

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

CAROLINA ALVES DAS CHAGAS

**POR UM PODER JUDICIÁRIO COM LIMITES:
uma análise da PEC 33 à luz do Constitucionalismo Popular**

CURITIBA

2014

CAROLINA ALVES DAS CHAGAS

POR UM PODER JUDICIÁRIO COM LIMITES:
uma análise da PEC 33 à luz do Constitucionalismo Popular

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Eneida Desiree Salgado

CURITIBA

2014

TERMO DE APROVAÇÃO

CAROLINA ALVES DAS CHAGAS

POR UM PODER JUDICIÁRIO COM LIMITES: uma análise da PEC 33 à luz do Constitucionalismo Popular

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



ENEIDA DESIREE SALGADO
Orientador

Coorientador



VERA KARAM DE CHUEIRI
Primeiro Membro



DANIEL WUNDER HACHEM - Direito Público
Segundo Membro

A meus avós, Adenilza e Sebastião – fico muito feliz por poder compartilhar com vocês mais esta fase da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Durante toda a minha vida, inclusive a acadêmica, foram muitas as pessoas que me ajudaram a crescer como pessoa e como estudante, algumas das quais gostaria de agradecer brevemente aqui.

Primeiramente agradeço a meus pais, Andrea e Sergio, os quais sempre me apoiaram e acreditaram em mim, mesmo nos momentos mais difíceis; sei que sem eles não chegaria aonde cheguei. A minhas irmãs, Bárbara e Beatriz, também, pelo convívio e carinho.

À minha amiga-irmã Ana Paula, por sempre estar a meu lado e aconselhar sempre que necessário para tudo nessa vida. Obrigada pelos mais de 10 anos de amizade. Também à Leticia, Tainá e Nilmara, pois, mesmo nem sempre juntas, sei que posso contar com vocês.

A todas as meninas que alegraram minhas manhãs na Santos Andrade, principalmente Alessandra, Camila, Fernanda, Isadora e Sabrine. A faculdade de direito certamente foi muito mais divertida com vocês.

A todos os professores da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná que de alguma forma contribuíram para a minha formação profissional, sobretudo aos meus professores de Direito Constitucional, Profa. Dra. Vera Karam de Chueiri e Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem, cuja extrema dedicação e excelentes aulas me fizeram apaixonar por esse ramo do Direito.

Por fim, agradeço especialmente a minha orientadora, Profa. Dra. Eneida Desiree Salgado, pela suas aulas inspiradoras e pelo grande incentivo às pesquisas. Sua dedicação à carreira acadêmica é contagiante e fico muito grata por ter tido a oportunidade de figurar como sua aluna e orientanda.

“The point, finally, is this: to control the Supreme Court, we must first lay claim to the Constitution ourselves. (...) Above all, it means insisting that the Supreme Court is our servant and not our master: a servant whose seriousness and knowledge deserves much deference, but who is ultimately supposed to yield to our judgments about what the Constitution means and not the reverse.”

Larry Kramer

RESUMO

A configuração atual dos poderes do Estado no Brasil demonstra verdadeira desarmonia, figurando o Poder Judiciário em um papel de importância cada vez maior na sociedade, mas que ao mesmo tempo tende a espelhar excessos de suas prerrogativas. Nesse âmbito é que foi criada a Proposta de Emenda Constitucional n. 33/2011, a qual pretende limitar os poderes exorbitantes do Judiciário, chamando o Legislativo e a participação popular para exercitarem também o controle de constitucionalidade. O presente trabalho analisa, pois, a atual participação do Poder Judiciário no Estado brasileiro, para, posteriormente, verificar as opções de mudanças trazidas por essa PEC e suas consequências para os contornos institucionais. Examina-se, também, como o novo panorama introduzido pela PEC pode afetar na construção da *accountability* judicial e na reflexão para a concepção de um constitucionalismo popular no Brasil. Por fim, conclui-se que a PEC 33 é apenas o início do caminho para se rediscutir a atuação dos poderes estatais e a importância da presença da população no momento de decidir questões controversas de índole constitucional.

Palavras-chave: separação dos poderes – Poder Judiciário – politização da Justiça – Controle de constitucionalidade - *accountability* judicial – constitucionalismo popular

ABSTRACT

The current shape of the Powers of the State in Brazil shows a truthful disharmony, displaying the Judiciary with an important role in the society that, unfortunately, also tends to reflect the excess in the enforcement of its prerogatives. Within these circumstances was created the Proposal for Constitutional Amendment n. 33/2011, intending to limit the exorbitant powers of the Judiciary and calling the Legislative and the popular participation to exercise the constitutional law. The present paper, then, analyzes the today's participation of the Judiciary in the State to, afterwards, verify the options of changes that are brought by this Proposal for Constitutional Amendment and its consequences to the institutional shape. Examines also how these new conditions introduced by this proposal can affect the building of the judicial accountability and the thought of a popular constitutionalism in Brazil. Finally it concludes that the Proposal for Constitutional Amendment n. 33 is only the beginning for rediscussing the performance of the Powers of the State and the importance of a popular presence in the moment of deciding controversial question of constitutional nature.

Keywords: separation of powers – Judiciary – politicization of Justice – Judicial Review - judicial accountability – popular constitutionalism

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1. O ATUAL QUADRO INSTITUCIONAL DOS PODERES DO ESTADO.....	4
1.1. A RELAÇÃO ENTRE OS PODERES E A CONSTITUIÇÃO.....	4
1.2. A EXPANSÃO DO PODER JUDICIÁRIO: a politização da justiça.....	12
2. REAVALIANDO A RELAÇÃO ENTRE OS PODERES: A PEC 33.....	22
2.1. AS MUDANÇAS NOS TRIBUNAIS: a súmula vinculante e o controle de constitucionalidade.....	22
2.2. O DEBATE DIFUNDIDO PARA FORA DOS TRIBUNAIS: a consulta popular.....	33
3. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EQUILIBRADA.....	40
3.1. A PEC 33 E A <i>ACCOUNTABILITY</i> DO PODER JUDICIÁRIO.....	40
3.2. OS REFLEXOS PARA UM CONSTITUCIONALISMO POPULAR.....	48
CONCLUSÃO.....	54
REFERÊNCIAS.....	56

INTRODUÇÃO

A fim de criar os devidos fundamentos para a atuação separada e distinta dos diferentes poderes do governo - o que, em certo grau é admitido por todos como essencial à preservação da liberdade – é evidente que cada um deles deve ter uma personalidade própria e, conseqüentemente, ser de tal maneira constituído que os membros de um tenha a menor ingerência possível na escolha dos membros dos outros. Para que este princípio fosse rigorosamente observado, seria necessário que todas as designações para as magistraturas supremas do Executivo, do Legislativo e do Judiciário tivessem a mesma fonte de autoridade – o povo (...).
(James Madison – O Federalista LI)¹

Nos primórdios da criação de um governo democrático e republicano, a separação dos poderes do Estado – Executivo, Legislativo e Judiciário – já era tema analisado por Jay, Madison e Hamilton em seus escritos sobre a nova Constituição e governo estadunidense que deram origem ao “Federalista”.

Desde então se acreditava que as partes constituintes da estrutura interna do governo deveriam ser independentes, para que houvesse a menor ingerência possível de uma sobre a outra, mas ao mesmo tempo deveriam se relacionar de forma mútua.²

Ainda, sob esta concepção inicial, o Judiciário era tido como o poder mais fraco, com menor capacidade para ofender ou violar direitos previstos na Constituição, aquele que, segundo Hamilton, não possuía nem força nem vontade, limitando-se simplesmente a julgar, motivo pelo qual deveria ele tomar todas as precauções possíveis para se defender dos demais poderes.³

No entanto, atualmente observa-se que esse cenário se alterou. O Poder Judiciário alcançou grande participação no quadro institucional, sobretudo com sua atuação no controle de constitucionalidade de leis, tornando-se intérprete legítimo – e às vezes se autointitulando o único – da Constituição.

Seu papel não permaneceu restrito somente a suas funções usuais, tornando-se esse poder polo, também, de grande ingerência política, bem como refúgio para os mais variados problemas sociais, uma vez que a população passou a utilizá-lo com maior intensidade na busca por soluções.

¹ Madison 51. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY John. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Univeridade de Brasília, 1984, p.417.

² Madison 51, p.417.

³ Hamilton 78. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY John. *O federalista*, p. 576.

Verifica-se, assim, um aumento de suas prerrogativas, o que justifica a necessidade de uma análise mais pormenorizada nas formas de contê-las, para que não extrapolem sua competência e, ao mesmo tempo, desequilibre o relacionamento com os demais poderes do Estado. É dizer, a preocupação que sempre foi de restringir os abusos dos Poderes Executivo e Legislativo também deverá se estender para o Judiciário.

Nesse contexto, foi realizada uma proposta de emenda constitucional (PEC 33), a qual possui como objetivo principal oferecer respostas à extrema judicialização das relações sociais e ao acentuado ativismo judicial.⁴ Pretende-se, assim, rever a posição e atuações do Poder Judiciário no atual quadro institucional do Estado brasileiro.

Assim sendo, são propostas mudanças que tendem a afetar não somente a relação interna deste poder, mas também, seu comportamento para com a sociedade. Pretende-se alterar dispositivos referente ao controle de constitucionalidade, tanto o concentrado quanto o difuso, bem como àquele sobre a aprovação de súmulas vinculantes pelo STF.

Diante do objetivo de se encontrar respostas institucionais para frear a atuação do Poder Judiciário, a PEC 33 pode se mostrar o início de uma resposta para o problema aqui levantado, na tentativa de compartilhar algumas prerrogativas do Judiciário não só com o Congresso Nacional, mas – principalmente – com a população, origem de todos os poderes estatais.

Para tanto, a presente pesquisa foi subdividida em três partes. No primeiro capítulo será analisada a atual configuração dos poderes estatais e sua atuação no Estado de Direito. Em um primeiro momento, será enfatizada a relação que eles estabelecem entre si e com a Constituição, sob foco da relação entre constitucionalismo e a democracia. Após, será destacado o novo papel desempenhado pelo Poder Judiciário, caracterizado pela extrapolação de suas competências, favorizando a politização da justiça.

Já no segundo capítulo será realizada abordagem mais direta sobre a Proposta de Emenda Constitucional nº 33, pormenorizando as mudanças por ela apresentadas, dentro ou fora dos tribunais, e suas compatibilidades ou não com o ordenamento jurídico brasileiro.

⁴ Esses são objetivos presentes na “Justificação” contida no texto da proposta de emenda.

Por fim, no terceiro capítulo, ocupar-se-á com as consequências que a PEC 33 poderá trazer para o Estado brasileiro. Primeiramente, será verificada a forma como ela poderá atuar sobre a *accountability* do Poder Judiciário. Em seguida, buscar-se-á concluir os pensamentos aqui explicitados apreciando as possibilidades de se construir um constitucionalismo popular.

1. O ATUAL QUADRO INSTITUCIONAL DOS PODERES DO ESTADO

Antes mesmo de se iniciar uma crítica do que poderia ser melhorado na relação entre os poderes do Estado, bem como no grau de responsividade presente no Poder Judiciário, necessário compreender as atuais dimensões de atuação desse poder e de que forma se chegou a tal configuração.

1.1. A RELAÇÃO ENTRE OS PODERES E A CONSTITUIÇÃO

Os poderes do Estado foram criados com o objetivo, nada simples, de evitar a concentração do poder de um governo na mão de poucos, e com isso, afastar a possibilidade de abusos.⁵ Essa divisão corresponde a determinada realidade institucional e frequentemente é debatida. Atualmente, com o Projeto de Emenda Constitucional nº 33, é possível afirmar que tal relacionamento encontra-se novamente em foco.

O alvo agora está na legitimidade para interpretação da Constituição, sobretudo no que tange ao controle de constitucionalidade das leis, e, por conseguinte, para estabelecer a última palavra em situações moral e politicamente controversas.

Em um Estado Democrático de Direito, o cumprimento da separação dos poderes está vinculado à noção de equilíbrio no comando de um governo, derivando-se daí sua importância, a qual se encontra preservada na Constituição Federal sob o título de cláusula pétreia.⁶ Legislativo, Executivo e Judiciário devem trabalhar em conjunto, desempenhando cada um sua respectiva função, o que na prática nem sempre é fácil de se delimitar.

Tal dificuldade persiste, sobretudo, devido à tensão existente entre constitucionalismo e democracia, ou seja, no relacionamento entre o poder que é emanado pelo povo e a limitação prevista no texto constitucional.

⁵ BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*. Tradução de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Madrid: Editorial Civitas, 1985, p. 58.

⁶ Constituição Federal - art. 60, §4º, III.

