciário, quanto do Legislativo. Veja-se que ele usa um golpe que tem as mesmas proporções do golpe dado pelo outro lutador. A intenção da PEC é submeter os outros dois poderes ao seu – tal qual faz hoje o Judiciário com o Legislativo. No entanto, apesar de ser real e constante a agressão sofrida pelo Legislativo, ele não pode reagir também agredindo os outros poderes. Numa democracia com funções tripartites, é fundamental e um de seus tripés que os poderes sejam harmônicos e independentes entre si. Não pode o Judiciário submeter seus atos normativos à apreciação do

Legislativo! O controle que deve ser feito dos seus atos normativos é interno; ele mesmo deve se regular. No caso do Judiciário, esse controle nada mais é do que o uso da hermenêutica, finalmente livrando do paradigma da filosofia da consciência e abraçando o giro lingüístico.

O controlador do Judiciário deve ser o giro linguístico, com o consequente abandono da filosofia da consciência. Nas decisões – cujas consequências devem ser intra partes – o juiz deve se ater ao que foi discutido no processo, pontuando cada item levantado e cada matéria discutida, de forma que a decisão seja consequência de tudo que aconteceu no decorrer do processo – o final da dialogicidade.

Para complementar a PEC e dar-lhe aplicabilidade, o mesmo deputado apresentou o PRC nº 21/2011. Com ele, cria-se na Câmara a Comissão de Controle Legislativo dos atos normativos dos Poderes Executivo e Judiciário. A crítica feita à PEC nº 3/2011 é totalmente aplicável aqui. Novamente, esta é uma tentativa de revidar à altura as agressões sofridas e causadas pelo Judiciário. No entanto, esses três poderes devem ser os guardiães da democracia. Eles devem se atentar constantemente para a harmonia dos poderes. O que se observa, no entanto, é uma briga fratricida entre eles. Como resposta a um grave ataque sofrido, o Legislativo ataca no mesmo nível, tentando também obter uma competência que não possui. Isso quebra a harmonia entre os Poderes. Não pode o Legislativo criar uma Comissão quase que inquisidora, que pode controlar atos normativos de outros poderes e controlar até mesmo o controle de constitucionalidade do Judiciário.

O ativismo judicial brasileiro chegou até a mais alta corte do país que, em vez de interpretar a Constituição, dá-lhe muitas vezes outro sentido ou até mesmo cria novas leis. Independentemente do controle de constitucionalidade ser o difuso ou o concentrado; abstrato ou concreto, sendo ele o controle repressivo do Judiciário, percebe-se o solipsismo como mal maior das decisões sobre o controle.

Como o lugar constitucional e democrático para debater temas de interesse da sociedade e criar leis que a vinculam é o Legislativo, ele finalmente começa a reagir contra a usurpação de seu Poder por outro. Como resposta, os congressistas estudam formas de devolver sua competência na criação de leis e guarda da Constituição. Exemplo disso é a PEC n 33/2011, proposta pelo Deputado Federal Nazareno Fonteles, que pretende a alterar a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis para a necessidade de maioria absoluta dos membros; condicionar o efeito vinculante de

súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submeter ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição.

A primeira alteração pretendida não foi considerada tão grave, nem inconstitucional, pois apenas torna mais difícil se conseguir a maioria exigível para declaração de inconstitucionalidade. No entanto, querer que o STF apenas proponha súmulas, e que elas sejam aprovadas pelo Legislativo para ter validade é algo bastante inovador, devendo ser estudado profundamente. Veja-se que, de fato, a súmula vinculante brasileira possui vários problemas, como o aprisionamento dos sentidos, além de ser às vezes mais lei que interpretação. No entanto, é preciso ter cuidado ao vincular sua existência a outro Poder. Afinal, não se pode concertar um erro, com outro que interfere na distribuição de poderes e na autonomia deles.

O ideal é que não se importe para o Judiciário brasileiro uma solução adotada na common law. O instituto da súmula vinculante não tem suporte constitucional no Brasil, pois não pode o Judiciário criar normas que terão efeitos similares aos de lei. Além disso, o aprisionamento do sentido é algo extremamente prejudicial para a decisão correta. No entanto, enquanto existir a súmula vinculante, é compreensível que o Legislativo tome para si de volta o poder de legislar, exigindo que a matéria da súmula seja votada no Congresso e, se aprovada, seja transformada em lei. Ademais, atendendo ao surgimento desses novos atores, a PEC determina que, em caso de divergência entre Judiciário e Legislativo, a decisão sobre a matéria seja dada pelo povo, em consulta popular.

Evidentemente, pode haver casos em que o povo ainda não tenha maturidade para decidir sobre dado assunto, mas é assim que a democracia é consolidada e efetivada: com a participação popular. Uma consequência salutar da decisão ser dada pelo povo é trazer para a realidade do cidadão a discussão sobre política, tornando-o um ator participativo diretamente de decisões. Com o tempo, o inexorável é que ocorra também o amadurecimento político dos brasileiros.

Por fim, a última alteração pretendida – submeter ao Congresso decisões sobre inconstitucionalidade de leis – essa sim é inteira e completamente errada! Ora, não pode o Legislativo pretender decidir sobre constitucionalidade de leis, porque essa competência constitucionalmente é do Supremo Tribunal Federal. Não pode um Poder ser obrigado a ter aprovação de outro Poder, quando apenas cumpre com sua competência constitucional. E não pode o Legislativo, tentando impedir o errado

ativismo judicial, ferir a Constituição, tentando alterar a competência dos poderes, querendo exigir submissão do Judiciário. O certo é que essa batalha entre legisladores e juízes ainda continuará e essa PEC é apenas uma das medidas tomadas pelo Legislativo para reaver seu poder. Novas medidas certamente virão. Cabe aos cientistas jurídicos atentarem e as analisarem sob o prisma constitucional.

A resposta para essa disputa interna é que ambos os poderes percebam que não se pode mais continuar com a separação estanque das funções. Elas devem umas controlar as outras, por meio dos checks and balances e, ainda mais, cooperarem entre si, a fim de tornar o Estado cada vez mais eficiente.

Por outro lado, eles precisam perceber que a crise interna é apenas uma das divisões da crise funcional; há também a crise externa, surgida como consequência do aparecimento de novos atores sociais e da possibilidade de participação jurídica e extrajudiciais nos meios políticos. Assim, as associações, os sindicatos, por exemplo, tanto participam via processo judicial e legislativo, da produção normativa, como via fóruns de discussão social.

Judicialmente, figuras como a ADI dão a esses atores o poder de serem autores de ações que tendem a controlar a constitucionalidade das leis. Pelo processo legislativo, via lei de iniciativa popular. Ambos os instrumentos estão sob tutela da Constituição de 1988 e são também motivo desse aumento da participação desses novos atores.

Portanto, essas funções estatais devem não só procurar a harmonia entre elas como com essa nova figura política e social, alcançando um cada vez maior grau de legitimidade democrática; afinal, o povo é o verdadeiro e único detentor do Poder, devendo este ter sempre o bem estar daquele como prioridade.

Essa afinação entre as funções e a colaboração é visível ao se analisar em detalhes a PEC nº 33 e a resolução via consulta popular. Veja-se: a questão chegou ao Judiciário, que é obrigado a decidir. Ele o faz por meio de súmula, já que reiteradas são as decisões no mesmo sentido. Ora, como ele é o poder que está mais próximo do povo, ele também é o que sente primeiro as necessidades da população e o surgimento de novas demandas que deveriam virar lei. Assim, a súmula deveria servir como um indicativo, quase um conselho dado pelo Judiciário ao Legislativo, que a sociedade já está madura o suficiente sobre esse tema e que deve haver o feitio de uma lei, indicando inclusive o teor que ela deve ter. Como os poderes são independentes, esse conselho seria analisado pelo Legislativo, que decidiria se

concorda ou não com os termos apresentados pelo Judiciário. Caso concorde, a súmula vira lei e todos os atores, principalmente a população, saem ganhando – é uma win-win situation. No entanto, caso o Legislativo discorde do Judiciário, o povo é chamado para uma consulta e vai decidir diretamente se concorda com a súmula ou não: é a efetiva participação democrática na política. Os sujeitos serão também os autores da lei, havendo uma participação tanto dos poderes quanto do povo no feitiço das leis. Mais uma vez, todos saem ganhando, principalmente a democracia, que sai ainda mais fortalecida.

Assim, ao invés de haver juízes-legisladores, haverá juízes que acertadamente superaram a filosofia da consciência e decidem conforme o giro linguístico e a dialogicidade do processo, tendo suas decisões devidamente fundamentadas. Ao invés de termos súmulas vinculantes que têm efeitos de lei, passando apenas pelo Judiciário, ter-se-ão súmulas que servirão como um anúncio de que dada matéria precisa ser apreciada pelo Congresso.

De outro lado, ao invés de existirem legisladores-juízes, haverá apenas legisladores, sabedores de sua tarefa de responder aos anseios da sociedade e editar lei de interesse geral. Por fim, haverá também o povo, que participará também diretamente do processo de decisão política e de feitiço de leis de seu interesse.

As funções então finalmente se adequarão em seu novo papel: não mais estanques e todas voltadas para a produção do bem comum, uma ajudando a outra em seu papel. Mais do que se controlar, elas irão se comunicar, interagir, lembrando que o interesse maior é o do povo e não de quem tem mais poder; afinal, em primeira e última análise o poder não só emana do povo, como ele é o mais novo e importante ator político, direta e indiretamente.

Indiretamente, ele participa via produção processual, com seus mandados de injunção, ação popular e Adins e ADCs. Quanto ao mandado de injunção, ele exige que o Judiciário se manifeste sobre a omissão legislativa. Quanto aos outros, a manifestação se dá por discordância da ação legislativa. Dessa forma, indiretamente o povo participa das causas e consequências do processo legislativo.

Diretamente, além dos casos já previstos de referendo e plebiscito frente a uma matéria debatida no Congresso, com a PEC o povo também participa nos casos em que as funções divergem sobre uma criação legislativa: o povo participa diretamente do processo legislativo ele próprio. A política, então, deixa de ser um

assunto indesejado e mal visto e passa a fazer parte da rotina e do cotidiano não só dos poderes, mas também da população.

Com isso, ganha o Judiciário, que passa a finalmente respeitar sua competência constitucional; ganha o Legislativo que vai voltar a ter o destaque de criação legislativa; ganha o Estado, que passa a ter maior legitimidade democrática; ganha o povo, que vai ser ator direto da criação de seus direitos; e, por fim, ganha a democracia, que vai se fortalecer com esse novo processo legislativo e com a nova integração entre os poderes, efetiva e definitivamente harmônicos entre si.

REFERÊNCIAS

AMORIM NETO, Octavio; SANTOS, Fabiano. A produção legislativa no Congresso: entre a paróquia e a nação. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 91-140.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Indicadores econômicos consolidados**. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?INDECO>>. Acesso em: 23 jul. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>. Acesso em: 25 abr. 2014.

BRASIL. **Emenda constitucional nº 3, de 17 de março de 1993**. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc03.htm>. Acesso em: 26 abr. 2014.

BRASIL. **Emenda constitucional nº 52, de 8 de março de 2006**. Dá nova redação ao § 1º do art. 17 da Constituição Federal para disciplinar as coligações eleitorais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc52.htm>. Acesso em: 26 abr. 2014.

BRASIL. **Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965**. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737_compilado.htm>. Acesso em: 25 abr. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de competência nº 118.163 - SP (2011/0161453-2)**. Suscitante: Joao Pedro Merenda e outros. Suscitado: Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo – SP. Suscitado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Interes.: Albino Cardoso Pereira Neto. Interes.: Partido VERDE - Diretórios Municipal de Diadema e Estadual de São Paulo. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Brasília, DF, Data de Julgamento: 25 de abril de 2012, S1 - Primeira Seção. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21572708/conflito-de-competencia-cc-118163-sp-2011-0161453-2-stj/inteiro-teor-21572709?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 26 abr. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF aprova quatro novas súmulas. **Notícias STF**, Brasília, DF, 16 out. 2014. Disponível em: <[vinculanteshttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=277650](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=277650)>. Acesso em: 25 nov. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 339**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 23 jul. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Supremo mantém decisão do TSE sobre coligações. **Notícias STF**, Brasília, DF, 18 abr. 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=58655&caixaBusca=N>>. Acesso em: 26 abr. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Supremo reconhece união homoafetiva. **Notícias STF**, Brasília, DF, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 22 nov. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 20.993, de 26 de fevereiro de 2002**. Dispõe sobre a escolha e o registro dos candidatos nas eleições de 2002. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2002/RES209932002.htm>>. Acesso em: 25 abr. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 22.610, de 25 de outubro de 2007**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2007/RES226102007.htm>>. Acesso em: 25 abr. 2014.

BRAZIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)**. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Manda observar a Constituição Política do Império, oferecida e jurada por Sua Magestade o Imperador. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 26 abr. 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. O Estado garantidor. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Mirand. **O direito e o futuro: o futuro do direito**. Coimbra: Almedina, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 17-43.

COSTA, Alexandre. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?** Brasília, DF, 2013. Disponível em: <http://www.academia.edu/7832828/A_quem_interessa_o_controle_concentrado_de_constitucionalidade>. Acesso em: 02 fev. 2014.

CREVELD, Martin van. **Ascensão e declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DECLARAÇÃO dos direitos do homem e do cidadão. [S.l.], 1789. Disponível em: <<https://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia/declaracao-dos-direitos-do-homem-e-do-cidadao-integra-do-documento-original.htm>>. Acesso em: 24 abr. 2012.

DIAS, Ronaldo Brêtas C. Fundamentos do Estado democrático de direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 7, n. 13-14, p. 150-163, 1º e 2º sem. 2004.

DOUGLAS, William. STF quis reescrever Constituição. **Notícias STF**, Brasília, DF, 13 maio 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-13/stf-quis-reescrever-constituicao-votar-uniao-homoafetiva>>. Acesso em: 23 nov. 2013.

ENGELMANN, Wilson. A crise constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 255-272.

FONTELES, Nazareno et al.. **Proposta de emenda à Constituição n.º 33, de 2011**. Brasília, DF, 25 de maio de 2011. Disponível em: <www.camara.gov.br/sileg/integras/886698.doc>. Acesso em: 13 maio 2013.

FONTELES, Nazareno. **PEC 3/2011 - Proposta de emenda à Constituição**. Dá nova redação ao inciso V do art. 49 da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491790>>. Acesso em: 13 maio 2013.

FONTELES, Nazareno. **PEC 33/2011 - Proposta de Emenda à Constituição**. Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>>. Acesso em: 13 maio 2013.

FONTELES, Nazareno. **Projeto de resolução n.º 21, de 2011**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/852651.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2013.

HABERMAS, J. Soberania popular como procedimento: um conceito normativo de espaço público. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, v. 26, p. 100-113, 1990.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad.: Márcia Sá C. Schuback. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. pt. 1 e 2.

JUDICIÁRIO atingiu ápice da produtividade e demanda continua aumentando. **OABRJ Digital**, Rio de Janeiro, 23 set. 2014. Disponível em: <<http://www.oabrij.org.br/noticia/88166-judiciario-atingiu-apice-da-produtividade-e-demanda-continua-aumentandol>>. Acesso em: 23 set. 2014.

LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LUCAS, Douglas Cesar. A crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: MORAES, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 169-224.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 41, n. 162, abr./jun. 2004. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegrf/ril/Pdf/pdf_162/R162-12.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2012.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da constituição e a transformação especial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

OLIVEIRA, Mariana. Votos brancos, nulos e abstenções sobem em São Paulo. **G1**: Rio Preto e Araçatuba, Rio Preto, 7 out. 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/eleicoes/2012/noticia/2012/10/votos-brancos-nulos-e-abstencoes-sobem-em-sao-paulo.html>>. Acesso em: 13 set. 2013.

RICHARD, Ivan. CCJ da Câmara aprova PEC que reduz poderes do STF. Edição: Talita Cavalcante. **EBC**, [S.l.], 24 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/politica/2013/04/ccj-da-camara-aprova-pec-que-reduz-poderes-do-stf>>. Acesso em: 21 nov. 2013.

ROCHA, Leonel Severo. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. 1. ed. Goiânia: UFG, 1997.

SPENGLER, Fabiana Marion. Crise funcional: morte ou transformação do Estado? In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 125-168.

STRECK, Lenio Luiz. As portarias, o mensalão e o "fator Carminha". **Consultor Jurídico**, São Paulo, 9 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-09/senso-incomum-portarias-mensalao-fator-carminha>>. Acesso em: 09 ago. 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Como assim, a "inconstitucionalidade" de Deus? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 22 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-22/senso-incomum-assim-inconstitucionalidade-deus>>. Acesso em: 22 nov. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Diretas Já no Judiciário é ponto para a democracia. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 20 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-20/senso-incomum-diretas-poder-judiciario-ponto-democracia>>. Acesso em: 22 nov. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, constituição e processo, ou de como discricionariedade não combina com democracia, o contraponto da resposta correta. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Catoni de (Coord.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 3-27.

STRECK, Lenio Luiz. O ativismo, o justo, o legal e a lesão por esforço epistêmico repetitivo. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 31 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-31/senso-incomum-ativismo-justo-legal-lesao-esforco-epistemico-repetitivo>>. Acesso em: 22 nov. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Poder legislativo não deve revogar decisões judicial. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 31 maio 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-31/senso-incomum-problema-ativismo-judicial-nao-resolvido-pec>>. Acesso em: 22 nov. 2013.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

VIANA, Luiz Werneck, Luiz; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. **Tempo Social**, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 48, nov. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-20702007000200002&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 abr. 2013

VIANA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/APERJ, 2002.

WARAT, Luís Alberto. A puertas abiertas: intensidades sobre el plano inconsciente de la filosofía del derecho. **Revista Seqüência**, Florianópolis, 1993. Disponível em: <<http://luisalbertowarat.blogspot.com.br/search/label/Warat%20x%20Warat>>. Acesso em: 24 set. 2013.

ANEXO A - PEC Nº 03/2011

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº _____, DE 2011. (Do Sr. Nazareno Fonteles e outros)

Dá nova redação ao inciso V do art.
49 da Constituição Federal.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O inciso V do art. 49 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 49.....

V – sustar os atos normativos dos outros poderes que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

Atualmente, a Constituição Federal prevê expressamente no seu artigo 49, caput, e inciso V, a competência do Poder Legislativo de sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do Poder Regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

Além disso, o art. 49, caput, e seu inciso XI da Lei Maior atribui ao Congresso Nacional competência exclusiva para "zelar pela preservação de sua competência legislativa em face de atribuição normativa dos outros poderes". Tal competência tem natureza de verdadeiro controle político de constitucionalidade diante tanto do Poder Executivo quanto do Poder Judiciário.