De um lado, a democracia, “enquanto conquista e processo de tomada de decisões, insere o povo nas discussões e deliberação”, do outro, o constitucionalismo que, por sua vez, “regula este processo, estabelecendo limites, padrões e até mesmo determinações, como a representação”.⁷

Trata-se de uma área nebulosa, na qual, muitas vezes, os poderes representativos se chocam com o Judiciário, o qual deve, principalmente, exigir que os direitos fundamentais não sejam infringidos, inclusive utilizando-se de seu papel de órgão contramajoritário,⁸ ou seja, poder “sobrepôr a sua razão à dos tradicionais representantes da política majoritária”.⁹

Seria essa, pois, uma importante função, a ser desempenhada pelos tribunais, a de guarda daqueles que são menos aptos a se protegerem na arena democrática, podendo-se ser considerada como “necessária para o aperfeiçoamento da própria democracia”.¹⁰

Assim, é possível afirmar que o constitucionalismo e a democracia convivem em dependência mútua, pois, de fato, a democracia “só se realiza se determinadas condições jurídicas estiverem presentes”, sobretudo aquelas previstas na Constituição, enquanto que esta “só adquire um sentido perene se está situada em um ambiente radicalmente democrático”.¹¹

Em um Estado, portanto, regido pela supremacia constitucional, delimitar se a Constituição é entendida como um sistema de normas ou como um conjunto de valores passa a ser importante para identificar a interpretação a ser dada ao seu texto. Relevante frisar que é através do uso de um discurso moral concretizador de valores que alguns tribunais podem se passar por instâncias “autoritário-decisórias” responsáveis por uma compreensão moralista da jurisdição constitucional.¹² Para que isso não ocorra, quais seriam os limites da atuação judicial?

⁷ CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G.. Constitucionalismo e Democracia – soberania e poder constituinte. In: *Revista Direito GV*, São Paulo, p. 159-174, jan-jun 2010, p. 171.

⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 24.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 447.

¹⁰ SUNSTEIN, Cass R.. *Radicals in Robes: why extreme right-wing courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005, p. 39 - Tradução livre.

¹¹ CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G.. Constitucionalismo e Democracia, p. 171.

¹² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Jurisdição Constitucional e Intranquilidade Discursiva*. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas Constitucionais: Nos 20 anos da Constituição de 1976*. vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 879.

A princípio, os Poderes Legislativo e Executivo seriam o espaço reservado para o processo político majoritário, enquanto o Poder Judiciário desempenharia uma “função técnica de conhecimento, de mera declaração de um resultado já previsto, e não uma atividade criativa suscetível de influência política”.¹³

Contudo, atualmente, em uma era de expansão do Poder Judiciário,¹⁴ é cada vez maior o espaço destinado para se proporcionar prioridade a resultados justos do que a procedimentos democráticos.¹⁵ Observa-se uma crescente judicialização da vida, com um grande número de questões de repercussão moral, econômica e social que passaram a ter sua instância final decisória no Poder Judiciário.¹⁶

Muito se deve a criação de uma nova Constituição em 1988, a qual regulamentou de forma pormenorizada e obsessiva “um amplo campo das relações sociais, econômicas e públicas”, aumentando o grau de constitucionalização do direito.¹⁷

Dentre seu crescimento é possível observar o surgimento, em diversos países, de Tribunais Constitucionais, os quais, segundo J. J. Gomes Canotilho, são responsáveis muitas vezes pela criação de canais comunicativo-discursivos entre a política e o direito, evitando-se a sobrecarga jurisdicional da política, ou mesmo, a instrumentalização política do direito.¹⁸

Baseando-se na premissa da presença de uma Constituição rígida, composta por regras e princípios, busca-se resultados garantísticos, os quais serão efetivados pelo Judiciário, no papel de verdadeiro guardião.¹⁹ Essa teoria estabelece o raciocínio de que um governo puramente majoritário não seria capaz de proteger todos os valores de todos seus participantes, sendo parte também do dever constitucional a proteção das minorias.²⁰

Estefânia Barboza, baseando-se na teoria de Ronald Dworkin, irá constatar que é possível balancear o princípio democrático com o princípio constitucional, a

¹³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, p. 420.

¹⁴ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 3.

¹⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional*, p. 50.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, p. 446.

¹⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: *Revista Direito GV*, São Paulo, p. 441-463, jul – dez 2008, p. 446.

¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Jurisdição Constitucional e Intranquilidade Discursiva*, p. 877.

¹⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional*, p. 50.

²⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional*, p. 61.

partir da diferenciação a ser feita entre princípios e políticas. As questões de políticas, cujo padrão está ligado ao aspecto econômico, político ou social de uma comunidade, seriam relegadas somente aos poderes representativos, Legislativo e Executivo.²¹

Estabelece-se, dessa forma, uma possível separação harmônica de competências entre estes poderes e o Judiciário, cabendo a este a decisão, por fim, das questões polêmicas envolvendo princípios, de forma que assim se estaria preservando a teoria de igualdade de representação, oposta a uma decisão puramente majoritária.²²

Compondo esta harmonia está, sobretudo, a presença dos direitos fundamentais, que devem irradiar as ações, não só dos cidadãos, mas também de todas as instituições e dos poderes do governo.²³ Parte da observância desse preceito se encontra no controle de constitucionalidade, que, segundo Estefânia Barboza, nada mais seria que a adoção de "valores políticos e morais escolhidos pelo próprio povo quando do processo constituinte, representação máxima e soberana da vontade do povo",²⁴ o que corroboraria sua compatibilidade com o princípio democrático.

A concepção de que os juízes devem se ater somente ao texto estrito da lei, por meio de processos interpretativos estritamente lógicos, já se encontra, em boa parte, ultrapassada, uma vez que tais agentes também possuiriam um poder social próprio.²⁵

A interpretação e aplicação do direito envolvem elementos cognitivos e volitivos, o que demonstra a relação próxima entre direito e política, uma vez que as normas jurídicas não são reveladas, "mas sim, criadas por decisões e escolhas políticas, tendo em vista determinadas circunstâncias e visando determinados fins".²⁶

Entretanto, o direito deve sempre garantir certa autonomia com relação à política, essencial para o conceito de Estado de Direito e para a confiança da sociedade nas instituições judiciais.²⁷ Evita-se, assim, que os juízes fiquem liberados

²¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional*, p. 60.

²² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional*, p. 55.

²³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional*, p. 70.

²⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional*, p. 62/63.

²⁵ BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*, p. 23.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, p. 424/425.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, p. 430.

para fazerem o que quiserem, pois sua motivação primária e principal deve ser a interpretação adequada do direito vigente.²⁸

Segundo Eduardo García de Enterría, os Tribunais Constitucionais configurariam por si só um “poder neutro”, o qual se limitaria somente a manter a efetividade do sistema constitucional,²⁹ mesmo porque não poderia recusar a aplicação e validade de uma lei somente pelas consequências políticas implicadas a ela.³⁰

No entanto, a presença do controle de constitucionalidade pode vir a significar também um aumento de poder dos magistrados, atribuído diretamente pela Constituição, os quais passam a possuir um raio maior de influência na sociedade, e, proporcionalmente, uma diminuição dos poderes do Executivo e Legislativo,³¹ mesmo porque ambos estão submetidos, em grande parte, ao controle dos tribunais, o que não deixa de ser alvo de discussão.³²

Por mais indispensável que seja a proteção dos direitos fundamentais, a atuação do Judiciário, como já afirmado, continua devendo ser harmônica com os demais poderes. Isso significa que deve haver um equilíbrio, segundo Canotilho, entre um tribunal excessivamente jurisdicional e um tribunal excessivamente político.³³ Aquele seria mais intransigente através de uma rígida interpretação das leis, enquanto este seria por demais maleável, passível de mudanças a partir da sensibilidade política da situação.³⁴

Contudo, a realidade se demonstra distinta. Por um lado, são constantes os julgados cobertos por uma opacidade metodológica, nos quais não se consegue ao certo distinguir a interpretação de uma norma de sua ponderação, ou seja, o que seria buscar o significado a ser atribuído a esta norma, do que seria uma “decisão razoável”.³⁵ Aumenta-se, por conseguinte, a influência desempenhada pelo Judiciário, que passa de forma recorrente a decidir casos a partir de parâmetros subjetivos, frequentemente através de opções morais e políticas.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, p. 432.

²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1985, p. 197.

³⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, p. 184.

³¹ BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*, p. 27.

³² BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*, p. 31/32.

³³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Jurisdição Constitucional e Intranquilidade Discursiva*, p. 882.

³⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Jurisdição Constitucional e Intranquilidade Discursiva*, p. 883.

³⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Jurisdição Constitucional e Intranquilidade Discursiva*, p. 885.

Exemplo disso é a ampla discricionariedade que o STF possui para montar sua agenda, bem como em decidir quais casos poderão subir a sua instância para serem julgados, a partir da utilização do mecanismo da “repercussão geral”.³⁶

Ademais, há também uma grande dificuldade em se realizar processos de fiscalização junto aos tribunais constitucionais - os quais detêm maior poder político ao serem tidos como os grandes e legítimos intérpretes da Constituição.³⁷ É dizer, na ausência de uma instância superior controladora, é atribuído ao STF autoridade para, em teoria, emitir a última palavra sobre temas constitucionais, diminuindo as chances de tal ideia seja rebatida pelo Congresso Nacional,³⁸ ou mesmo pela própria reação popular.³⁹ Cria-se, assim, o risco de se ver o tribunal se transformar no xerife de suas próprias decisões.⁴⁰

No Brasil, o fato da jurisdição constitucional ser exercida pelos órgãos jurisdição legal faz com que se possa verificar um grande aumento das prerrogativas do Poder Judiciário. Isso acontece, porque ele passa a ser o controle de seus próprios limites, uma vez que “a lei (...) pode, a qualquer momento, ser afastada pelo próprio órgão que está subordinado a ela”. Os órgãos responsáveis por aplicar a lei ao caso concreto podem vir a se recusar a fazê-lo – com base em suas convicções e interesses - em face de uma suposta contrariedade ao texto constitucional, ainda que sob uma aparente motivação, afastando obstáculo para a resolução que desejam do caso. Há, assim, aumento da arbitrariedade na atividade jurisdicional.⁴¹

Trata-se essa de uma consequência advinda, primeiramente, da separação estática entre Estado e seus governados, caracterizando o ato institucional como meramente um ato interno, não pertinente à sociedade.⁴² Tal diferenciação produz consequências diretas também na interpretação das leis, que, para além de ser um

³⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*, p. 450.

³⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional*, p. 25.

³⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*, p. 447.

³⁹ Não se pode negar que ao mesmo tempo que o Poder Judiciário se imiscui em temas que, muitas vezes, extrapolam sua competência, o Poder Legislativo também possui os seus momentos de contraposição às suas decisões, oferecendo respostas a temas sobretudo políticos. Esse foi o caso, por exemplo, da “PEC dos Vereadores” (nº 333/04), que resultou na EC 58/09, responsável por aumentar o número de vereadores, mesmo depois de haver decisão do STF – e resolução do TSE - que diminuía tal quantidade de cargos – PALMA, Juliana Bonacorsi de; FEFERBAUM, Marina. *STF disciplinando o número de vereadores*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-out-08/stf-papel-disciplinador-numero-vereadores>>. Acesso em: 13 ago 2014.

⁴⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*, p. 450.

⁴¹ LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 40/41.

⁴² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Jurisdição Constitucional e Intranquilidade Discursiva*, p. 880.

ato pouco definido, como já afirmado, é, da mesma forma, totalmente formalizado, sob um monopólio estatal.

Segundo Peter Häberle, é possível identificar tal interpretação tradicional como típica de uma "sociedade fechada", em que os intérpretes são identificados dentre os participantes formais do processo constitucional, sendo que os critérios de interpretação deveriam ser tão mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.⁴³

Ainda, a ausência fiscalizatória também seria fruto da "interpretação pouco aberta à pluralidade de intérpretes da Constituição e tenazmente defensora do monopólio de acesso à constituição por parte dos juízes".⁴⁴

Fato é que toda a sociedade deve participar e se inteirar das decisões tomadas pelos órgãos do Estado, incluindo a interpretação a ser dada à Constituição. Para Häberle, interpretar um ato normativo "nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública",⁴⁵ sendo, pois, perfeitamente adequado que seus destinatários participem de tal atuação, não devendo a interpretação constitucional dos juízes, ainda que relevante, ser a única.⁴⁶

Isso ocorre porque o destinatário de uma norma é participante ativo do conjunto legislativo que o rodeia, não sendo possível conseguir se abster de produzir interpretações, direta ou indiretamente, a partir do contexto social em que vive.⁴⁷ Dessa forma, reconhece-se "que a norma não é um decisão prévia, simples e acabada (...)",⁴⁸ mas sim que a práxis anda sempre influenciando a teoria, juntamente com o movimento de imersão da Constituição nos espaços públicos e privados.⁴⁹

A ausência de um maior controle, por conseguinte, traz resultados negativos, como a realização abusiva de sentenças manipulativas e moduladoras de efeitos, sobretudo no controle de constitucionalidade das leis, transformando os juízes em "superlegisladores".⁵⁰

⁴³ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Farbis Editor, 2002, p.13.

⁴⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Jurisdição Constitucional e Intranquilidade Discursiva*, p. 880.

⁴⁵ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*, p.10.

⁴⁶ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*, p. 9.

⁴⁷ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*, p.15 e 24.

⁴⁸ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*, p. 30.

⁴⁹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*, p. 33.

⁵⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Jurisdição Constitucional e Intranquilidade Discursiva*, p. 883.