Como, na prática, o Poder Legislativo (Congresso Nacional) poderá cumprir de forma plena o mandamento constitucional descrito no inciso XI, do art. 49, em relação ao Poder Judiciário? No nosso entendimento, há uma

lacuna no inciso V, do art. 49, levando a uma desigualdade nas relações do Poder Legislativo com os outros Poderes, isto é: atualmente, o Poder Legislativo pode sustar atos do Poder Executivo, mas não pode fazer o mesmo em relação aos atos do Poder Judiciário. Esta Emenda visa, pois, preencher essa lacuna e corrigir essa desigualdade, contribuindo assim para o equilíbrio entre os três Poderes.

Como podemos observar, a redação que estamos apresentando para o inciso V, do art. 49, é congruente e coerente com a redação já existente no inciso XI, do referido artigo. Ou seja, a substituição da expressão “do Poder Executivo” por “dos outros poderes”.

Assim, nada mais razoável que o Congresso Nacional passe também a poder sustar atos normativos viciados emanados do Poder Judiciário, como já o faz em relação ao Poder Executivo. Com isso estaremos garantindo de modo mais completo a independência e harmonia dos Poderes, conforme previsto no art. 2º da CF.

A inscrição, nas constituições, de regras claras sobre o funcionamento harmônico e independente dos poderes fortalece o regime democrático, evitando que ocorram, com frequência, conflitos de competência entre os mesmos e o conseqüente desgaste de suas imagens perante a opinião pública.

Por estas razões, contamos com a colaboração de nossos pares para aprovar a presente Proposta de Emenda à Constituição.

Sala das Sessões, em de de 2011.

Deputado NAZARENO FONTELES

ANEXO B - PARECER DO RELATOR NA CCJ

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 3, DE 2011

Dá nova redação ao inciso V do art. 49 da Constituição Federal.

Autor: Deputado NAZARENO FONTELES e outros

Relator: Deputado NELSON MARCHEZAN JUNIOR

I - RELATÓRIO

Trata-se de Proposta de Emenda à Constituição (PEC), de autoria do ilustre Deputado Nazareno Fonteles, que tem como objetivo a alteração do inciso V do art. 49 da Constituição Federal, que dispõe sobre as competências exclusivas do Congresso Nacional.

A redação atual do dispositivo que se pretende alterar confere ao Congresso Nacional a competência exclusiva para sustar atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa.

A PEC substitui a expressão "Poder Executivo" por "outros Poderes", criando a possibilidade de o Congresso Nacional sustar atos normativos emanados tanto do Poder Executivo quanto do Poder Judiciário.

Sustentam os autores, na justificação da proposição, que *"há uma lacuna no inciso V do art. 49, levando a uma desigualdade nas relações do Poder Legislativo com os outros Poderes, isto é: atualmente, o Poder Legislativo pode sustar atos do Poder Executivo, mas não pode fazer o*

mesmo em relação aos atos do Poder Judiciário. (...) Esta Emenda visa, pois, preencher essa lacuna e corrigir essa desigualdade, contribuindo assim para o equilíbrio entre os três Poderes”.

É o relatório.

II - VOTO DO RELATOR

Consoante o disposto no art. 32, inciso IV, alínea 'b', do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD), compete à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) realizar o exame de admissibilidade da Proposta de Emenda à Constituição n.º 3, de 2011.

A admissibilidade de uma PEC tem como pressuposto a conformidade da proposição em relação às limitações circunstanciais e materiais impostas ao poder constituinte reformador. Tais limitações estão consignadas no artigo 60 da Constituição Federal.

Na dicção do referido dispositivo, a Carta da República poderá ser emendada mediante proposta de 1/3 (um terço), no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal (inciso I), não podendo, porém, ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio (§ 1º).

A matéria tratada na proposição *sub examine* também não pode ter sido objeto de nenhuma outra PEC rejeitada ou tida por prejudicada na mesma sessão legislativa (art. 60, § 5º, CF/88).

Quanto a esses aspectos formais não há óbices à admissibilidade da PEC n.º 3, de 2011.

Conforme o art. 60, § 4º do texto constitucional, não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado (inciso I); o voto direto, secreto, universal e periódico (inciso II); a separação dos Poderes (inciso III); e os direitos e garantias individuais (inciso IV).

No que concerne à análise material da proposição em apreço, isto é, a sua sujeição às ditas *cláusulas pétreas* constitucionais, verifica-se que a reforma ora alvitrada não ofende o conteúdo de qualquer dos incisos supramencionados.

Por outro lado, a análise do mérito da PEC em análise extrapola o exame de admissibilidade incumbido a esta Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, devendo ficar reservada à Comissão Especial a ser constituída, nos termos regimentais, com esse fim específico (RICD, art. 202, §2º).

Tal fronteira, no entanto, nem sempre é tão precisa, sendo razoável, em alguns casos, que considerações meritórias permeiem o referido exame de admissibilidade.

Neste sentido, certa controvérsia sobre o conteúdo da Proposta poderia ser suscitada quando confrontada com o art. 60, § 4º, inciso III, CF/88 (separação dos Poderes), em face de suposta interferência do Poder Legislativo nas atividades do Poder Judiciário.

Entretanto, uma rápida análise no dispositivo proposto revela que o objeto da PEC (poder normativo) não se relaciona com a atividade típica do Poder Judiciário (atividade jurisdicional). Se, porventura, esta PEC submetesse uma decisão de natureza estritamente jurisdicional (a exemplo de Sentenças, Acórdãos ou Decisões Judiciais Interlocutórias) ao crivo e controle do Poder Legislativo, estar-se-ia diante de clara violação ao princípio constitucional da Separação dos Poderes. Todavia, não é disso que trata a PEC nº 3/2011, a qual versa, exclusivamente, sobre os atos normativos (atividade atípica e, portanto, de natureza não-jurisdicional) dos outros poderes, especialmente aqueles emanados pelos órgãos do Poder Judiciário, que possam ter extrapolado os limites da legalidade.

Como exemplo, imperioso destacar o poder normativo de que dispõe a Justiça Eleitoral, a ela concedido mediante dispositivo do Código Eleitoral e da Lei das Eleições¹. À Justiça Eleitoral cabe fazer uso de seu poder normativo, delegado pelo Poder Legislativo, com o fim estrito de administração

¹ Código Eleitoral – Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 – Art. 23. Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior: (...) IX – expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código.

Lei das Eleições – Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 - Art. 105. Até o dia 5 de março do ano da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral, atendendo ao caráter regulamentar e sem restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas nesta lei, poderá expedir todas as instruções necessárias para sua fiel execução, ouvidos, previamente, em audiência pública, os delegados ou representantes dos partidos políticos.

das eleições, respeitando o princípio da legalidade (art. 5º, inc. II, CF/88), atributo indelével do Estado Democrático de Direito.

É evidente que, no âmbito das resoluções da Justiça Eleitoral, qualquer inovação do ordenamento jurídico será ilegítima. Mas, não raro são observadas extrapolações aos limites dessa delegação legislativa.

O remédio para tais excessos tem sido a submissão do instrumento normativo ao exame do próprio Poder Judiciário, no caso, o Supremo Tribunal Federal (STF), para verificação dos excessos observados no processo eleitoral. Em contrapartida, ao Poder delegante da atividade normativa (Poder Legislativo) não tem cabido qualquer manifestação acerca destes excessos.

No Estado Democrático de Direito, não se pode admitir a expedição de atos (Resoluções, Decretos, Portarias, etc.) por órgão administrativo com força de lei, *"circunstância que faz com que tais atos sejam ao mesmo tempo legislativos e executivos, isto é, como bem lembra Canotilho, a um só tempo 'leis e execução de leis'"*.²

A título exemplificativo, importante registrar o ato desviado de competência e alçada do CNJ, o qual, por maioria, declarou revogado o § 2º do artigo 65 da LOMAN (Lei Orgânica da Magistratura Nacional) pela Emenda Constitucional nº 19 e estendeu, administrativamente, aos magistrados federais, por isonomia aplicada às avessas, direitos e vantagens garantidas por lei aos membros do Ministério Público Federal.

A prática tem se repetido em outros atos, o que reforça a necessidade da Proposta de Emenda ora em análise. Em outra oportunidade, o CNJ avalizou a decisão do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco que determinara o pagamento, aos magistrados do Estado, da verba indenizatória relativa ao auxílio-moradia pago, por força de lei, aos

² "Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)". Co-Autores: Lenio Luiz Streck, Ingo Wolfgang Sarlet, Clèmerson Merlin Clève. Divulgado em: 30 jul 2011. Fonte: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7694/os-limites-constitucionais-das-resolucoes-do-conselho-nacional-de-justica-cnj-e-conselho-nacional-do-ministerio-publico-cnmp>>.

Deputados Estaduais Pernambucanos, tudo com fundamento em lei revogada - que vigorou entre 1992 e 1997 - a qual fixava isonomia de vencimentos (não indenização) entre juízes e parlamentares do Estado.

De fato verifica-se que o órgão de controle externo criado para observar a moralidade no Poder Judiciário parece estar atuando, não somente como legislador, mas também como legitimador de atos imorais que beneficiam os fiscalizados.

Apesar desse cenário real, convém deixar consignado que o legislador constituinte originário determinou a este Congresso Nacional que zele por sua própria competência legislativa. Confira-se o dispositivo constitucional:

"Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

XI – Zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes".