O STF passa a se autoconferir o papel de “poder constituinte reformador”, ainda que as mudanças não estejam de forma explícita na Constituição, ao instituir efeito legiferante a alguma de suas decisões, como com a criação de uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar pela fidelidade partidária (MS 26.603/DF), ou ao garantir efeito vinculante e *erga omnes* a suas decisões proferidas em controle de constitucionalidade difuso, militando a desnecessidade de aplicação do art.52, X, da Constituição (Rcl 4.335/AC).⁵¹

Esta é, portanto, uma nova realidade institucional na qual se encontra o Estado brasileiro, com a contínua expansão do Judiciário para questões políticas. Fato é que não deveria ser ele o responsável último para resolver tais questões por não se tratar de representante direto da população. Diante de uma Constituição fortemente analítica, como a atual, não é nada fácil delimitar o que seja estritamente político. No entanto, o que se deve procurar evitar são as decisões judiciais moldadas com um fim eminentemente político, com argumentos que transcendam a racionalidade jurídica e, por vezes, em desconformidade com o ordenamento jurídico vigente.⁵²

Da mesma forma, não necessariamente deve ser ele responsável por dar a resposta final a tais indagações, as quais atingem diretamente toda uma comunidade política, visto que para se alcançar um consenso é necessário, muitas vezes, “conflitos e compromissos entre participantes que sustentam diferentes opiniões e defendem os próprios interesses”.⁵³

Resta evidente, ademais, que a tensão entre constitucionalismo e democracia persiste, o que instiga a procura por novas soluções para este problema, e o repensar das instituições políticas, sobretudo no que tange à participação popular, como será adiante mais debatido.

⁵¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*, p. 454-456.

⁵² TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*. In: *Revista Direito GV*, São Paulo, p. 37-57, jan-jun 2012, p. 48.

⁵³ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*, p. 51. Ainda, há quem afirme não haver consenso moral que dê base à legitimidade da Constituição. Ela seria legítima, normalmente, somente pelo fato de proporcionar bons resultados para um governo democrático - entendimento sustentado por Cass Sunstein, em: SUNSTEIN, Cass R.. *Radicals in Robes*, p. 75.

1.2. A EXPANSÃO DO PODER JUDICIÁRIO: a politização da justiça

A politização da Justiça pode ser entendida como uma forma de expansão do Poder Judiciário, sobretudo do STF, como centro do sistema político. Tal posicionamento tem sido cada vez mais amplificado sob a necessidade de guarda de uma Constituição extensa, que é a de 1988,⁵⁴ uma vez que o Supremo passa não apenas a “exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos”, outras vezes substituindo-as.⁵⁵

A apreensão constante de questões políticas pelo Judiciário acontece como consequência da premissa de que apenas ele seria o intérprete máximo da Constituição. Dentre as formas em que se é possível observar essa atuação das cortes, tem-se a realização do ativismo judicial, que seria, na visão de Cass Sunstein, medido pela frequência com que os tribunais derrubam as ações dos outros poderes do Estado, especialmente do Congresso. Tais decisões tendem a precipitar o processo democrático, retirando as decisões das mãos dos eleitores, o que, no próprio entendimento desse autor, não possui de antemão valoração positiva ou negativa.⁵⁶

Essa prática tende a "priorizar o papel da jurisdição constitucional em detrimento do princípio democrático na proteção dos direitos fundamentais garantidos na Constituição"; é dizer, o órgão de cúpula do Poder Judiciário passa a ser considerado a instituição mais apta para proteger os valores da sociedade.⁵⁷

Não obstante isso possa representar algo negativo, como uma verdadeira ingerência dos tribunais nos poderes representativos, o ativismo judicial também é visto, por alguns, como algo essencial, a ser mantido no Estado de Direito, responsável pela proteção dos direitos fundamentais, principalmente de minorias, através de medidas mais intervencionistas.⁵⁸

⁵⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*, p. 445.

⁵⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*, p. 445.

⁵⁶ SUNSTEIN, Cass R.. *Radicals in Robes*, p. 42/43.

⁵⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional*, p. 89.

⁵⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional*, p. 101.

No surgimento do ativismo judicial em si, nos EUA e, posteriormente, no Brasil, encontrava-se presente uma conotação mais positiva ao se procurar assegurar os direitos fundamentais, sobretudo os de caráter mais social, e garantir a supremacia da Constituição, a partir de decisões fundamentadas substancialmente em princípios.⁵⁹

Entretanto, essa prática passou a ser mais nociva com o advento de atuações mais preocupadas em fazer preponderar um padrão de racionalidade eminentemente político,⁶⁰ trazendo consigo atuações como a desconsideração não fundamentada de precedentes judiciais e a atuação legislativa do Judiciário, como já tratado.⁶¹

Apesar desses possíveis problemas que podem surgir diante da ausência de um maior controle contra excessos,⁶² há quem afirme, ainda, que em casos especiais os juízes possuam a obrigação moral de ignorar a lei quando esta for injusta, ou, quando lhe parecer mais adequado, utilizando-se de seu poder político para prevenir uma injustiça ou grande ineficiência.⁶³ Para tanto, deve-se entender a lei, muitas vezes, como uma parte da moral.⁶⁴

De uma forma geral, é possível reconhecer essa raiz política – e moral – que possui o Direito. Segundo Carlos Santiago Nino, seria essa uma consequência da natureza coletiva das práticas e ações jurídicas, as quais permeiam diversos âmbitos da sociedade, não podendo ser visto como algo individual, exclusivo dos juristas.⁶⁵

Diante dessa “abertura”, uma atuação judicial mais incisiva permitiria que os tribunais realizassem a “definição material e substantiva das cláusulas de conteúdo aberto presentes na Constituição”.⁶⁶ Há, assim, a crença de que a aproximação da interpretação das normas com preceitos político-morais poderá auxiliar na produção de decisões mais justas. Seria uma forma de possibilitar a “aqueles que não tiveram

⁵⁹ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo Judicial*, p. 46.

⁶⁰ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo Judicial*, p. 46.

⁶¹ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo Judicial*, p. 51.

⁶² TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo Judicial*, p. 50.

⁶³ DWORKIN, R. M.. *Justice in Robes*. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006, p.18.

⁶⁴ DWORKIN, R. M.. *Justice in Robes*, p. 34.

⁶⁵ NINO, Carlos Santiago. *Derecho, Moral y Política: una revisión de la teoría general del Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994, p. 147/148.

⁶⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional*, p. 113.

possibilidade de ter seus direitos reconhecidos no âmbito do processo político, o tenham no Judiciário".⁶⁷

Entretanto, há quem critique essa abordagem, dando ênfase à presença de um controle mais direto da população sob seus representantes para determinar a legitimidade de decisões valorativas. Segundo, John Hart Ely, os tribunais não estão na posição de porta-voz dos valores da sociedade, motivo pelo qual não deveriam, pois, decidir sobre eles.⁶⁸ Diferentemente dos representantes estatais que podem ser alterados a cada eleição, respondendo pelos seus atos diante das urnas, os magistrados não conseguem sofrer alteração direta dos cidadãos, o que, por conseguinte, diminui sua responsabilidade com as consequências que produzem.⁶⁹

Em contrapartida, para Ronald Dworkin, seria através desses conceitos abertos de política e moral - tais como liberdade, igualdade e democracia - que haveria a possibilidade de se buscar "justiça" a partir de sua interpretação pelo Judiciário. Isso seria desejado, pois, segundo o autor, todas as pessoas compartilham a ideia de justiça, por mais que possam discordar de como ela deveria ser alcançada.⁷⁰

De acordo com o jurista, a teoria legal de interpretação normativa possui quatro estágios - semântico, jurisprudencial, doutrinário e de decisão - sendo que este último merece aqui maior destaque, pois seria quando o juiz decidiria se deve ou não por a lei em prática.⁷¹ Neste momento, pois, o juiz só poderá escolher por aplicar uma norma caso ache subjetivamente ser ela justa, sensata ou eficiente.⁷² É dizer, para Dworkin, os juízes estão sempre obrigados a buscar justiça em suas sentenças, mesmo que para tanto necessitem desconsiderar o processo legislativo.

Tal visão tende a ignorar a possibilidade de falha do Judiciário, garantindo uma ampla possibilidade de os magistrados adaptarem o texto constitucional como um instrumento para servir todos os tipos possíveis de demandas.⁷³ Segundo Cass Sunstein, somente em um mundo com a presença de juízes extremamente eficazes

⁶⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional*, p. 115.

⁶⁸ ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*, p. 102.

⁶⁹ ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*, p. 103.

⁷⁰ DWORKIN, R. M.. *Justice in Robes*, p.11.

⁷¹ DWORKIN, R. M.. *Justice in Robes*, p.19.

⁷² DWORKIN, R. M.. *Justice in Robes*, p. 20.

⁷³ SUNSTEIN, Cass R.. *Radicals in Robes*, p. 51.

e de uma democracia totalmente falha é que seria possível sustentar tal atitude mais pró-ativa do Judiciário.⁷⁴

É diante dessa perspectiva de amplos poderes, pois, que seriam os magistrados os verdadeiros guardiões da Constituição.⁷⁵ Contudo, ainda resta o questionamento do porquê assim foi estatuído, ou mesmo, se constitucionalmente tal função fora mesmo relegada somente a eles.

Observa-se, assim, que admitir que o Direito possui uma conexão com a política serve, sobretudo, para superar a suposta indeterminação radical de seu conteúdo, por estar ligado à moral.⁷⁶ Reconhecer essa natureza política seria atentar que seus conteúdos valorativos não são neutros e que, por isso, não devem ser acriticamente assimilados, bem como que o Judiciário possui um papel politicamente ativo e que este deverá estar em consonância com o dos demais poderes.

Na visão de Otto Bachof, os juízes não são os únicos responsáveis pela proteção da Constituição. Essa defesa, incluindo todos os seus sistemas de valores, seria incumbida, na verdade, para todos os órgãos estatais. No entanto, no caso de dúvida, deveria ser o juiz aquele que possui o poder de dizer a última palavra.⁷⁷

Afirmar que os juízes deveriam ser mesmo os donos da última palavra sobre a interpretação constitucional, como feito, pode ser considerado, no mínimo, controverso, uma proposição incerta, ainda mais caso se some a essa ideia a indagação sobre a possibilidade da população também participar diretamente desse dever de defesa, como previsto pela PEC 33.

Não se pode negligenciar, ademais, que, o fato de se possibilitar uma grande abertura como essa ao Judiciário, poderá estar lhe oferecendo poderes sem limites e de difícil controle. Nesse sentido é que não se deve olvidar a importância de também se defender o processo democrático.

Estefânia Barboza vai afirmar que se trata de uma democracia procedimental aquela que irá se opor ao ativismo judicial exacerbado, visando limitar o poder do Judiciário.⁷⁸ No entanto, a autora vai criticar esse pensamento defendido por alguns pesquisadores,⁷⁹ uma vez que estaria imputando, na maioria dos casos,

⁷⁴ SUNSTEIN, Cass R.. *Radicals in Robes*, p. 246.

⁷⁵ BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*, p. 45.

⁷⁶ NINO, Carlos Santiago. *Derecho, Moral y Política*, p. 147.

⁷⁷ BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*, p. 47.

⁷⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional*, p. 25/26.

⁷⁹ A autora se refere, por exemplo, a John Hart Ely.

à jurisdição constitucional somente o papel de garantidor do procedimento democrático, vedando-se manifestações sobre valores substantivos.⁸⁰

Dessa forma, ela sustenta que para a teoria procedimentalista, “os valores substantivos de uma sociedade devem ser escolhidos por meio de uma deliberação democrática”, enquanto ao Poder Judiciário caberia apenas o dever garantidor do exercício da democracia, não havendo, portanto, a possibilidade de ativismo judicial.⁸¹

Segundo Dworkin, tais doutrinadores vão fazer parte do que ele chama de "Positivismo Político", através do qual os juízes devem obedecer as escolhas baseadas na representação popular, não podendo eles mesmos tentarem criticar ou suplementar uma decisão se baseando em suas próprias convicções morais.⁸² Tal noção advém do princípio democrático de que é a própria população é que deve decidir que leis lhe devem governar, e não os juízes, os quais nem são escolhidos por eles.⁸³

Destarte, não se deve descartar totalmente o fato de que o processo democrático e representativo merece maior destaque na concretização das vontades dos cidadãos, uma vez que é através dele que a Constituição prevê uma forma, ainda que indireta, de participação popular.

O sistema democrático pode não ser perfeito e conseguir satisfazer todas as demandas populares, mas isso não significa que se deve abraçar cegamente a atuação de servidores não eleitos na efetivação de preceitos subjetivos, formando uma "constituição não escrita", como resposta para o Estado de Direito.⁸⁴

Por outro lado, abandonar por completo a alusão a preceitos morais parece um tanto ilusório, uma vez que a Constituição é guiada também por princípios, bem como a legislação nem sempre consegue satisfatoriamente proporcionar respostas para todas as demandas da sociedade.⁸⁵

John Hart Ely, no entanto, possui essa linha argumentativa, pela qual alega que as decisões políticas mais importantes devem ser tomadas somente pelos representantes eleitos.⁸⁶ Para tanto, ele se baseia em uma teoria democrática e

⁸⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional*, p. 29/30.

⁸¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional*, p. 47.

⁸² DWORKIN, R. M.. *Justice in Robes*, p. 27.

⁸³ DWORKIN, R. M.. *Justice in Robes*, p. 27.