O artigo 49, inciso XI, da CF/88 deixa claro que a Proposta em exame não viola qualquer dispositivo do núcleo imodificável da Carta Magna. Ao contrário, em obediência ao legislador constituinte, este Parlamento deve buscar meios de zelar por sua própria competência legislativa.

Há quem defenda ser despidendo explicitar na Constituição a possibilidade do Poder Legislativo sustar atos normativos que extrapolem a delegação legislativa, quando emanados pelo Poder Judiciário. No entanto, em tempos de hermenêutica desapegada dos textos legais, deve convir ao Congresso Nacional dotar-se de instrumento claro, inequívoco, explícito, literal, que não admita ambiguidade, para preservação de sua competência.

O melhor entendimento, portanto, é no sentido de que a PEC nº 3/2011 dará ao Congresso Nacional esse instrumento, qual seja, a possibilidade de sustação, mediante decreto legislativo, de atos normativos e decisões administrativas, emanados pelo Poder Executivo, Poder Judiciário, CNJ, CNMP, Ministério Público, Defensoria Pública ou Tribunal de Contas da

União (TCU), desde que extrapolem os limites da delegação legislativa de que dispõem.

A presente PEC homenageia, outrossim, a convivência harmônica dos Poderes da República (art. 2º, CF/88), que se soma à independência. O mecanismo institucional proposto fortalecerá o equilíbrio entre os Poderes e poderá favorecer o chamado diálogo institucional.

É bom que se diga que esta PEC poderá conferir, sob certa ótica, legitimidade aos atos normativos do Poder Judiciário, tendo em vista que o Poder Legislativo não mais poderá queixar-se dos excessos, pois disporá de meios para corrigi-los. Assim, a eventual omissão deste Poder diante de excessos normativos acabará, de certo modo, por legitimá-los.

Ainda que se aponte a crise da representatividade política dos Parlamentos como uma das causas do ativismo judicial, não pode o próprio Congresso Nacional abdicar do zelo por sua competência legislativa.

Embora não seja o escopo da PEC em exame, não podemos nos furtar a observar que o Poder Judiciário – momento no exercício do controle de constitucionalidade -, tem deixado de lado o tradicional papel de legislador negativo para atuar como vigoroso legislador positivo. Tal fato atenta contra a democracia e as legítimas escolhas feitas pelo legislador.

Não deve o Poder Legislativo consentir com a tese de que a Suprema Corte representa um "*arquiteto constitucional*" com poderes de, por meio de suas decisões ativistas, "*redesenhar*" outras instituições e a própria Constituição.

Não obstante tais constatações fáticas, a presente PEC, como já frisado, tem como alvo direto o eventual abuso do poder normativo delegado a outros Poderes. Por essa razão, não cabe, nesta análise, tecer considerações adicionais a respeito de soluções para outras facetas do ativismo judicial.

Ante todo o exposto, louvando os autores da Proposta, especialmente seu primeiro signatário, manifesto voto no sentido da admissibilidade da Proposta de Emenda à Constituição nº 3, de 2011.

7

Sala da Comissão, em de de 2011.

Deputado NELSON MARCHEZAN JUNIOR
Relator

2011_6875

ANEXO C - EXTRATO DA MOVIMENTAÇÃO

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_imp?idProposicao=4...

PEC 3/2011

Proposta de Emenda à Constituição

Situação: Aguardando Criação de Comissão Temporária pela MESA

Identificação da Proposição

Autor Nazareno Fonteles - PT/PI	Apresentação 10/02/2011
---	-----------------------------------

Ementa
Dá nova redação ao inciso V do art. 49 da Constituição Federal.

Explicação da Ementa
Estabelece a competência do Congresso Nacional para sustar os atos normativos dos outros poderes que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

Informações de Tramitação

Forma de apreciação Proposição Sujeita à Apreciação do Plenário	Regime de tramitação Especial (Art. 202 c/c 191, I, RICD)
---	---

Despacho atual:

Data	Despacho
15/05/2012	Indefiro a retirada de assinatura da Proposta de Emenda à Constituição n. 3, de 2011, nos termos do art. 102, § 4º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Oficie-se. Publique-se.

Apensados

Apensados à PEC 3/2011 (1)

PEC 171/2012

Documentos Anexos e Referenciados

Avulsos	Legislação Citada	Mensagens, Ofícios e Requerimentos (2)
Destques (0)	Histórico de Pareceres, Substitutivos e Votos (2)	Relatório de conferência de assinaturas
Emendas (0)	Recursos (0)	
Histórico de despachos (2)	Redação Final	

Pareceres Aprovados ou Pendentes de Aprovação

Comissão	Parecer
Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC)	31/08/2011 - Parecer do Relator, Dep. Nelson Marchezan Junior (PSDB-RS), pela admissibilidade. 25/04/2012 12:00 Reunião Deliberativa Ordinária Aprovado o Parecer.

Tramitação

Data ▼	Andamento
10/02/2011	PLENÁRIO (PLEN) * Apresentação da Proposta de Emenda à Constituição n. 3/2011, pelos Deputados Nazareno

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_imp?idProposicao=4...

- Fonteles (PT-PI) e outros, que: "Dá nova redação ao inciso V do art. 49 da Constituição Federal.
- 10/02/2011 **COORDENAÇÃO DE COMISSÕES PERMANENTES (CCP)**
* Publicação inicial no DCD de 11/02/11 PÁG 5802 COL 01.
- 16/02/2011 **Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA)**
* Relatório de Conferência de Assinaturas da PEC 3/11.
- 18/02/2011 **Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA)**
* À Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania
Proposição Sujeita à Apreciação do Plenário
Regime de Tramitação: Especial
- 18/02/2011 **COORDENAÇÃO DE COMISSÕES PERMANENTES (CCP)**
* Publicação do despacho no DCD do dia 19/02/11 PAG 8588 COL 01.
- 23/02/2011 **COORDENAÇÃO DE COMISSÕES PERMANENTES (CCP)**
* Encaminhada à publicação. Avulso Inicial
- 02/03/2011 **Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC)**
* Recebimento pela CCJC.
- 24/05/2011 **Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC)**
* Designado Relator, Dep. Nelson Marchezan Junior (PSDB-RS)
- 31/08/2011 **Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC)**
* Apresentação do Parecer do Relator n. 1 CCJC, pelo Deputado Nelson Marchezan Junior (PSDB-RS).
* Parecer do Relator, Dep. Nelson Marchezan Junior (PSDB-RS), pela admissibilidade.
- 25/04/2012 **Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) - 10:00 Reunião Deliberativa**
* Aprovado o Parecer.
- 26/04/2012 **COORDENAÇÃO DE COMISSÕES PERMANENTES (CCP)**
* Parecer recebido para publicação.
- 03/05/2012 **PLENÁRIO (PLEN)**
* Apresentação do Requerimento de Retirada de assinatura em proposição de iniciativa coletiva n. 5129/2012, pelo Deputado Jean Wyllys (PSOL-RJ), que: "Requer ao Presidente da Câmara dos Deputados, Sr. Marco Maia, retirada de assinatura no PEC 03/2011".
- 09/05/2012 **COORDENAÇÃO DE COMISSÕES PERMANENTES (CCP)**
* Encaminhada à publicação. Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania publicado no DCD de 10/05/12, PÁG 16264 COL 01, Letra A.
- 15/05/2012 **Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA)**
* Indefero a retirada de assinatura da Proposta de Emenda à Constituição n. 3, de 2011, nos termos do art. 102, § 4º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Oficie-se. Publique-se.
- 15/05/2012 **COORDENAÇÃO DE COMISSÕES PERMANENTES (CCP)**
* Publicação do despacho no DCD do dia 16/05/2012
- 12/11/2012 **Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA)**
* Apense-se a este(a) o(a) PEC-171/2012.
- 31/01/2015 **Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA)**
* Arquivada nos termos do Artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.
- 10/02/2015 **PLENÁRIO (PLEN)**
* Apresentação do Requerimento de Desarquivamento de Proposições n. 425/2015, pelo Deputado Paes Landim (PTB-PI), que: "Requer o desarquivamento das proposições que menciona".
- 12/02/2015 **Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA)**
* Indeferido o pedido de desarquivamento desta proposição constante do REQ-425/2015 visto que o

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_imp?idProposicao=4...

23/03/2015 Requerente não é o Autor da(s) proposição(ões).
Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA)
* Desarquivada nos termos do Artigo 105 do RICD, em conformidade com o despacho exarado no REQ-1057/2015.

ANEXO D - PEC Nº 33/2011

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_imp.jsp?sessionId=87F...

PEC 33/2011

Proposta de Emenda à Constituição

Situação: Arquivada

Identificação da Proposição

Autor Nazareno Fonteles - PT/PI	Apresentação 25/05/2011
---	-----------------------------------

Ementa

Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição.