⁸⁴ ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*. Massachusetts: Harvard University Press, 1980, p. 8.

⁸⁵ DWORKIN, R. M.. *Justice in Robes*, p. 212.

⁸⁶ ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*, p. 4.

realiza críticas diretas ao "*judicial review*", por entender não poder ser crível que um grupo de pessoas não eleitas e que, portanto, não respondem politicamente pelos seus atos, podem tolher a vontade dos representantes de governarem como desejarem.⁸⁷

Tem-se como pressuposto o fato de que quando uma Corte Constitucional invalida certa lei, muito dificilmente tal decisão conseguirá ser alterada pelo processo legislativo ordinário,⁸⁸ o que demonstra o grande peso que tais decisões judiciais possuem no processo democrático, motivo pelo qual elas não deveriam poder cassar a vontade popular.

No Brasil, isso tende a acontecer, uma vez que, atualmente, quase todos os tipos de litígios são levados ao STF, para que ele se manifeste, inclusive casos em que a legitimidade originária para resolvê-los não recai ao Judiciário, como os dotados de natureza eminentemente política – vide as últimas tentativas da Corte em estabelecer a perda de mandato de parlamentar que for condenado em sentença criminal transitada em julgado.⁸⁹

Por mais que suas apostas estejam no sistema representativo, John Ely não deixa de oferecer respostas à proteção da vontade das minorias no governo, haja vista ser obviamente difícil presumir que em algum momento os interesses de todos os cidadãos conseguissem ser essencialmente idênticos.⁹⁰ Contudo, a resposta para tal questão ainda se encontra nesse modelo representativo.

Segundo o jurista, existem duas estratégias para que as minorias tenham seus direitos garantidos. A primeira seria a garantia produzida pela própria existência de direitos fundamentais, os quais se irradiam por todo o sistema jurídico e não podem ser negligenciados sob quaisquer hipóteses. Já a outra seria estruturar adequadamente o sistema representativo, de forma que seja possível proporcionar

⁸⁷ ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*, p. 5.

⁸⁸ ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*, p. 4.

⁸⁹ Por exemplo, com o caso do deputado Natan Donadon (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Deputado do PSDB pede que Supremo declare perda do mandato de Natan Donadon*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=246979&caixaBusca=N>>. Acesso em: 03 ago 2014) ou mesmo em discussão travada na AP 470 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Direto do Plenário: STF retoma debate sobre perda de mandato de condenados na AP 470*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=226095&caixaBusca=N>>. Acesso em: 03 ago 2014).

⁹⁰ ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*, p. 79.

pluralidade nas estruturas de governo, bem como garantias de que nenhuma coalizão majoritária conseguisse sozinha dominar.⁹¹

A função do Judiciário seria, então, somente de coordenar esse processo democrático, para que tais proteções fossem garantidas; é dizer, para situações específicas em que o governo representativo não pudesse ser confiado.⁹² O "*judicial review*" deveria se ater somente às questões de participação, e não àquelas de mérito, substantivas, relativas a escolhas políticas.⁹³

Sob essa perspectiva, necessário se remeter à problemática da justiça constitucional levantada por García de Enterría, sobre se é possível reconhecer a Constituição com o caráter de norma jurídica ou não. Negar essa característica seria concebê-la somente como "um compromisso ocasional de grupos políticos, substituíveis a qualquer momento".⁹⁴

Em contrapartida, reconhecer sua força normativa implicaria, para o jurista, que sua eficácia devesse ser necessariamente assegurada jurisdicionalmente, ou seja, diante da presença de um Tribunal Constitucional.⁹⁵ Caso contrário, a norma constitucional estaria "jurada de morte", pois em todas as situações a simples prevalência fática momentânea iria prevalecer, passando a ser instrumentalizada politicamente por uns grupos frente a outros.⁹⁶

Isso seria, também, contradizer a força normativa da Constituição, tida por Konrad Hesse. Segundo este jurista, o cerne dessa questão reside em conseguir balancear a realidade político-social (Constituição real) com as previsões jurídicas abstratas (Constituição jurídica).⁹⁷ A Constituição seria ao mesmo tempo ser e dever ser, a qual não só é influenciada pelo contexto social, mas também é ela mesma força ativa, capaz de propor mudanças concretas.⁹⁸

No entanto, para Ely, não se trata de afirmar que a Constituição não é substantiva, mas sim que não cabe ao Judiciário questionar sobre esses preceitos. A

⁹¹ ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*, p. 79/80.

⁹² ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*, p. 183.

⁹³ ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*, p. 181.

⁹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, p. 175.

⁹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, p. 176.

⁹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, p. 186.

⁹⁷ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. In: _____. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 123-146, p. 128/129.

⁹⁸ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição, p. 132.

única forma correta de preencher as lacunas das demandas sociais seria através da criação de uma lei, que passasse pelo devido processo legislativo-democrático.⁹⁹

Dessa forma, o papel do Judiciário atuaria de forma a preservar o bom funcionamento do processo representativo, intervindo, segundo o autor, somente quando os políticos no poder tentam alterar os canais políticos para dificultar a entrada dos demais; ou mesmo, quando a maioria tenta negar direitos representativos às minorias.¹⁰⁰

Uma outra importante abordagem sobre essa temática é realizada por Cass Sunstein, concentrando-se mais, no entanto, na atuação do Judiciário. O jurista realiza uma análise dos diferentes tipos de relação que os juízes, em sua visão, estabelecem com a lei, baseando-se na realidade norte-americana. Segundo ele, existem quatro vertentes diversas: perfeccionistas, majoritários, minimalistas e fundamentalistas.¹⁰¹

Os fundamentalistas seriam aqueles que defendem a necessidade de realizar uma interpretação estritamente histórica do texto constitucional, ou seja, interpretar as normas como elas eram entendidas na época em que foram criadas.¹⁰² Os majoritários, teriam um posicionamento similar ao de John Ely, sendo favoráveis à redução do papel da Suprema Corte, permitindo que o processo democrático impusesse melhor sua vontade. A não ser nos casos em que a Constituição fosse amplamente violada, os tribunais deveriam defender o posicionamento dos representantes eleitos.¹⁰³

Com uma aposta maior no Judiciário tem-se os perfeccionistas, os quais buscam fazer o melhor possível para a população através do recurso interpretativo, possibilitando à Suprema Corte o reconhecimento e criação de novos direitos.¹⁰⁴ Um dos representantes dessa vertente, segundo o autor, seria Ronald Dworkin.¹⁰⁵ E por fim, tem-se os minimalistas, os quais acreditam no potencial do Poder Judiciário, mas afirmam que este não pode ser sem limites. Eles preferem apostar em decisões

⁹⁹ ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*, p. 182.

¹⁰⁰ ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*, p. 103.

¹⁰¹ SUNSTEIN, Cass R.. *Radicals in Robes*, p. xi - Tradução livre.

¹⁰² SUNSTEIN, Cass R.. *Radicals in Robes*, p. xiii.

¹⁰³ SUNSTEIN, Cass R.. *Radicals in Robes*, p. xii.

¹⁰⁴ SUNSTEIN, Cass R.. *Radicals in Robes*, p. xii.

¹⁰⁵ SUNSTEIN, Cass R.. *Radicals in Robes*, p. 32.

judiciais mais estritas e concretas, do que naquelas genéricas, as quais se assemelham à criação de novas regras.¹⁰⁶

A visão de Cass Sunstein se aproxima da dos minimalistas, no sentido de reconhecer a importância do Judiciário, bem como que seu poder, por vezes, tem extrapolado suas prerrogativas e, por isso, deve ser contido. Isso deve acontecer porque os juízes não são agentes eleitos, faltando-lhes o quesito democrático em sua atuação. Soma-se a isso o fato de que, na maioria das vezes, eles não possuem conhecimento específico em teoria política. Assim, eles não são capazes de prever satisfatoriamente as consequências de suas decisões, motivo pelo qual, deveriam ser mais relutantes em defenderem visões políticas e morais e em utilizá-las em larga escala em seus julgamentos.¹⁰⁷

Caso contrário, restaria o grande problema em seguir somente a visão perfeccionista, que seria a distribuição de um enorme poder aos juízes para selecionar e escolher valores que em sua perspectiva sejam considerados cruciais para promover a Constituição e sua visão subjetiva de mundo.¹⁰⁸

Perfeccionistas, portanto, tendem a não respeitar seriamente o processo democrático.¹⁰⁹ Mas, em contrapartida, a visão extrema de John Ely, ao realizar uma aposta total na representatividade, contrária ao favorecimento do Judiciário, não parece ser a resposta mais adequada, haja vista que a relação da sociedade com a lei e a representatividade não é totalmente satisfatória.¹¹⁰ O cidadão, muitas vezes, não vê o parlamentar como defensor de seus interesses, em demonstração de um verdadeiro déficit democrático, causado, sobretudo, pela infidelidade partidária e pela inflação legislativa, em que “as leis são promulgadas em profusão e sem qualquer notícia do fato à sociedade”.¹¹¹

Segundo Otto Bachof, há um sentimento generalizado de mal-estar e de radical desconfiança, sendo a impressão sobre as leis carregada, por vezes, de um caráter negativo.¹¹² Desta forma, não parece que todas as apostas devam recair sobre o Legislativo.

¹⁰⁶ SUNSTEIN, Cass R.. *Radicals in Robes*, p. xiii.

¹⁰⁷ SUNSTEIN, Cass R.. *Radicals in Robes*, p. 35.

¹⁰⁸ SUNSTEIN, Cass R.. *Radicals in Robes*, p. 40.

¹⁰⁹ SUNSTEIN, Cass R.. *Radicals in Robes*, p. 251.

¹¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, p. 436.

¹¹¹ SALGADO, Eneida Desiree. O Referendo como Fase Legislativa das Emendas Constitucionais. In: *A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 55-77, jan-mar 2004, p. 55/56.

¹¹² BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*, p. 48.

No entanto, essa premissa não pode servir para diminuir demasiadamente o exercício do Legislativo, com a expansão excessiva do Judiciário. É dizer, “se, por um lado, a liberdade com que o Supremo vem resolvendo sobre matérias tão relevantes demonstra a grande fortaleza que esta instituição adquiriu nas duas últimas décadas, (...) por outro, é sintoma da fragilidade do sistema representativo em responder as expectativas sobre ele colocadas”.¹¹³

Na teoria seria o Judiciário o contrapeso necessário, com relação aos poderes representativos, sendo aquele órgão responsável por se preocupar com a proteção os valores fundamentais estabelecidos pela Constituição, bem como por encerrar conflitos que envolvam tais valores. Para tanto, exige-se que ele seja, na prática, uma instância técnica e independente.¹¹⁴

Não significa afirmar que os juízes não devem levar em conta a realidade na hora de produzir suas decisões, mas sim que o Judiciário não pode ser “mais um canal de política majoritária, subserviente à opinião pública ou pautado pelas pressões da mídia”.¹¹⁵

Na realidade, o tamanho da influência política que este órgão exerce e pode sofrer já é capaz de figurar que sua independência não é absoluta. A independência institucional por si só não tem sido capaz de assegurar que tal poder esteja afastado das ingerências políticas de seu tempo, como aqui exemplificado.

Como forte ator político que é o Judiciário atualmente, cabe aqui a análise, sobretudo no âmbito do STF, das vantagens ou não de se ter tal órgão de uma forma tão atuante - até mesmo politicamente ativa. Nesse sentido, que serão analisadas as sugestões presentes na Proposta de Emenda Constitucional nº 33, as quais, no geral, afirmam objetivar esse equilíbrio maior entre os poderes.

¹¹³ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*, p. 457.

¹¹⁴ BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*, p. 54.

¹¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, p. 448.

2. REAVALIANDO A RELAÇÃO ENTRE OS PODERES: A PEC 33

O quadro institucional desequilibrado, ressaltado no capítulo anterior, traz consigo a busca por mudanças. Foi neste âmbito que surgiu a Proposta de Emenda Constitucional nº 33, de autoria do deputado Nazareno Fonteles (PT/PI).¹¹⁶

Com uma proposta de redesenhar certos institutos jurídicos, sobretudo os que interferem na relação entre o Poder Judiciário e o Legislativo, seu texto objetiva: alterar a quantidade mínima de votos dos membros de tribunais para a 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.

Necessário neste capítulo, portanto, esmiuçar cada uma dessas alterações e suas possíveis consequências na configuração do Estado brasileiro.