Informações de Tramitação

Forma de apreciação Proposição Sujeita à Apreciação do Plenário	Regime de tramitação Especial
---	---

Despacho atual:

Data	Despacho
07/06/2011	À Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania Proposição Sujeita à Apreciação do Plenário Regime de Tramitação: Especial

Última Ação Legislativa

Data	Ação
31/01/2015	Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA) Arquivada nos termos do Artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Documentos Anexos e Referenciados

Avulsos	Legislação Citada	Mensagens, Ofícios e Requerimentos (2)
Destaques (0)	Histórico de Pareceres, Substitutos e Votos (4)	Relatório de conferência de assinaturas
Emendas (0)	Recursos (0)	
Histórico de despachos (1)	Redação Final	

Tramitação

Data ▾	Andamento
25/05/2011	PLENÁRIO (PLEN) * Apresentação da Proposta de Emenda à Constituição n. 33/2011, pelos Deputados Nazareno Fonteles (PT-PI) e outros, que: "Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição".
25/05/2011	COORDENAÇÃO DE COMISSÕES PERMANENTES (CCP) * Publicação inicial no DCD do dia 26/05/11 PAG 26126 COL 02.
26/05/2011	Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA) * Relatório de Conferência de Assinaturas da PEC 33/11.
07/06/2011	Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA) * À Comissão de

07/06/2011	Constituição e Justiça e de Cidadania Proposição Sujeita à Apreciação do Plenário Regime de Tramitação: Especial COORDENAÇÃO DE COMISSÕES PERMANENTES (CCP) * Publicação do despacho no DCD do dia 08/08/2011
09/06/2011	COORDENAÇÃO DE COMISSÕES PERMANENTES (CCP) * Encaminhada à publicação. Awulso Inicial
09/06/2011	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) * Recebimento pela CCJC.
01/07/2011	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) * Designado Relator, Dep. Esperidião Amin (PP-SC)
30/08/2011	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) * Apresentação do Parecer do Relator n. 1 CCJC, pelo Deputado Esperidião Amin (PP-SC). * Parecer do Relator, Dep. Esperidião Amin (PP-SC), pela admissibilidade, com emendas.
14/05/2012	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) * Devolvido ao Relator, Dep. Esperidião Amin (PP-SC) * Devolvida sem Manifestação.
17/05/2012	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) * Designado Relator, Dep. João Campos (PSDB-GO)
05/12/2012	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) * Apresentação do Parecer do Relator n. 2 CCJC, pelo Deputado João Campos (PSDB-GO). * Parecer do Relator, Dep. João Campos (PSDB-GO), pela admissibilidade.
12/12/2012	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) - <i>10:00 Reunião Deliberativa</i> * Não Deliberado.
18/12/2012	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) - <i>14:30 Reunião Deliberativa</i> * Não Deliberado.
19/12/2012	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) - <i>10:00 Reunião Deliberativa</i> * Não Deliberado.
12/03/2013	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) - <i>14:30 Reunião Deliberativa</i> * Não Deliberado.
13/03/2013	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) - <i>10:00 Reunião Deliberativa</i> * Não Deliberado.
19/03/2013	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) - <i>14:30 Reunião Deliberativa</i> * Não Deliberado.
20/03/2013	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) - <i>10:00 Reunião Deliberativa</i> * Não Deliberado.
26/03/2013	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) - <i>14:30 Reunião Deliberativa</i> * Não Deliberado.
27/03/2013	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) - <i>10:00 Reunião Deliberativa</i> * Vista conjunta aos Deputados Alessandro Molon, Arthur Oliveira Maia, Marcelo Almeida, Paes Landim, Ricardo Berzoini e Vieira da Cunha.
02/04/2013	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) - <i>14:30 Reunião Deliberativa</i>

- * Não Deliberado.
- 03/04/2013 Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) - **10:00 Reunião Deliberativa**
* Não Deliberado.
- 04/04/2013 Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC)
* Apresentação do Voto em Separado n. 1 CCJC, pelo Deputado Paes Landim (PTB-PI).

* Apresentação do Voto em Separado n. 2 CCJC, pelo Deputado Paes Landim (PTB-PI).
- 04/04/2013 Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) - **09:00 Reunião Deliberativa**
* Não Deliberado.
- 04/04/2013 Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC)
* Prazo de Vista Encerrado
- 09/04/2013 Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) - **14:30 Reunião Deliberativa**
* Não Deliberado.
- 09/04/2013 Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC)
* Apresentação do Voto em Separado n. 2 CCJC, pelo Deputado Vieira da Cunha (PDT-RS).
- 10/04/2013 Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) - **10:00 Reunião Deliberativa**
* Retirada de pauta, de ofício, a pedido do Deputado Efraim Filho, tendo em vista a ausência do Relator.
- 17/04/2013 Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) - **10:00 Reunião Deliberativa**
* Não Deliberado.
- 23/04/2013 Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) - **14:30 Reunião Deliberativa**
* Não Deliberado.
- 24/04/2013 Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) - **10:00 Reunião Deliberativa**
* Discutiram a Matéria: Dep. Onofre Santo Agostini (PSD-SC) e Dep. José Genoíno (PT-SP).

* Aprovado o Parecer. Apresentaram votos em separado os Deputados Paes Landim e Vieira da Cunha.
- 14/05/2013 **PLENÁRIO (PLEN)**
* Apresentação da Reclamação n. 1/2013, pelo Deputado Marcos Rogério (PDT-RO), solicitando declaração de nulidade da designação do Dep. João Campos para relatar a PEC n. 33/2011, nos termos do art. 96, § 2º c/c art. 52, § 3º, do RICD e das Questões de Ordem 279/2008 e 423/2009. DCD de 16/05/13 PÁG 17801 COL 02.
- 15/05/2013 **COORDENAÇÃO DE COMISSÕES PERMANENTES (CCP)**
* Parecer recebido para publicação.

* Encaminhada à publicação. Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania Publicado em avulso e no DCD de 16/5/2013, PÁG 17810 COL 01, Letra A.
- 24/06/2013 **PLENÁRIO (PLEN)**
* Apresentação do Requerimento de Retirada de assinatura em proposição de iniciativa coletiva n. 8027/2013, pelo Deputado Luis Carlos Heinze (PP-RS), que: "Requer a retirada de assinatura em apoio a PEC 33/2011".
- 26/06/2013 **PLENÁRIO (PLEN)**
* Apresentação do Requerimento de Retirada de Proposição de Iniciativa Coletiva n. 8067/2013, pelo Deputado Lelo Coimbra (PMDB-ES), que: "Requer a retirada de assinatura em apoio a PEC 33/2011."
"
- 27/06/2013 **Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA)**
* Indeferido o Requerimento n. 8027/2013, conforme despacho de seguinte teor: "Indefiro o pedido contido no Requerimento n. 8.027/2013, nos termos do art. 102, § 4º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Publique-se. Oficie-se".
- 02/07/2013 **Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA)**
* Indeferido o Requerimento n. 8.067/2013, conforme despacho do seguinte teor: "Indefiro a retirada de assinatura da Proposta de Emenda à Constituição n. 33/2011, nos termos do art. 102, § 4º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Oficie-se. Publique-se."

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_imp.jsessionid=87F...

- 26/09/2013** **Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA)**
- * Despacho do Presidente na Reclamação 1/2013: " Dessa forma, ainda que a reclamação pudesse ser dirigida diretamente a esta Presidência, ela terá de ser feita em tempo hábil, isto é, logo após a edição do ato que designou o Deputado JOÃO CAMPOS para relatar a aludida proposição. Posto isso, conheço da Reclamação n. 1/2013 para, no mérito negar-lhe provimento. Publique-se. Oficie-se".
- 31/01/2015** **Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA)**
- * Arquivada nos termos do Artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

ANEXO E - PARECER DO RELATOR NA CCJ



CÂMARA DOS DEPUTADOS

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 33, DE 2011

Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de emendas à Constituição.

Autores: Deputado NAZARENO FONTELES e outros

Relator: Deputado JOÃO CAMPOS

I - RELATÓRIO

A proposta de emenda à Constituição em epígrafe, que tem como primeiro signatário o Deputado Nazareno Fonteles, pretende alterar a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condicionar o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo; e submeter ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de emendas à Constituição.

Em alentada justificação, esclarece seu primeiro subscritor que "[...] o protagonismo alcançado pelo Poder Judiciário, especialmente os órgãos de cúpula, é fato notório nos dias atuais. A manifestação desse protagonismo tem ocorrido sob duas vertentes que, embora semelhantes, possuem contornos distintos: a judicialização das relações sociais e o ativismo judicial [...] O fato é que, em prejuízo da democracia, a hipertrofia do Poder Judiciário vem deslocando boa parte dos debates de questões relevantes do Legislativo para o Judiciário [...] Há muito o STF deixou de ser um legislador



CÂMARA DOS DEPUTADOS

negativo e passou a ser um legislador positivo. E diga-se, sem legitimidade eleitoral. O certo é que o Supremo vem se tornando um superlegislativo”.

Adiante, aduz que “[...] nossa proposta aumenta para quatro quintos de seus membros a maioria necessária para a aprovação da súmula vinculante [...] Exigir-se-á, a partir de agora, a concordância de pelo menos nove ministros para que se aprove uma súmula vinculante [...] Além disso, o efeito vinculante da súmula perante os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública somente operará após aprovação da súmula, por maioria absoluta, em sessão conjunta do Congresso Nacional”.

Finalmente, conclui que, “[...] além de tratar de novos procedimentos de aprovação da súmula vinculante, a presente proposição também confere ao Poder Legislativo um papel relevante no controle de constitucionalidade de emenda à Constituição [...] A proposta consiste em submeter ao Congresso Nacional a decisão do STF, que não teria, de imediato, efeito vinculante e eficácia contra todos (“erga omnes”): somente após a apreciação do Congresso Nacional, reconhecendo a inconstitucionalidade defendida pelo Supremo, é que operaria o efeito vinculante e a eficácia da decisão judicial”.

A matéria, nos termos do art. 202, *caput*, do Regimento Interno, foi distribuída a esta Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania para análise de sua admissibilidade constitucional.

É o relatório.