2.1. AS MUDANÇAS NOS TRIBUNAIS: a súmula vinculante e o controle de constitucionalidade

As principais alterações propostas pela PEC 33 incidem em instrumentos utilizados pelos tribunais, sobretudo no âmbito do STF. A primeira mudança que se pode destacar diz respeito à produção das súmulas vinculantes, as quais, segundo o projeto, precisarão de um quórum maior para serem criadas, bem como de

¹¹⁶ O texto da PEC 33 já foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) em 24/04/2013 – Informação retirada em: CÂMERA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei e Outras Proposições*: PEC 33/2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>>. Acesso em: 08 jul 2014. No entanto, o Presidente da Câmara, Henrique Eduardo Alves, suspendeu sua tramitação, não instalando comissão especial para sua aprovação, com o objetivo de averiguar melhor a compatibilidade dos aspectos jurídicos da PEC com a Constituição- Informação retirada em: CÂMERA DOS DEPUTADOS. *Alves pede estudo antes de criar comissão da PEC sobre decisões do STF*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/441075-ALVES-PEDE-ESTUDO-ANTES-DE-CRIAR-COMISSAO-DA-PEC-SOBRE-DECISOES-DO-STF.html>>. Acesso em: 03 ago 2014.

aprovação do Congresso Nacional para receberem esse efeito de vinculação de todo o Poder Judiciário e Administração.¹¹⁷

A utilização de súmulas vinculantes pelo ordenamento jurídico brasileiro já vinha sendo discutida antes de sua anexação ao texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, no novo art. 103-A da Constituição, como uma possível solução para problemas do Poder Judiciário, tais quais a diminuição de processos nos órgãos judiciários e o término de decisões distintas para casos semelhantes,¹¹⁸ proporcionando uma maior segurança jurídica, com o aumento na previsibilidade das decisões judiciais.¹¹⁹

Dentre seus principais objetivos, pode-se citar o de orientar a reflexão interpretativa no momento da aplicação da lei, o de imunizar o sistema contra o risco de interpretação *contra legem* e o de estabilizar as expectativas a respeito do que é possível ou não nos processos.¹²⁰

As súmulas, em geral, então, teriam surgido para dirimir problemas de “divergência de soluções a casos substancialmente idênticos e da verdadeira avalanche de processos repetidos”,¹²¹ no entanto, elas por si só não eram capazes

¹¹⁷ Nova redação proposta para o art.103-A da Constituição:

“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)”

¹¹⁸ MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula Vinculante*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999, p. 56.

¹¹⁹ AZEVEDO, Marco Antonio Duarte. *Súmula vinculante: o precedente como fonte do direito*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2009, p. 136 e 140.

¹²⁰ STRECK, Lênio Luiz. *Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 264-265.

¹²¹ MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula Vinculante*, p. 54.

de obrigar os juízes e tribunais inferiores a seguirem seu texto, diante da ausência de determinação legal.¹²²

Para tanto, a criação de súmulas vinculantes viria para encarnar um papel mais imperativo desses preceitos interpretados pelo STF em todas as decisões do Poder Judiciário, uma vez que seu desrespeito passa a ser suprido com a possibilidade de anulação do ato administrativo ou decisão via Reclamação processual no STF.¹²³

Ademais, esse poder vinculativo só iria incidir quando se observar que a situação fática do caso em que se pretende aplicar a súmula for similar à que deu origem a ela,¹²⁴ sendo que seu emprego não exime o juiz de motivar sua decisão, devendo ele justificar sob quais bases os casos se assemelham.¹²⁵ Não só sua aplicação deve ser restrita, como é possível controlar sua incidência pelos mesmos legitimados à propositura de ação direta de inconstitucionalidade, visando uma revisão do próprio STF.¹²⁶

Há quem defenda, igualmente, a possibilidade de se realizar controle de constitucionalidade frente a essas súmulas vinculantes, uma vez que elas seriam dotadas de força normativa.¹²⁷ A questão que se ressalta, no entanto, a partir desse quadro, seria a existência de eficácia prática do órgão que produziu a súmula vir a julgar sua inconstitucionalidade.¹²⁸

Não obstante tais características, na teoria, a súmula vinculante não inaugura uma nova ordem jurídica, mas sim, simplesmente, traça o alcance da norma que o legislador editou antes.¹²⁹ Ou seja, ela não seria capaz de criar obrigação nova, apenas limitada pela Constituição, como as leis, devendo estar em conformidade com elas.¹³⁰ As súmulas são fonte secundárias do Direito, normas

¹²² MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula Vinculante*, p. 55.

¹²³ Art. 103-A, §3º, CF. A Reclamação é uma ação de status constitucional (art. 102, I, CF), a qual se destina a preservar a competência do STF ou a garantir a autoridade de suas decisões - MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1412.

¹²⁴ MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula Vinculante*, p. 85.

¹²⁵ AZEVEDO, Marco Antonio Duarte. *Súmula vinculante*, p. 111.

¹²⁶ Art. 103-A, §2º, CF.

¹²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. p. 1192.

¹²⁸ STRECK, Lênio Luiz. *Súmulas no Direito brasileiro*, p. 285.

¹²⁹ MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula Vinculante*, p. 53.

¹³⁰ AZEVEDO, Marco Antonio Duarte. *Súmula vinculante*, p. 122.

condicionadas, subordinadas e limitadas pela lei.¹³¹ Esse pensamento não foi suficiente, no entanto, para afastar eventuais críticas a esse instituto.

Entre elas tem-se a possível afronta ao princípio da independência judicial, previsto na Lei Orgânica da Magistratura (LC nº 35/79), uma vez que os magistrados não estariam mais legitimados a divergir dos entendimentos sumulados pelo STF, podendo-se apenas, por exemplo, ressaltar um ponto de vista diverso, mas não se abster de aplicá-la.¹³²

Cita-se, também, problemas com o princípio da separação dos poderes, haja vista a flagrante abertura que se proporciona para que o Poder Judiciário possa “legislar”, estabelecendo regras gerais com eficácia obrigatória,¹³³ ingerindo-se em um papel que seria do Poder Legislativo.

Na realidade as súmulas são fruto de um aspecto político da atividade do Judiciário, uma escolha dentre as várias opções disponíveis de decisão e a elaboração um modelo para o futuro.¹³⁴ Entretanto, é pelo fato do Direito ser constituído por elementos político-ideológicos que o torna muito dúctil para ser sumulado.¹³⁵

Assim, a utilidade das súmulas, sobretudo das vinculantes, traduz-se em uma uniformização de sentido como fator normativo de poder. O STF através da súmula dita o sentido da norma jurídica, neutralizando certas alternativas que, apesar de possíveis, não são consideradas por ele relevantes.¹³⁶ Dessa forma, padronizam-se as decisões, estabelecendo um controle do discurso jurídico dominante.¹³⁷

Infelizmente, não só a súmula se porta como “supressão simbólica da autonomia dos sujeitos”,¹³⁸ como também, na prática, o que se percebe é que elas vêm sendo mal utilizadas. São citadas muitas vezes de forma descontextualizada, sem que se indague sua origem e vinculação com o texto ao qual se pretende aplicar,¹³⁹ bem como de maneira a inovar o ordenamento jurídico.¹⁴⁰

¹³¹ AZEVEDO, Marco Antonio Duarte. *Súmula vinculante*, p. 123.

¹³² MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula Vinculante*, p. 75.

¹³³ MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula Vinculante*, p. 72.

¹³⁴ AZEVEDO, Marco Antonio Duarte. *Súmula vinculante*, p. 83.

¹³⁵ STRECK, Lênio Luiz. *Súmulas no Direito brasileiro*, p. 260.

¹³⁶ STRECK, Lênio Luiz. *Súmulas no Direito brasileiro*, p. 260-262.

¹³⁷ STRECK, Lênio Luiz. *Súmulas no Direito brasileiro*, p. 286.

¹³⁸ STRECK, Lênio Luiz. *Súmulas no Direito brasileiro*, p. 268.

¹³⁹ STRECK, Lênio Luiz. *Súmulas no Direito brasileiro*, p. 258.

¹⁴⁰ STRECK, Lênio Luiz. *Súmulas no Direito brasileiro*, p. 251.

Para exemplificar essa última afirmação, tem-se a criação da Súmula Vinculante nº 13, que disciplinou o nepotismo.¹⁴¹ A partir dela o STF “realizou indevido desdobramento de princípios constitucionais, de modo a construir disciplina normativa que deveria ser veiculada pela legislação ordinária”, sem, ainda, ter decidido casos suficientes para chegar em tal entendimento.¹⁴²

Evidente que não se está sendo contra a possibilidade de uma regulamentação contra o nepotismo, somente afirmando, no entanto, que esse tema não devia ter sido enfrentado primordialmente por esse instrumento, pois a simples aplicação de princípios constitucionais da administração não seria capaz de produzir novo conteúdo normativo, restritivo de direitos.¹⁴³

Do mesmo modo, é possível destacar a criação da Súmula Vinculante nº 5,¹⁴⁴ a qual tende garantir a constitucionalidade da ausência de advogados em processos administrativos, o que não só pode ser considerado controverso frente a Constituição Federal, como ofende diretamente o Pacto de São José da Costa Rica,¹⁴⁵ tratado do qual o Brasil é signatário.

Dessa forma, “a súmula vinculante apresenta-se antes como um ato de criação de normas do que de aplicação normativa”,¹⁴⁶ aproximando-se de forma excessiva da atividade legiferante. Diante, portanto, dessa possibilidade de abusos com a criação de súmulas vinculantes é que a PEC 33 propõe, em geral, o uso mais cauteloso desse instrumento.

Em primeiro lugar, a qualificação do quórum para sua aprovação demanda que haja um consenso maior para que tal ato normativo de ampla eficácia passe a

¹⁴¹ Súmula Vinculante nº 13 STF: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.”

¹⁴² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 256 e 258

¹⁴³ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*, p. 258.

¹⁴⁴ Súmula Vinculante nº 5 STF: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.”

¹⁴⁵ Artigo 8º (2): (...) Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

¹⁴⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*, p. 296.

valer no sistema jurídico. Por outro lado, a necessidade de aprovação do Congresso Nacional está prevista para dar o respaldo democrático necessário a esse ato que tende, em uma perspectiva prática, a inovar o ordenamento jurídico em nível constitucional, atividade essa que constitucionalmente não foi garantida ao Poder Judiciário, mas sim ao Poder Legislativo.

Observa-se, assim, que a perspectiva não é de abolir o instituto, permanecendo, pois, garantidas as consequências positivas, aqui citadas, advindas de sua prática. Ao final, trata-se de permitir que ele seja utilizado de forma a garantir um maior respeito aos preceitos constitucionais.

No tocante ao relacionamento dos poderes, não só a utilização das súmulas vinculantes deve ser repensada, como as práticas ligadas ao controle de constitucionalidade também receberam atenção da proposta de emenda constitucional aqui discutida.

O controle de constitucionalidade surge com o reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força vinculante em relação aos Poderes Públicos, como uma forma de defesa de seu texto.¹⁴⁷ Isso ocorre, pois “a Constituição, como norma fundamental do sistema jurídico, regula o modo de produção das leis e demais atos normativo e impõem balizamentos a seu conteúdo”.¹⁴⁸

O surgimento do controle jurisdicional de constitucionalidade repressivo no constitucionalismo moderno se remete à criação interpretativa do *Judicial Review* nos EUA – caso *Marbury v. Madison*.¹⁴⁹ A partir desse caso precursor, houve a quebra com a tradição inglesa a respeito da soberania do Parlamento, reconhecendo a competência ao juiz de cada causa para aferir a constitucionalidade de uma norma.¹⁵⁰

Por conseguinte, restou assentada a “prevalência dos valores permanentes da Constituição sobre a vontade circunstancial das maiorias legislativas”. Esse

¹⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1059.

¹⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 33.

¹⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 27-30; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1062.

¹⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1062.

procedimento estaria a ressaltar, também, a competência do Judiciário como intérprete final do texto constitucional.¹⁵¹

Há, assim, a consagração do modelo difuso de controle de constitucionalidade, a partir do qual qualquer juiz ou tribunal pode exercer controle incidental, em processo de sua competência.¹⁵² Ou seja, trata-se da única via de controle diretamente acessível ao cidadão comum para tutela de seus direitos subjetivos constitucionais, uma vez que advém do caso concreto.¹⁵³ Nessas hipóteses, o reconhecimento da inconstitucionalidade é questão prejudicial para o deslinde da causa, não seu objeto principal.¹⁵⁴

Ao lado desse modelo, há também o controle concentrado de constitucionalidade, surgido posteriormente na Europa.¹⁵⁵ Através dele tal controle é exercido por um único órgão ou por um número limitado de órgãos criados especificamente para esse fim (Cortes Constitucionais) ou tendo nessa atividade como uma de suas funções principais.¹⁵⁶

No Brasil, o órgão responsável por desempenhar essa atividade é, primordialmente, o STF, o qual atua na proteção do texto da Constituição Federal. Os efeitos da ação que promove o controle de constitucionalidade é *erga omnes*,¹⁵⁷ contudo, nem todos estão legitimados a propô-la, existindo um rol taxativo previsto na Constituição (art. 103, CF).¹⁵⁸

O sistema brasileiro de controle jurisdicional de constitucionalidade é misto, ou seja, comporta ambas as formas de fiscalização.¹⁵⁹ Entretanto, esse controle judicial-repressivo não é o único previsto constitucionalmente para aferir a constitucionalidade dos diplomas normativos, existindo, da mesma forma, o controle político-preventivo, a ser realizado pelos Poderes Legislativo ou Executivo.

A atuação do Executivo é tida principalmente por meio de veto oposto a projeto de lei, com fundamento de inconstitucionalidade da proposição legislativa. Já

¹⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 32.

¹⁵² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1132.

¹⁵³ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 113.

¹⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 117.

¹⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1061.

¹⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 70.

¹⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 71.

¹⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1178.

¹⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 87.

com relação ao Legislativo, há o controle prévio realizado pelas Comissões de Constituição e Justiça, no início do processo legislativo.¹⁶⁰

Tratam-se, pois, de formas as quais corroboraram a ideia de que o controle de constitucionalidade permeia todo o Estado, não ficando adstrito apenas ao controle por parte do Judiciário, órgão este composto por agentes públicos não eletivos, ou seja, não legitimados pela escolha popular e que não estariam sujeitos, na maioria dos casos, a um controle democrático.¹⁶¹

É possível observar, portanto, que a Constituição, por mais que confira de forma expressa sua guarda ao Poder Judiciário,¹⁶² não exclui a participação dos demais poderes na contribuição de sua interpretação e proteção.

No que diz respeito às propostas trazidas pela PEC, tem-se que elas se referem tanto ao modelo difuso, quanto ao modelo concentrado. Primeiramente, quanto ao modelo difuso, pretende-se que somente com o voto de quatro quintos dos membros do tribunal, ou do órgão especial, é que será possível declarar a inconstitucionalidade de lei.¹⁶³

Há, assim, uma qualificação maior da maioria prevista para declarar a inconstitucionalidade de leis. Dessa forma, garante-se um consenso maior para não aplicação de uma lei, que passou pelo seu processo democrático de criação.

No entanto, questiona-se a real necessidade de tal dispositivo, uma vez que, em geral, os excessos praticados pelo Poder Judiciário advém do controle de constitucionalidade desempenhado pelo STF, seja ele concentrado ou difuso, frente ao maior alcance dado as suas decisões. Isso acontece, sobretudo, através da expansão da modulação dos efeitos temporais das decisões, nos casos de controle concreto; bem como da manipulação do conteúdo normativo do ato controlado, com “a interferência sobre o conteúdo normativo dos dispositivos legais fiscalizados, logrando impor aos operadores e destinatários do sistema jurídico determinadas variantes interpretativas ou efeitos, em detrimento de outros”.¹⁶⁴

¹⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1059; BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 68.

¹⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 76.

¹⁶² Art. 102, CF: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...)”.

¹⁶³ Nova redação proposta para o art.97 da Constituição:

“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)”.

¹⁶⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*, p. 198/199 e 208/209.

Ademais, já não é tão simples esse controle a ser desempenhado pelos tribunais, haja vista precisar, além da maioria absoluta, observar a reserva de plenário, ou seja, a turma julgadora não pode simplesmente afastar a incidência de uma norma, por considerá-la inconstitucional, como faz o juiz de direito, devendo, necessariamente remeter a questão ao plenário do tribunal ou ao órgão especial.¹⁶⁵

A reserva de plenário é necessária, então, mesmo em casos de não aplicação de uma determinada norma vigente ou de não adoção de determinada interpretação sem afetar a expressão literal (declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto), pois também se trataria de reconhecimento de certa inconstitucionalidade,¹⁶⁶ como já foi reconhecido pelo STF em súmula vinculante.¹⁶⁷

Destarte, a adoção do texto da PEC poderia nesse âmbito, na verdade, ser inócua, uma vez que esse procedimento já é bastante regularizado, sendo que, quaisquer desvios, estão muito mais ligados a não observância dos tribunais dessas previsões normativas do que ausência propriamente de uma boa regulamentação. Ademais, poderia chegar a dificultar mais a atuação dos tribunais no controle de constitucionalidade, diminuindo ainda mais a força desse controle difuso.

Contudo, não se pode negligenciar, por outro lado, que essa atuação difusa poderá recair, ao final, ao STF, corte essa de maior expressão política e cujas decisões possuem maior impacto, de forma que a escolha pelo afastamento de um diploma normativo, democraticamente elaborado e presumidamente constitucional (uma vez que já passou por controles preventivos de constitucionalidade), seria melhor se fosse realizada de maneira mais prudente possível, por uma maioria qualificada.

Com relação ao controle concentrado, propõe a PEC que as decisões definitivas de mérito que declarem a inconstitucionalidade de emenda à constituição passem pela apreciação do Congresso Nacional, bem como, veda-se a suspensão de eficácia dessa emenda através de medida cautelar.¹⁶⁸

¹⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 120/121.

¹⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1136.

¹⁶⁷ STF Súmula Vinculante nº 10

Violação da Cláusula de Reserva de Plenário - Decisão de Órgão Fracionário de Tribunal - Declaração da Iconstitucionalidade de Lei ou Ato Normativo do Poder Público

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

¹⁶⁸ Nova redação proposta para o art. 102 da Constituição:

Há de se ressaltar, a princípio, que o STF desempenha, atualmente, forte atuação no controle das emendas constitucionais. Por um lado, há a aceitação doutrinária e jurisprudencial de que as disposições da Constituição, provindas de emendas já promulgadas, podem ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, sendo posteriormente estendido esse entendimento também para o controle das propostas de emenda constitucional.¹⁶⁹

Possível destacar, também, a utilização de mandados de segurança, requeridos por parlamentares, contra o processamento dessas propostas à emenda, criando uma verdadeira hipótese de controle prévio de constitucionalidade em sede judicial.¹⁷⁰

No entanto, necessário analisar a legitimidade do Poder Judiciário para realizar esse tipo de controle, uma vez que não se trata de uma simples análise de ato normativo infraconstitucional frente à Constituição, mas sim, de norma com o mesmo status.

Evidente que, levando em consideração que as emendas possuem pressupostos formais e materiais a serem seguidos em sua formulação, parece fazer parte da função jurisdicional do STF a análise da observância desses requisitos, quando ainda na fase de proposta, mesmo porque não se trataria essa prerrogativa de emendar de poder constituinte, livre e incondicionado, mas sim de “poder constituído”,¹⁷¹ o qual possui requisitos constitucionalmente previstos para evitar justamente que o legislador ordinário seja capaz de usurpar as determinações do

"Art. 102. (...)

(...)

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

§ 2o-B A manifestação do Congresso Nacional sobre a decisão judicial a que se refere o §2o-A deverá ocorrer em sessão conjunta, por três quintos de seus membros, no prazo de noventa dias, ao fim do qual, se não concluída a votação, prevalecerá a decisão do Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante e eficácia contra todos.

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

¹⁶⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1189/1190.

¹⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 68.

¹⁷¹ Quanto a possível utilização do termo “poder constituinte de reforma”, ratifica-se a crítica realizada por Eneida Desiree Salgado, ao ressaltar que “a utilização do adjetivo ‘constituente’, no entanto, não revela uma precisão terminológica, pois poder constituinte é inicial, ilimitado e autônomo”. SALGADO, Eneida Desiree. *O Referendo como Fase Legislativa das Emendas Constitucionais*, p. 64.

constituente.¹⁷² Esse poder de reforma “não pode ser capaz de alterar completamente a organização social, mudando valores e opções políticas feitas pelo poder constituinte”.¹⁷³

Entretanto, o estímulo crescente para que o STF decida sobre o novo texto constitucional abre caminho para que ele se aproprie das funções de reforma constitucional que são eminentemente do Poder Legislativo. Dessa forma, há de se ter devida cautela quanto a essa atuação, visto que ela pode apontar para o aumento do caráter político da jurisdição constitucional, casos em que há forte partidarização ou a desvirtuação de suas práticas como instrumento de disputa pelo poder.¹⁷⁴

Soma-se a isso o fato de que, em muitos casos, a edição de instrumento normativo contrário à interpretação dada pelo STF não necessariamente denota um desacordo com o texto constitucional, nem mesmo pode vir a consistir em descumprimento da decisão judicial pelo legislador, mas sim um desacordo entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário quanto à interpretação da Constituição.¹⁷⁵

Sendo assim, a previsão de mudanças da PEC33, no tocante ao controle de constitucionalidade de emendas, tende a garantir o respeito às faculdades constitucionais de cada um dos poderes, uma vez que caberá ao Poder Legislativo, sujeito ativo legitimado para promover mudanças no texto constitucional, revisar entendimento do STF, garantindo respaldo democrático a essa decisão.

A PEC, ainda, não deixa de apreciar a possibilidade de se permanecer essa divergência entre o STF e o Congresso Nacional sobre a constitucionalidade da emenda, prevendo, para esses casos, uma resposta popular, o que será analisado a seguir.

¹⁷² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, p. 200/201.

¹⁷³ SALGADO, Eneida Desiree. O Referendo como Fase Legislativa das Emendas Constitucionais, p. 65.

¹⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 83.

¹⁷⁵ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus diálogos constitucionais*, p. 196/197.

2.2. O DEBATE DIFUNDIDO PARA FORA DOS TRIBUNAIS: a consulta popular

Para além das reestruturações propostas dentro do Poder Judiciário, a PEC 33 traz em seu texto a possibilidade de participação popular para dirimir conflito entre esse poder e o Legislativo. Pormenorizando, propõe-se que, nos casos em que uma proposta de emenda constitucional seja declarada materialmente inconstitucional pelo STF e o Congresso Nacional se manifestar contrariamente a tal decisão, a controvérsia deve ser submetida à consulta popular.¹⁷⁶

Em um primeiro momento, pode-se haver certa desconfiança na legitimidade e eficácia dessa ideia, frente a uma sociedade individualista, a qual se afasta cada vez mais dos espaços públicos de tomada de decisão, enfraquecendo o desenvolvimento da cidadania.¹⁷⁷

No entanto, não é possível negar que as decisões estatais devem advir da soberania popular, uma vez que assim é determinado na Constituição,¹⁷⁸ inclusive quando se trata de definir o texto constitucional, haja vista ser o poder constituinte fruto da vontade da nação.¹⁷⁹

Nessa perspectiva, não se deve imaginar que a participação popular apenas surge para instaurar a ordem constitucional, devendo manter-se presente também para suas futuras mudanças. É dizer, “a soberania popular não se esgota no momento inaugural do Estado. Continua a ser critério de legitimidade e validade para as demais regras jurídicas posteriores à Constituição, como expressão da ideia de autodeterminação”.¹⁸⁰

¹⁷⁶ Nova redação proposta para o art.102 da Constituição:

“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.**”

¹⁷⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro, Zahar, 2001, p.46.

¹⁷⁸ Art. 1º, Parágrafo único, CF: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

¹⁷⁹ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte burguesa: que é o Terceiro Estado?*. Tradução de Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986, p. 113.

¹⁸⁰ SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 43.

Trata-se de um poder vinculado tão somente à sua própria vontade, sendo a partir dele que uma nova ordem constitucional pode ser instaurada.¹⁸¹ Portanto, tem-se, assim, fundamento e importância em se garantir meios para a participação popular no processo que altera o texto constitucional, pois somente a partir dela é que se poderá “validamente concretizar o ideal democrático em um projeto”.¹⁸²

Entretanto, a realidade não tem se demonstrado favorável a esse tipo de participação, pois a prática institucional quase que se restringe às limitações da representação popular, mantendo-se o povo, titular do poder, distante. O povo não deveria ser somente mero destinatário da lei.¹⁸³

O que acontece, no entanto, com a atual democracia indireta é que a vontade do povo, normalmente, só vai ser aferida através da eleição. Ou seja, no final das contas o exercício do poder acaba ocorrendo através de outras pessoas que não o titular.¹⁸⁴

Diferentemente da teoria da soberania do Estado, em que a vontade do povo ocorre somente na eleição, restando o exercício do poder para o Poder Legislativo, que o exerce com independência,¹⁸⁵ a soberania popular pressupõe uma participação maior da população, pois é ela sua titular.¹⁸⁶ Por conseguinte, o exercício de um comando a todos somente será legítimo se houver anuência dos destinatários em sua formação.¹⁸⁷

Assim, por mais que no ordenamento jurídico brasileiro não haja previsão para medidas mais diretas de participação, como o mandato imperativo - através do qual se abriria possibilidade de revogação do mandato por vontade popular -,¹⁸⁸ mesmo havendo constado no processo constituinte ideias como a do veto popular e da revogação de mandato,¹⁸⁹ a Constituição prevê alguns instrumentos que auxiliariam nessa participação do povo no processo político, quais sejam, o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular.¹⁹⁰

¹⁸¹ CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G.. *Constitucionalismo e Democracia*, p. 161-162.

¹⁸² SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia*, p. 61.

¹⁸³ SOARES, Marcos Antônio Striquer. *O plebiscito, o referendo e o exercício do poder*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998, p. 13-14.

¹⁸⁴ SOARES, Marcos Antônio Striquer. *O plebiscito, o referendo e o exercício do poder*, p. 24.

¹⁸⁵ SOARES, Marcos Antônio Striquer. *O plebiscito, o referendo e o exercício do poder*, p. 36-38.

¹⁸⁶ SOARES, Marcos Antônio Striquer. *O plebiscito, o referendo e o exercício do poder*, p. 39.

¹⁸⁷ SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia*, p. 41.

¹⁸⁸ SOARES, Marcos Antônio Striquer. *O plebiscito, o referendo e o exercício do poder*, p. 28.

¹⁸⁹ SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia*, p. 225.

¹⁹⁰ SOARES, Marcos Antônio Striquer. *O plebiscito, o referendo e o exercício do poder*, p. 53. Tais institutos estão previstos no art. 14, CF, que possui a seguinte redação:

Constata-se, portanto, que a representação política não pode (nem deve) ser a única forma passível de participação popular no governo.¹⁹¹ Trata-se, mesmo, de um reflexo do princípio democrático.¹⁹² Como a PEC 33 traz em seu texto uma possibilidade de "consulta" popular, focar-se-á mais nos institutos do plebiscito e do referendo.