II - VOTO DO RELATOR

Os pressupostos de admissibilidade da proposição em exame são os prescritos no art. 60, inciso I, §§ 1º a 4º, da Constituição Federal, e no art. 201, incisos I e II, do Regimento Interno.

Assim, analisando a matéria sob o ponto de vista formal, constatamos que a proposta em tela apresenta o número de subscrições necessárias – 219 assinaturas válidas –, conforme atesta a Secretaria-Geral da Mesa (fls. 12), e não há, no momento, embargo circunstancial que impeça a alteração da Carta Política, visto que o País passa por período de normalidade jurídico-constitucional, não se encontrando na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

No que concerne à análise material da proposição em apreço, isto é, a sujeição de seu objetivo às cláusulas constitucionais imutáveis



CÂMARA DOS DEPUTADOS

– as chamadas *cláusulas pétreas* – verificamos que as alterações projetadas na Proposta de Emenda à Constituição nº 33, de 2º11, não pretendem atingir a forma federativa do Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico e os direitos e garantias individuais.

Com efeito, no que se refere ao art. 1º da proposição em comento, no qual se pretende alterar o quórum para a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais de maioria absoluta para quatro quintos, nada a objetar, porquanto não se verifica na espécie violação ao princípio da separação dos Poderes.

De modo idêntico, com relação ao art. 2º da proposta epigrafada, em que se propõe condicionar o efeito da súmula vinculante à sua aprovação pelo Congresso Nacional, nada a objetar, pois esse instituto não tem natureza jurisdicional, vale dizer, não é ato judicial típico, o que afasta a ofensa ao princípio da separação dos Poderes.

Finalmente, no que tange ao art. 3º da proposição em epígrafe, no qual se pretende submeter ao Congresso Nacional a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade de proposta de emenda à Constituição, há, na espécie, manifesta inovação. Ao valorizar a soberania popular, reforçando o comando constitucional previsto no parágrafo único do art.1º da CF, contribui sobremaneira para o diálogo e a harmonia entre os Poderes Judiciário e Legislativo, bem como preserva a separação dos Poderes. E deixa claro que no caso de conflito entre estes Poderes, a decisão cabe soberanamente ao Povo, através de consulta popular.

No mais, importa salientar que a quadra atual é, sem dúvida, de exacerbado ativismo judicial da Constituição. Nesse contexto, a autocontenção pelos tribunais (*judicial self-restraint*) não tem sido capaz de deter o protagonismo do Poder Judiciário. Essa circunstância apenas reforça a necessidade de alterações constitucionais, com vistas a valorizar o papel do Poder Legislativo de titular soberano da função de legislar.

Acresce que não pode o Congresso Nacional abdicar do zelo de preservar sua competência legislativa em face da atribuição normativa de outros Poderes, consoante o que dispõe o art. 49, XI, da Constituição da República.

Elevar o quórum para propor súmulas e exigir que o Congresso Nacional as aprove, como prevê a Proposta de Emenda à Constituição nº 33, de 2011, as torna mais legítimas e equânimes. Previne-se, assim, a hipertrofia dos poderes do Supremo Tribunal Federal, evitando que atingissem, desmesuradamente, as instâncias que lhe são inferiores e, no limite, o cidadão e as pessoas jurídicas, haja vista o alcance da súmula e o seu efeito vinculante sobre as decisões administrativas e judiciárias. Registre-se



CÂMARA DOS DEPUTADOS

ainda que nem mesmo as leis vinculam tão estritamente os juizes na sua atividade judicante como as súmulas. Eis por que a proposição que aqui se analisa me parece ponderada contribuição à matéria.

Pelas razões precedentes, voto pela admissibilidade da Proposta de Emenda Constitucional nº 33, de 2011.

Sala da Comissão, em de de 2012.

Deputado JOÃO CAMPOS
Relator

ANEXO F - VOTO EM SEPARADO DO DEPUTADO PAES LANDIM

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 33, DE 2011.

Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição.

Autor: Deputado NAZARENO FONTELES

Relator: Deputado JOÃO CAMPOS

VOTO EM SEPARADO DO DEPUTADO PAES LANDIM

A presente Proposta de Emenda à Constituição, de iniciativa do Deputado NAZARENO FONTELES, pretende:

1. alterar o quórum para a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais, de maioria absoluta, para quatro quintos;
2. condicionar o efeito da súmula vinculante à sua aprovação pelo Congresso Nacional;
3. submeter ao Congresso Nacional a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade de emenda à Constituição.

O Relator da Proposta de Emenda à Constituição nº 33, de 2007, nesta Comissão, Deputado JOÃO CAMPOS, ofereceu parecer à matéria, manifestando-se pela admissibilidade da proposição.

Contudo, não podemos deixar de manifestar nosso entendimento no sentido da inadmissibilidade da PEC ora analisada.

Preliminarmente, cabe notar que a Assembleia Nacional Constituinte de 1988, após discussão sobre a instituição de uma Corte Constitucional que deveria ocupar-se, fundamentalmente, do controle de constitucionalidade das leis, optou pela permanência do Supremo Tribunal Federal, mantendo sua competência tradicional, mas ampliando significativamente o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.

De fato, a Constituição de 1988 reduziu o controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar a legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. A maioria das controvérsias constitucionais relevantes passou a ser submetida ao Supremo Tribunal Federal, mediante o controle "em tese" de normas, quando o Pretório Excelso faz as vezes de "tribunal constitucional", avaliando em abstrato a compatibilidade de normas com a Constituição.

Frise-se que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade atualmente em vigor foi uma opção do Constituinte originário, que introduziu, no dispositivo relativo às atribuições do Supremo Tribunal Federal, a competência, precípua, de guardião da Constituição (art. 102 da CF).

A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, (Reforma do Judiciário), por sua vez, não tocou nas bases desse sistema, mas apenas produziu modificações no texto constitucional com o intuito de reduzir o volume de processos repetitivos, gerando maior rapidez e efetividade das decisões judiciais, com a introdução da súmula vinculante e a repercussão geral.

Ora, a PEC em exame pretende introduzir inovações no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade que ferem o princípio constitucional da separação dos Poderes, eis que pretende condicionar o efeito da súmula vinculante à sua aprovação pelo Congresso Nacional e busca submeter ao Congresso Nacional a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade de emenda à Constituição.

À toda evidência, a PEC em apreço tem a "tendência de abolir" a separação de Poderes, uma vez que se imiscui em competência do Supremo Tribunal Federal concebida pelo Constituinte originário. Repita-se o *caput* do art. 102 da Lei Maior, em sua redação original:

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

.....

Ressalte-se, ainda, que comportamento mais atuante do Poder Judiciário e do Supremo Tribunal Federal nos dias atuais advém da judicialização das relações sociais no Brasil, cujas causas são, principalmente, a redemocratização do país, especialmente a partir da Constituição de 1988, o fortalecimento do Ministério Público e a abrangência do texto constitucional (Constituição analítica).

Não se trata de um fenômeno isolado, mas mundial, como esclarece LOGAN CALDAS BARCELLOS:

"As origens da judicialização da política e o consequente fortalecimento do Poder Judiciário no mundo estão ligados ao ocaso do comunismo no Leste Europeu e ao fim da União Soviética. Os EUA passaram a ter um papel proeminente não somente nos domínios do Capitalismo, mas também com o seu modelo de revisão judicial. Daí porque a Ásia, a América Latina e a África sofreram forte influência do modelo americano, que desempenhou um papel importante na Corte de Estrasburgo, após a II Guerra Mundial.

Um exemplo de judicialização da política no Brasil ocorre nos âmbitos do direito à saúde e do direito à educação. Trata-se de problema político premente que cada vez mais se desloca ou transfere para o Poder Judiciário, que se torna "fiador" da dívida dos outros Poderes, originária do descumprimento dos deveres constitucionais. Em que pese a todas as críticas que os juízes sofrem por imporem condutas ao Poder Executivo (o que muitos chamam de "politização da justiça"), eles foram empossados para cumprir a Constituição e a judicialização do direito à saúde não é uma faculdade, mas sim um dever do Poder Judiciário. Daí porque autores como Sartet sustentam que, em que pese aos limites fáticos (reserva do possível) e jurídicos (reserva parlamentar em matéria orçamentária), não se pode impedir o reconhecimento pelos juízes de direitos subjetivos a prestações, pelo menos não em todas as hipóteses.

O controle judicial das políticas públicas é um claro exemplo de judicialização da política. Nesse âmbito de atuação judicial, o Judiciário se torna garantidor de políticas públicas. A legitimidade democrática da sua atuação, significando um reconhecimento das

*suas decisões pela comunidade, ocorre pelo descumprimento da Constituição por parte dos gestores públicos, não podendo a justiça se isentar das suas responsabilidades.*¹

Quanto ao chamado “ativismo judiciário”, há que se refletir se queremos juízes que se eximam de suas responsabilidades na concretização dos direitos fundamentais e sociais. Evidentemente que o *self restraint* é inadequado para as necessidades atuais da sociedade brasileira, principalmente diante de omissões inconstitucionais e da declaração de inconstitucionalidade de leis. Não há democracia sem a garantia dos direitos das minorias e a tutela da igualdade.

Nessa linha, a lição do Professor LENIO LUIZ STRECK:

*“(...) ao argumento de que a concretização de direitos via judiciário (jurisdição constitucional) enfraquece a cidadania e coloca em risco a própria democracia (sic), cabe lembrar que não há qualquer registro de que a democracia tenha sido colocada em xeque em face de decisões judiciais concessivas de direitos, consideradas como “jurisprudência dos valores”, “ativismo judicial”, etc.”*²

Em suma, temos um sistema de controle de constitucionalidade complexo, mas que vem funcionando exemplarmente, servindo de modelo para as Cortes Constitucionais e Tribunais Superiores em todo o mundo.

Sobre a legitimidade da jurisdição constitucional, o Professor LUÍS ROBERTO BARROSO ensina:

“o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar

¹ BARCELLOS, Logan Caldas. *A legitimidade democrática da jurisdição constitucional e o contramajoritarismo no contexto da judicialização da política e do ativismo judicial* www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/prisma/.../1147 Acesso em 2.4.2013.

² STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Verdade e consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008. p. 138. *apud* BARCELLOS, Logan Caldas. *A legitimidade democrática da jurisdição constitucional e o contramajoritarismo no contexto da judicialização da política e do ativismo judicial*. www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/prisma/.../1147 Acesso em 2.4.2013.

*escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça.*³

Ademais, no que tange à modificação de quórum para declaração de inconstitucionalidade, é fato notório que o funcionamento interno dos órgãos colegiados dos Poderes da República é estabelecido nos Regimentos Internos desses mesmos órgãos.

Dessa forma, tanto as sessões colegiadas dos órgãos legislativos federais e estaduais, quanto as sessões colegiadas dos órgãos judiciários federais e estaduais obedecem aos ritos prescritos em cada Regimento Interno próprio, que é elaborado por cada órgão levando em conta sua própria realidade administrativa, conforme os recursos financeiros e humanos disponíveis.

No caso específico do Judiciário, a definição sobre o funcionamento dos órgãos colegiados compete privativamente aos próprios tribunais, como prescrito explicitamente no art. 96, I, a e b, da Constituição Federal.

Mesmo que assim não fosse, dizer-se apenas que as alterações propostas na presente PEC “não pretendem atingir a forma federativa do Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico e os direitos e garantias individuais”, como o fez o relator, não afasta o fato de que este e outros configuram verdadeira tentativa, via legislativo, de interferir em matéria “interna corporis” do Judiciário e indubitavelmente ferem mortalmente o princípio constitucional da separação de Poderes.

Não se deve esquecer que cada um dos Poderes da República, por suas próprias atribuições naturais, têm também suas peculiaridades que devem ser respeitadas.

³BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. in www.oab.org.br/editora/revista/.../1235066670174218181901.pdf. Acesso em 2.4.2013.

Por fim, qualquer proposta que altere o quórum de votações de qualquer órgão do Poder Judiciário, submetendo e condicionando o efeito de seus atos à aprovação do Legislativo, sem que tal proposta tenha origem em autorização do próprio Poder Judiciário, ainda que sob os argumentos de que tais atos não seriam tipicamente judiciais (caso da súmula vinculante) ou que poderiam se revestir de mais legitimidade caso se submetessem à soberania popular, apenas reduziria o Poder Judiciário a um Poder sem poder.

Se tivesse algum fundamento o argumento de que a submissão de atos do Judiciário poderia contribuir para o diálogo e a harmonia entre os Poderes, e preservar a separação entre eles, bastaria então aplicar a mesma sistemática ao Poder Legislativo e Executivo, submetendo todos os atos e as normas a serem criadas ao plebiscito e ao referendo popular.

Da mesma forma que a votação das proposições legislativas obedece ao rito próprio, estabelecido no regimento interno de cada Casa Legislativa, também as votações nos processos judiciais pelos órgãos colegiados do Judiciário devem obedecer ao rito próprio estabelecido nos regimentos destes, conforme a letra do art. 96, incisos *a* e *b*, da Constituição Federal:

Pelas razões precedentes, manifesto meu voto pela inadmissibilidade da Proposta de Emenda à Constituição nº 33, de 2011.

Sala da Comissão, em 04 de abril de 2013.

Deputado PAES LANDIM

ANEXO G - EXTRATO DA MOVIMENTAÇÃO

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_imp.jsessionid=87F...

PEC 33/2011

Proposta de Emenda à Constituição

Situação: Arquivada

Identificação da Proposição

Autor Nazareno Fonteles - PT/PI	Apresentação 25/05/2011
---	-----------------------------------

Ementa

Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição.

Informações de Tramitação

Forma de apreciação Proposição Sujeita à Apreciação do Plenário	Regime de tramitação Especial
---	---

Despacho atual:

Data	Despacho
07/06/2011	À Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania Proposição Sujeita à Apreciação do Plenário Regime de Tramitação: Especial

Última Ação Legislativa

Data	Ação
31/01/2015	Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA) Arquivada nos termos do Artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Documentos Anexos e Referenciados

Avulsos	Legislação Citada	Mensagens, Ofícios e Requerimentos (2)
Destaques (0)	Histórico de Pareceres, Substitutos e Votos (4)	Relatório de conferência de assinaturas
Emendas (0)	Recursos (0)	
Histórico de despachos (1)	Redação Final	

Tramitação

Data ▼	Andamento
25/05/2011	PLENÁRIO (PLEN) * Apresentação da Proposta de Emenda à Constituição n. 33/2011, pelos Deputados Nazareno Fonteles (PT-PI) e outros, que: "Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição".
25/05/2011	COORDENAÇÃO DE COMISSÕES PERMANENTES (CCP) * Publicação inicial no DCD do dia 26/05/11 PAG 26126 COL 02.
26/05/2011	Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA) * Relatório de Conferência de Assinaturas da PEC 33/11.
07/06/2011	Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA) * À Comissão de

	Constituição e Justiça e de Cidadania Proposição Sujeita à Apreciação do Plenário Regime de Tramitação: Especial
07/06/2011	COORDENAÇÃO DE COMISSÕES PERMANENTES (CCP) * Publicação do despacho no DCD do dia 08/06/2011
09/06/2011	COORDENAÇÃO DE COMISSÕES PERMANENTES (CCP) * Encaminhada à publicação. Avulso Inicial
09/06/2011	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) * Recebimento pela CCJC.
01/07/2011	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) * Designado Relator, Dep. Esperidião Amin (PP-SC)
30/08/2011	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) * Apresentação do Parecer do Relator n. 1 CCJC, pelo Deputado Esperidião Amin (PP-SC). * Parecer do Relator, Dep. Esperidião Amin (PP-SC), pela admissibilidade, com emendas.
14/05/2012	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) * Devolvido ao Relator, Dep. Esperidião Amin (PP-SC) * Devolvida sem Manifestação.
17/05/2012	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) * Designado Relator, Dep. João Campos (PSDB-GO)
05/12/2012	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) * Apresentação do Parecer do Relator n. 2 CCJC, pelo Deputado João Campos (PSDB-GO). * Parecer do Relator, Dep. João Campos (PSDB-GO), pela admissibilidade.
12/12/2012	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) - 10:00 Reunião Deliberativa * Não Deliberado.
18/12/2012	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) - 14:30 Reunião Deliberativa * Não Deliberado.
19/12/2012	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) - 10:00 Reunião Deliberativa * Não Deliberado.
12/03/2013	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) - 14:30 Reunião Deliberativa * Não Deliberado.
13/03/2013	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) - 10:00 Reunião Deliberativa * Não Deliberado.
19/03/2013	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) - 14:30 Reunião Deliberativa * Não Deliberado.
20/03/2013	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) - 10:00 Reunião Deliberativa * Não Deliberado.
26/03/2013	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) - 14:30 Reunião Deliberativa * Não Deliberado.
27/03/2013	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) - 10:00 Reunião Deliberativa * Vista conjunta aos Deputados Alessandro Molon, Arthur Oliveira Maia, Marcelo Almeida, Paes Landim, Ricardo Berzoini e Vieira da Cunha.
02/04/2013	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) - 14:30 Reunião Deliberativa