O plebiscito pode ser entendido como "manifestação popular que toma uma decisão política 'a priori' sobre determinada medida, delimitando a competência da criação normativa".¹⁹³ Ou seja, trata-se de uma vontade prévia, exercida para inovação da ordem jurídica, através da definição de uma postura governamental, um caminho a ser tomado diante de vários que se apresentam.¹⁹⁴

Por sua vez, uma definição de referendo poderia ser de uma "manifestação popular que ratifica ou rejeita uma proposta dentro do processo de criação normativa, cuja solução delimita o campo de competência das autoridades governamentais". Dessa forma, é possível afirmar que esse instrumento tende a estabelecer limites ao exercício do poder, uma vez que vincula os atos a serem realizados dentro da esfera da consulta.¹⁹⁵

No ordenamento jurídico nacional há uma lei própria que regula o art. 14 da Constituição Federal, a Lei nº 9.708/98. Nela, optou-se por acentuar a diferenciação entre plebiscito e referendo como sendo este posterior ao ato legislativo ou administrativo, e aquele anterior. Reiterou-se também a competência do Congresso Nacional para autorizar referendo e convocar plebiscito, de acordo com o art. 49, XV da Constituição.¹⁹⁶

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular.

¹⁹¹ SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia*, p. 63.

¹⁹² SOARES, Marcos Antônio Striquer. *O plebiscito, o referendo e o exercício do poder*, p. 109. Nesse sentido, tem-se o art. 1º, parágrafo único, CF: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

¹⁹³ SOARES, Marcos Antônio Striquer. *O plebiscito, o referendo e o exercício do poder*, p. 74.

¹⁹⁴ SOARES, Marcos Antônio Striquer. *O plebiscito, o referendo e o exercício do poder*, p. 72.

¹⁹⁵ SOARES, Marcos Antônio Striquer. *O plebiscito, o referendo e o exercício do poder*, p. 62.

¹⁹⁶ Lei nº 9.708/98:

Art. 2º Plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa.

§ 1º O plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido.

§ 2º O referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição.

Destarte, é possível concluir que o que existe no ordenamento jurídico brasileiro é “uma democracia participativa deficitária, aquém das promessas e das demandas sociais, aquém do descontentamento com a representação política”, uma vez que “a chave da participação continua nas mãos dos representantes”.¹⁹⁷

Apesar disso, a proposta trazida pela PEC 33 ainda tende a fortalecer a participação democrática da população, transformando o povo em verdadeiro intérprete da Constituição,¹⁹⁸ fruto de uma sociedade aberta de intérpretes, como defendido por Peter Häberle,¹⁹⁹ possibilitando uma mudança constitucional diretamente por aquele que é fonte do poder constituinte, mesmo porque a convocação de tal consulta se dá automaticamente, sem necessidade de manifestação do Congresso.

O exercício de uma democracia pressupõe que a representação política esteja ao lado da soberania popular. E, para que isso aconteça, são necessários instrumentos de “transformação da vontade soberana em vontade política”,²⁰⁰ uma vez que hoje em dia há a impossibilidade de seu exercício direto. Nesse quadro, portanto, que entra a importância do referendo.

Em momento histórico anterior, na época do Estado Novo de Getúlio Vargas, já se havia suprimido do Poder Judiciário a autoridade de se pronunciar definitivamente sobre o controle de constitucionalidade dos atos normativos, através de previsão presente na Constituição de 1937, na qual, diante da necessidade de resguardar o bem-estar do povo ou o interesse nacional, o Presidente da República poderia submeter a lei declarada inconstitucional a novo exame no Congresso.²⁰¹

Art. 3º Nas questões de relevância nacional, de competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, e no caso do § 3º do art. 18 da Constituição Federal, o plebiscito e o referendo são convocados mediante decreto legislativo, por proposta de um terço, no mínimo, dos membros que compõem qualquer das Casas do Congresso Nacional, de conformidade com esta Lei.

¹⁹⁷ SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia*, p. 246.

¹⁹⁸ SOARES, Marcos Antônio Striquer. *O plebiscito, o referendo e o exercício do poder*, p. 124.

¹⁹⁹ Ver mais em: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

²⁰⁰ SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia*, p. 40.

²⁰¹ Constituição de 1937:

Art 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

Nesse caso em específico estabelecia-se uma alternativa a esse controle a qual concentrava os poderes nas mãos do Presidente da República, uma vez que, na prática, era ele quem editava legislações (através dos Decretos-Lei) e que poderia sugerir que a inconstitucionalidade da lei fosse revista, de forma isolada, visto que o Congresso não chegou a funcionar nessa época.²⁰²

Francisco Campos, na tentativa de justificar e apoiar tal previsão, irá afirmar que a Constituição estaria conferindo ao “Parlamento” a possibilidade de remover a inconstitucionalidade, mediante nova votação da lei, “o que equivale, praticamente, a emendar a Constituição, tornando compatível com esta a lei impugnada”.²⁰³

Trata-se de um momento político em que rejeição da possibilidade de legitimação popular do direito e do Estado era uma ideia frequentemente defendida, e não só no Brasil – vide os casos de Mussolini, na Itália, e Hitler, na Alemanha.²⁰⁴ A democracia parlamentar, ainda, era considerada imperfeita.²⁰⁵

Possível observar, então, uma utilização subversiva da tentativa de alterar o controle de constitucionalidade no Brasil. Não obstante Francisco Campos utilizar como argumento favorável a essa ideia o fato do “poder do povo” não poder ser transferido para o Poder Judiciário, o qual não representa a população,²⁰⁶ ele assim o faz somente para sustentar uma ditadura, haja vista que a soberania popular não regia a política da época.

Dessa forma, não se pode perder de vista que os instrumentos jurídicos devem ser analisados juntamente ao contexto histórico-social em que se inserem, pois propostas similares poderão servir a propósitos distintos a depender de que modo e em que condições serão aplicadas.

A PEC 33 não parece perquirir os mesmos objetivos da Constituição de 1937, diante de todo o momento social do qual faz parte. Já em período democrático, outra proposta similar a essa foi pensada, quando da realização da Assembleia Constituinte para elaboração da Constituição de 1988.

²⁰² FERNANDES, Pádua. Sessenta anos após 1937: Francisco Campos, o Estado Novo e o pensamento jurídico autoritário. In: *Prisma Jurídico*, n. 06, 2007, p. 351-370. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/934/93400621.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2014, p. 359/360.

²⁰³ CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/chicocampos.html>>. Acesso em: 22 maio 2014, p. 192.

²⁰⁴ FERNANDES, Pádua. Sessenta anos após 1937: Francisco Campos, o Estado Novo e o pensamento jurídico autoritário, p. 354.

²⁰⁵ FERNANDES, Pádua. Sessenta anos após 1937: Francisco Campos, o Estado Novo e o pensamento jurídico autoritário, p. 355.

²⁰⁶ CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*, p. 198.

O Anteprojeto Afonso Arinos de 1986 continha em seu art. 436, na parte de Emendas à Constituição, a previsão de possibilidade de uma proposta de emenda constitucional submetida a referendo.²⁰⁷ Trata-se essa de uma tentativa de aproximação do cidadão, titular do poder constituinte, à problemática constitucional, em observância da soberania popular, de forma que as alterações à Constituição não sejam feitas alheias ao debate democrático.²⁰⁸

Vale frisar que essa regra não se referia a toda e qualquer matéria, mas sim, de acordo com o art. 229, XXVI, do mesmo anteprojeto, às propostas que visassem alterar a estrutura ou afetar o equilíbrio dos Poderes.²⁰⁹ Assim, observa-se que a presença da consulta popular na PEC 33 está longe de ser uma ideia revolucionária.

Evidente que a proposta de consulta popular não serve como solução completa para a problemática que envolve a soberania popular e a representatividade. Mesmo porque a forma como as consultas populares estão hoje previstas na Constituição não fortalece ao todo a participação direta, visto que nem há a possibilidade de convocação pelo próprio povo.²¹⁰

No entanto, essa abertura para participação popular trazida pela PEC, ao trazer nova previsão para que um referendo aconteça, é capaz de incitar o debate na arena democrática e aproximar a população das questões que envolvem política e o futuro da Constituição.²¹¹

Seria possível, até mesmo, acreditar que essa adoção do referendo pudesse se estender à fase legislativa de todas as emendas, pois, possibilitaria “uma provável permanência maior do texto constitucional, (e) a construção de uma relação

²⁰⁷ O Anteprojeto Afonso Arinos fez parte dos trabalhos realizados na Assembleia Constituinte de 1987, a qual, ao final, fez surgir a Constituição Federal de 1988.

“Art. 436 – A Constituição poderá ser emendada (...)

§ 5º – No caso do art. 229, XXVI, e no prazo de cinco dias, contado da sua aprovação pelo Congresso Nacional, o Presidente da República poderá determinar que a proposta de emenda constitucional seja submetida a referendo, comunicando-o ao Presidente do Senado Federal, que sustará a promulgação”.

²⁰⁸ SALGADO, Eneida Desiree. *O Referendo como Fase Legislativa das Emendas Constitucionais*, p. 68.

²⁰⁹ “Art. 229 – Compete ao Presidente da República, na Forma e nos limites estabelecidos por esta Constituição:

XXVI – determinar a realização de referendo sobre propostas de emendas constitucionais e de projetos de lei de iniciativa do Congresso Nacional que visem a alterar a estrutura ou afetem o equilíbrio dos Poderes;”.

²¹⁰ SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia*, p. 208.

²¹¹ SOARES, Marcos Antônio Striquer. *O plebiscito, o referendo e o exercício do poder*, p. 62.

de autoria do povo com a Constituição”, ao saber que somente por meio de sua manifestação direta que ela poderá ser alterada.²¹²

Não há o que se falar, portanto, de usurpação de poderes do Poder Judiciário, no tocante ao controle de constitucionalidade, pois se está tratando de emendas à Constituição, cujo significado não deve subsistir única e exclusivamente na interpretação judicial, como aqui destacado.

Quer-se acreditar, na verdade, que a “política não saiu de nossas veias”, bastando ser reanimada com uma maior participação da população, através de canais que proporcionem essa aproximação com a formação da vontade do Estado.²¹³

A efetivação dessa ideia pode ser vista como uma possibilidade, também, de realização de uma das formas de *accountability*, necessária em todos os órgãos de governo para o democrático funcionamento do Estado, como se verá a seguir.

²¹² SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia*, p. 252.

²¹³ SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia*, p. 40.

3. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EQUILIBRADA

Possuindo como pressuposto o alto grau de participação do Poder Judiciário no quadro institucional e a propositura da Proposta de Emenda Constitucional nº 33 nessa conjuntura, cabe agora uma análise das possíveis consequências de sua aprovação para mudanças no âmbito do direito constitucional brasileiro.

3.1. A PEC 33 E A ACCOUNTABILITY DO PODER JUDICIÁRIO

A PEC 33, como observado a partir da análise realizada no capítulo anterior, traz consigo propostas para mudanças no diálogo entre os poderes. Uma maior expansão do Poder Judiciário tende a ser contida com a criação de mais obstáculos ao seu “poder de legislar”, como é o caso da criação das súmulas vinculantes, ou mesmo com algumas restrições ao controle de constitucionalidade de emendas.

Entretanto, tais propostas ao mesmo tempo que podem ser vistas como possibilidades de um maior “controle” das expansões dos tribunais, podem ser tidas como ingerências indevidas em seu poder de interpretar e julgar. Fato é que o Poder Judiciário, como qualquer outro poder público, não pode ficar isento de algum controle, sob pena de se poder sustentar uma possível “ditadura dos juízes”.²¹⁴

A ideia de controle nesses casos tende a esbarrar com a noção de independência na atividade judiciária, prerrogativa essa necessária para o satisfatório desempenho de suas funções constitucionalmente estabelecidas, sobretudo a de tutela dos direitos fundamentais.²¹⁵

Tendo em vista que esse poder também desempenha funções de controle dos atos dos demais poderes públicos, sua independência também estaria ligada ao melhor desenvolvimento do jogo democrático.²¹⁶

²¹⁴ GOMES, Luiz Flávio. *A questão do controle externo do poder judiciário: natureza e limites da independência judicial no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 17.

²¹⁵ GOMES, Luiz Flávio. *A questão do controle externo do poder judiciário*, p. 126.

²¹⁶ GOMES, Luiz Flávio. *A questão do controle externo do poder judiciário*, p. 83.