	<ul style="list-style-type: none"> * Não Deliberado.
03/04/2013	<p>Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) - 10:00 Reunião Deliberativa</p> <ul style="list-style-type: none"> * Não Deliberado.
04/04/2013	<p>Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC)</p> <ul style="list-style-type: none"> * Apresentação do Voto em Separado n. 1 CCJC, pelo Deputado Paes Landim (PTB-PI). * Apresentação do Voto em Separado n. 2 CCJC, pelo Deputado Paes Landim (PTB-PI).
04/04/2013	<p>Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) - 09:00 Reunião Deliberativa</p> <ul style="list-style-type: none"> * Não Deliberado.
04/04/2013	<p>Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC)</p> <ul style="list-style-type: none"> * Prazo de Vista Encerrado
09/04/2013	<p>Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) - 14:30 Reunião Deliberativa</p> <ul style="list-style-type: none"> * Não Deliberado.
09/04/2013	<p>Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC)</p> <ul style="list-style-type: none"> * Apresentação do Voto em Separado n. 2 CCJC, pelo Deputado Vieira da Cunha (PDT-RS).
10/04/2013	<p>Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) - 10:00 Reunião Deliberativa</p> <ul style="list-style-type: none"> * Retirada de pauta, de ofício, a pedido do Deputado Efraim Filho, tendo em vista a ausência do Relator.
17/04/2013	<p>Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) - 10:00 Reunião Deliberativa</p> <ul style="list-style-type: none"> * Não Deliberado.
23/04/2013	<p>Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) - 14:30 Reunião Deliberativa</p> <ul style="list-style-type: none"> * Não Deliberado.
24/04/2013	<p>Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) - 10:00 Reunião Deliberativa</p> <ul style="list-style-type: none"> * Discutiram a Matéria: Dep. Onofre Santo Agostini (PSD-SC) e Dep. José Genoíno (PT-SP). * Aprovado o Parecer. Apresentaram votos em separado os Deputados Paes Landim e Vieira da Cunha.
14/05/2013	<p>PLENÁRIO (PLEN)</p> <ul style="list-style-type: none"> * Apresentação da Reclamação n. 1/2013, pelo Deputado Marcos Rogério (PDT-RO), solicitando declaração de nulidade da designação do Dep. João Campos para relatar a PEC n. 33/2011, nos termos do art. 98, § 2º c/c art. 52, § 3º, do RICD e das Questões de Ordem 279/2008 e 423/2009. DCD de 16/05/13 PÁG 17801 COL 02.
15/05/2013	<p>COORDENAÇÃO DE COMISSÕES PERMANENTES (CCP)</p> <ul style="list-style-type: none"> * Parecer recebido para publicação. * Encaminhada à publicação. Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania Publicado em avulso e no DCD de 16/5/2013, PÁG 17810 COL 01, Letra A.
24/06/2013	<p>PLENÁRIO (PLEN)</p> <ul style="list-style-type: none"> * Apresentação do Requerimento de Retirada de assinatura em proposição de iniciativa coletiva n. 8027/2013, pelo Deputado Luís Carlos Heinze (PP-RS), que: "Requer a retirada de assinatura em apoio a PEC 33/2011".
26/06/2013	<p>PLENÁRIO (PLEN)</p> <ul style="list-style-type: none"> * Apresentação do Requerimento de Retirada de Proposição de Iniciativa Coletiva n. 8067/2013, pelo Deputado Lelo Coimbra (PMDB-ES), que: "Requer a retirada de assinatura em apoio a PEC 33/2011."
27/06/2013	<p>Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA)</p> <ul style="list-style-type: none"> * Indeferido o Requerimento n. 8027/2013, conforme despacho de seguinte teor: "Indefiro o pedido contido no Requerimento n. 8.027/2013, nos termos do art. 102, § 4º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Publique-se. Oficie-se".
02/07/2013	<p>Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA)</p> <ul style="list-style-type: none"> * Indeferido o Requerimento n. 8.067/2013, conforme despacho do seguinte teor: "Indefiro a retirada de assinatura da Proposta de Emenda à Constituição n. 33/2011, nos termos do art. 102, § 4º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Oficie-se. Publique-se."

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_imp.jsessionid=87F...

- 26/09/2013** **Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA)**
* Despacho do Presidente na Reclamação 1/2013: " Dessa forma, ainda que a reclamação pudesse ser dirigida diretamente a esta Presidência, ela teria de ser feita em tempo hábil, isto é, logo após a edição do ato que designou o Deputado JOAO CAMPOS para relatar a aludida proposição. Posto isso, conheço da Reclamação n. 1/2013 para, no mérito negar-lhe provimento. Publique-se. Oficie-se".
- 31/01/2015** **Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA)**
* Arquivada nos termos do Artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

ANEXO H - PRC Nº 21/2011**PROJETO DE RESOLUÇÃO Nº , DE 2011**
(Da Sr. NAZARENO FONTELES)

Acrescente-se o inciso XXI ao art. 32 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, para criar a Comissão de Controle Legislativo dos atos normativos dos Poderes Executivo e Judiciário.

A Câmara dos Deputados resolve:

Art. 1º O art. 32 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados passa a vigorar acrescido do seguinte inciso XXI:

"Art. 32.....

XXI – Comissão de Controle Legislativo dos atos normativos dos Poderes Executivo e Judiciário:

a) atuação precípua no cumprimento do mandamento constitucional expresso no art. 49, incisos V e XI, da Constituição Federal;

b) matérias relativas ao Controle Legislativo dos atos normativos dos outros Poderes;

c) assuntos relacionados ao controle constitucional exercido pelo Poder Judiciário e Funções Essenciais à Justiça;

d) emitir pareceres sobre os atos normativos dos outros Poderes quanto à competência legislativa;

e) propor projeto de decreto legislativo para sustar atos normativos dos outros Poderes, quando estes exorbitarem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

f) propor proposições que aperfeiçoem o Controle Legislativo;

g) realizar estudos, seminários e audiências públicas sobre o papel do Poder Legislativo no fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

.....(NR)º

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

O Projeto de Resolução que levamos à consideração de nossos nobres Pares pretende criar uma nova Comissão Permanente no âmbito da Câmara dos Deputados: a Comissão de Controle Legislativo dos atos normativos dos Poderes Executivo e Judiciário.

O art. 49, inciso XI, da Constituição Federal determina que compete ao Congresso Nacional "zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes".

Resta evidente, portanto, que o Constituinte foi expresso ao determinar que o Legislativo não pode permitir que os demais Poderes Estatais (Executivo e Judiciário) legislem em seu lugar, sob pena de violação do princípio constitucional e cláusula pétrea da Separação dos Poderes, que devem ser independentes e harmônicos entre si (art. 2º da CF).

Contudo, temos visto nos últimos anos o agigantamento sem precedentes do Judiciário nas questões políticas do País, o desrespeito à independência dos Poderes por meio de decisões judiciais que legislam sobre temas relevantes para nossa sociedade ao atropelo de proposições legislativas em discussão e votação no Poder Legislativo.

A judicialização de questões da competência dos titulares da soberania popular degrada o princípio democrático e atende aos anseios de grupos que não estão interessados no respeito às decisões da maioria.

Na lição de Montesquieu, só o poder pode restringir o poder. Não havendo como um poder se autolimitar, há que se instituir o controle para contenção de abusos. A criação da Comissão de Controle

3

Legislativo dos atos dos demais Poderes virá para restabelecer o equilíbrio e o respeito aos mandamentos constitucionais do Estado Democrático de Direito.

Pela relevância da iniciativa, voltada ao aprimoramento das Instituições nacionais e observância da Constituição Federal, contamos com os nobres Pares para o aperfeiçoamento e a aprovação do Projeto de Resolução ora apresentado.

Sala das Sessões, em de de 2011.

Deputado NAZARENO FONTELES

ANEXO I - EXTRATO DA MOVIMENTAÇÃO

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_imp?idProposicao=4...

PRC 21/2011

Projeto de Resolução

Situação: Arquivada

Identificação da Proposição

Autor Nazareno Fonteles - PT/PI	Apresentação 22/02/2011
---	-----------------------------------

Ementa

Acrescente-se o inciso XXI ao art. 32 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, para criar a Comissão de Controle Legislativo dos atos normativos dos Poderes Executivo e Judiciário.

Informações de Tramitação

Forma de apreciação Proposição Sujeita à Apreciação do Plenário	Regime de tramitação Prioridade (Art. 151, II, RICD)
---	--

Despacho atual:

Data	Despacho
23/03/2011	Decorrido o prazo regimental previsto no artigo 216, § 1º do RICD, encaminhe-se Às Comissões de Constituição e Justiça e de Cidadania e Mesa Diretora da Câmara dos Deputados Proposição Sujeita à Apreciação do Plenário Regime de Tramitação: Prioridade

Última Ação Legislativa

Data	Ação
31/01/2015	Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA) Arquivado nos termos do Artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Documentos Anexos e Referenciados

Avulsos	Legislação Citada	Mensagens, Ofícios e Requerimentos (0)
Destques (0)	Histórico de Pareceres, Substitutos e Votos (0)	Relatório de conferência de assinaturas
Emendas (0)	Recursos (0)	
Histórico de despachos (1)	Redação Final	

Tramitação

Data ▼	Andamento
22/02/2011	PLENÁRIO (PLEN) * Apresentação do Projeto de Resolução n. 21/2011, pelo Deputado Nazareno Fonteles (PT-PI), que: "Acrescente-se o inciso XXI ao art. 32 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, para criar a Comissão de Controle Legislativo dos atos normativos dos Poderes Executivo e Judiciário".
22/02/2011	COORDENAÇÃO DE COMISSÕES PERMANENTES (CCP) * Publicação inicial no DCD do dia 23/02/11 PÁG 8854 COL 01.
23/03/2011	Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA) * Decorrido o prazo regimental previsto no artigo 216, § 1º do RICD, encaminhe-se Às Comissões de Constituição e Justiça e de Cidadania e Mesa Diretora da Câmara dos Deputados Proposição Sujeita à Apreciação do Plenário Regime de Tramitação: Prioridade
23/03/2011	COORDENAÇÃO DE COMISSÕES PERMANENTES (CCP)

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_imp?idProposicao=4...

- * Publicação do despacho no DCD do dia 24/03/11 PÁG 13838 COL 01.
- 25/03/2011 **COORDENAÇÃO DE COMISSÕES PERMANENTES (CCP)**
 - * Encaminhada à publicação. Avulso Inicial
- 25/03/2011 **Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC)**
 - * Recebimento pela CCJC.
- 25/03/2011 **PLENÁRIO (PLEN)**
 - * Prazo para apresentação de emendas em Plenário: (5 sessões ordinárias a partir de 28/03/2011) (Art. 216, § 1º, do RICD).
- 12/04/2011 **PLENÁRIO (PLEN)**
 - * Encerramento automático do Prazo de emendamento em plenário
- 18/10/2011 **Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC)**
 - * Designado Relator, Dep. João Campos (PSDB-GO)
- 31/01/2015 **Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA)**
 - * Arquivado nos termos do Artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.
- 31/08/2015 **Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC)**
 - * Devolução à CCP