Uma concepção mais moderna de independência judicial não tende a ficar adstrita somente à pessoa do juiz, mas sim abarcar o Poder Judiciário como um todo.²¹⁷ Assim, para além da independência pessoal, é possível citar a substantiva, a interna e a coletiva.²¹⁸

A independência pessoal seria aquela que garante aos juízes a manutenção das prerrogativas necessárias para o desenvolvimento de seu ofício, como a remuneração, transferências, o plano de carreira e a aposentadoria. Necessário, pois, que essas previsões sejam mais perenes e imunes a interferências dos demais poderes.²¹⁹ No Brasil, trata-se de previsão expressa da Constituição, a qual prevê tais garantias em seu art. 95.²²⁰

A independência substantiva seria aquela ligada aos poderes decisórios do juiz. Através dela deve-se garantir a liberdade para a formação de seu pensamento e, por conseguinte, de suas decisões, as quais devem estar somente sujeitas à lei. Dessa forma, seria possível alcançar certa neutralidade e imparcialidade nas atividades judiciais.²²¹ O ordenamento jurídico nacional por mais que também garanta tal mandamento²²² exige, ao mesmo tempo, que as decisões sejam devidamente motivadas (art. 93, IX, Constituição Federal).²²³

Em uma perspectiva mais ampla, tem-se a necessidade de uma independência interna, a qual seria a liberdade de atuação dos juízes sem que haja grandes ingerências das instâncias superiores em suas atividades.²²⁴ Esse tipo de

²¹⁷ SHETREET, Shimon. Judicial Independence: new conceptual dimensions and contemporary challenges. In: SHETREET, Shimon; DESCHÊNES, Jules. *Judicial Independence: the contemporary debate*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1985. p. 590-658, p.590 e 598.

²¹⁸ SHETREET, Shimon. Judicial Independence, p. 595.

²¹⁹ SHETREET, Shimon. Judicial Independence, p. 623.

²²⁰ Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

²²¹ SHETREET, Shimon. Judicial Independence, p. 630.

²²² Art. 131 do Código de Processo Civil: O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

²²³ Art. 93. (...)

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;)

²²⁴ SHETREET, Shimon. Judicial Independence, p. 637.

independência já foi debatido no capítulo anterior, sobretudo levando-se em consideração a presença das súmulas vinculantes.

Por fim, seria importante resguardar, também, a independência coletiva do Poder Judiciário como um todo, sendo uma proteção contra a ingerência direta dos demais poderes, com base no princípio da separação dos poderes.²²⁵ É sob este aspecto que o controle desse poder fica mais difícil, principalmente quando se trata de delimitar as fronteiras entre uma independência e a ausência de qualquer controle.

Nesse sentido, não deve a independência pessoal do juiz ser vista como uma forma de privilégio pessoal, pois, na verdade, trata-se de mecanismo necessário para manutenção do Estado de Direito, protegendo os magistrados de eventuais pressões que possam vir a sofrer de fora da instituição ou dentro dela.

Diante dessas previsões para otimização do desempenho do Poder Judiciário pela sua independência, há quem defenda que os controles mínimos previstos na legislação já seriam suficientes, por mais que ainda pudessem ser um pouco mais democratizados, uma vez que eles teriam seus poderes de atuação limitados pela legislação, que é criada por outro poder.²²⁶

Não obstante essa perspectiva, a qual privilegia a ausência de demais ingerências de outros poderes – ou mesmo da população – no Poder Judiciário, construiu-se a possibilidade de legitimação democrática desse poder. Tal concepção deriva da ideia de presença de uma “legitimidade legal” criada pelo Poder Constituinte, a qual seria distinta da legitimidade representativa. Ela nada mais seria a vinculação do juiz à lei e à Constituição, que são elaboradas pelo povo, por meio de seus representantes.²²⁷

Na visão de Robert Alexy, o Poder Judiciário seria detentor de uma “representação argumentativa”, a qual figura ao lado da representatividade do Poder Legislativo, legitimada pelas eleições, no Estado Democrático de Direito. O povo, então, também estaria sendo representado pelos juízes quando eles realizam suas decisões, ao reconhecer a validade e correção dos argumentos utilizados. Para tanto, necessário que argumentos sólidos ou corretos sejam criados para o caso e que também haja pessoas racionais, as quais estejam aptas e queiram aceitar esses

²²⁵ SHETREET, Shimon. *Judicial Independence*, p. 643.

²²⁶ GOMES, Luiz Flávio. *A questão do controle externo do poder judiciário*, p. 33 e 120.

²²⁷ GOMES, Luiz Flávio. *A questão do controle externo do poder judiciário*, p. 27.

argumentos como satisfatório.²²⁸ Segundo o jurista, seria essa a única forma de conciliar o controle de constitucionalidade com a democracia.²²⁹

Tratam-se essas de visões que garantem uma supremacia ao Poder Judiciário, tido como defensor por excelência dos preceitos constitucionais e detentor da última palavra no tocante ao seu sentido e alcance.²³⁰ E mais, afirma-se ser essa uma resposta para o fim do dogma do legislador naturalmente justo e atento aos interesses gerais.²³¹ Contudo, o que se fazer contra esse dogma do juiz independente?

Evidente, pois, que essa perspectiva não é de todo compatível com o princípio constitucional da soberania popular, aqui já citado. Em certa medida os juízes devem sim ser influenciados pelos outros poderes e pelo povo para a aplicação democrática da lei. A autoridade judicial para cumprir a Constituição, como qualquer outra autoridade do governo, dependeria da confiança dos cidadãos.²³²

A influência popular, assim, “dá-se pela discussão da interpretação das leis e da Constituição feita pela esfera pública, pela sociedade civil e pelos membros do Executivo e Legislativo, podendo pela força do melhor argumento o magistrado alterar sua interpretação”.²³³

Em uma primeira análise seria possível ressaltar que haveria um conflito em demandar uma postura socialmente responsiva de um poder que deve resguardar independência, devido, essencialmente, ao fato dele ser aquele que desempenha em grande parte o controle da *accountability* dos demais poderes.²³⁴

No entanto, observa-se que os agentes que devem desempenhar tais funções não são eleitos nem imunes a quaisquer interferências, bem como podem vir a “atuar de maneira ineficiente e com abuso de autoridade, além de usurpar competências de outros agentes estatais”.²³⁵

²²⁸ ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. In: *Oxford University Press and New York University School of Law*, vol. 3, n. 4, p. 272 – 281, 2005, p. 280.

²²⁹ ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation, p. 278.

²³⁰ GOMES, Luiz Flávio. *A questão do controle externo do poder judiciário*, p. 115.

²³¹ GOMES, Luiz Flávio. *A questão do controle externo do poder judiciário*, p. 117.

²³² POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B.. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1168&context=fss_papers>. Acesso em 19 maio 2014, p. 374.

²³³ ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Conselho Nacional de Justiça: Estado democrático de direito e accountability*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 134.

²³⁴ ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Conselho Nacional de Justiça*, p. 130.

²³⁵ ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Conselho Nacional de Justiça*, p. 131.

Destarte, independente de haver um conflito entre a independência judicial e a *accountability* de juízes, esta ainda deve ser buscada como forma de observância do princípio constitucional democrático. É dizer, deve-se sim haver certa forma de pressão do povo no Poder Judiciário para que ele seja responsivo com suas atuações, uma vez que também se trata de um órgão público, causador de grande impacto social.²³⁶

Há uma tendência em se acreditar que a população tenderia atualmente a confiar mais no Poder Judiciário do que nos demais poderes para a resolução de conflitos sociais, seja porque esses poderes não foram capazes de oferecer resposta satisfativa ou se recusam a oferecê-la, conferindo-lhe, assim, importante papel dentre as instituições estatais.²³⁷

Isso aconteceria, ademais, mesmo nos casos em que as pessoas concordam com a importância da manutenção da democracia, não sendo essa crença suficiente, no entanto, para que elas deixem de ser descrentes com relação a seu sistema representativo, afastando-as dos Poderes Executivo e Legislativo.²³⁸

Ciente dessa importante atuação desempenhada na sociedade, o Poder Judiciário, assim como os demais, não pode operar sem ser responsivo a ela. Trata-se de se observar *accountability* também no meio judicial, uma vez que a performance dos tribunais só será bem vista pela população, caso o processo de resolução de disputas também seja justo e eficiente.²³⁹

Não se trata de negar por completo o papel contramajoritário desempenhado pelos tribunais, mas sim de reconhecer que o Poder Judiciário deve se aproximar da população, sendo responsivo pelos seus atos, e não necessariamente como um objeto maleável pela opinião pública.

Accountability pode ser definida como a “necessidade de uma pessoa física ou jurídica que recebeu uma atribuição ou delegação de poderes prestar informações e justificações sobre suas ações e seus resultados, podendo ser sancionada política e/ou juridicamente pelas suas atividades”.²⁴⁰

Pressupõe-se, assim, a presença de um mandante, que normalmente é o povo, e um agente, o qual deve atuar de forma responsiva para com este mandante,

²³⁶ SHETREET, Shimon. *Judicial Independence*, p. 657.

²³⁷ SHETREET, Shimon. *Judicial Independence*, p. 594 e 658.

²³⁸ ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Conselho Nacional de Justiça*, p. 115.

²³⁹ SHETREET, Shimon. *Judicial Independence*, p. 654 e 656.

²⁴⁰ ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Conselho Nacional de Justiça*, p. 30.

podendo sofrer algum tipo de coação caso assim não faça. O mecanismo da sanção é algo importante, pois evita que os agentes busquem somente seu interesse particular, moldando suas atuações.²⁴¹

De uma maneira geral, a *accountability* pode ser classificada como vertical ou horizontal. A *accountability* horizontal é aquela em que os agentes estatais, de maneira direta ou indireta, limitam-se mutuamente, em prol de um governo responsável e equilibrado. Há, assim, a necessidade de uma cooperação entre os poderes e órgãos estatais para o exercício de suas funções, buscando coibir a presença de um poder sem controle.²⁴²

Por sua vez, a *accountability* vertical seria aquela desempenhada pelos cidadãos com relação aos agentes estatais eleitos ou não. Ela pode ser expressa através das sanções que a população realiza com relação a seus representantes no momento da eleição (*accountability* eleitoral), ou pela sociedade civil e imprensa através da formação da opinião pública – requerendo informações e justificativas dos atos dos agentes estatais (*accountability* social).²⁴³

Neste âmbito é possível reconhecer, ainda, de forma mais específica, uma *accountability* judicial, a qual poderia estar relacionada ao recebimento de informações e justificações sobre o comportamento dos magistrados, ou mesmo sobre o cumprimento da lei, sob pena de sofrer sanções.²⁴⁴

A Constituição atual já prevê diversas possibilidades de *accountability*, sobretudo horizontal, podendo-se destacar a prerrogativa do Senado Federal em processar e julgar crimes de responsabilidade do Presidente da República e Vice-Presidente (art. 52, I); bem como, a competência do Presidente da República para vetar projetos de lei (art. 84, V). Ambos os poderes, ainda, tiveram sua *accountability* institucional aumentada diante do STF com a ampliação do rol de legitimados ativos para a propositura de controle de constitucionalidade concentrado.

No tocante ao Poder Judiciário, tem-se que a grande previsão de *accountability* surgiu com a Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual previu a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão capaz de garantir maior

²⁴¹ ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Conselho Nacional de Justiça*, p. 101 e 105.

²⁴² ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Conselho Nacional de Justiça*, p. 119 e 120.

²⁴³ ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Conselho Nacional de Justiça*, p. 30 e 122.

²⁴⁴ ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Conselho Nacional de Justiça*, p. 31. Infelizmente no Brasil essas sanções, por mais que previstas no Estatuto da Magistratura, podendo ser efetivadas pelo Conselho Nacional de Justiça, como será visto adiante, não oferecem ainda grandes repercussões na prática, enfraquecendo, de certa forma, esse tipo de *accountability*.

controle aos quadros jurídicos, disposto no art. 103-B da Constituição. O CNJ pode, dentre outras atribuições, exigir informações e justificações de magistrados e demais servidores e sancioná-los; bem como, receber denúncias de ilícitos disciplinares de agentes judiciais e apresentar relatórios sobre situações jurídicas, mantendo, ainda, uma ouvidoria de justiça.²⁴⁵

Não obstante sua previsão, há de se ressaltar que a maioria dos seus membros faz parte da magistratura, bem como seu presidente é o mesmo do STF, o que demonstra que por mais que a *accountability* interna do Poder Judiciário possa ter sido aprimorada, a externa, interligada com os demais poderes e sociedade, ainda continua fraca.

Diante das considerações realizadas possível observar que o Poder Judiciário brasileiro possui grande independência judicial, mas déficits de *accountability*.²⁴⁶ Há de se considerar, pois, que as mudanças sugeridas na PEC 33 podem auxiliar no desempenho da *accountability* no Estado brasileiro.

De um lado, a tentativa de reforçar o quórum para aprovação de súmulas vinculantes, somada às possíveis restrições para realização do controle de constitucionalidade de emendas, tende a aumentar o diálogo entre os Poderes Legislativo e Judiciário. Trata-se, portanto, de uma forma viável de *accountability* horizontal visando diminuir a atuação exacerbada do STF, os quais não são condizentes a um equilíbrio institucional.

De outro, a previsão de uma consulta popular, mesmo que de modo excepcional, para tratar de questões constitucionais, aumenta a *accountability* vertical, pois proporciona o debate democrático e o controle direto dos agentes do Estado pela população.

Verifica-se, pois, que essa PEC, de um modo geral, tende a proporcionar maiores vantagens ao quadro de delimitação dos poderes, trazendo consigo uma maior participação da população e uma melhor divisão de funções entre os poderes do Estado, de forma a garantir um melhor controle entre eles e da sociedade sob eles.

²⁴⁵ ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Conselho Nacional de Justiça*, p. 268.

²⁴⁶ ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Conselho Nacional de Justiça*, p. 213.

Estaria, assim, observando a “necessidade de o Judiciário e o Legislativo, além do Executivo, serem poderes fortes que interajam na construção de políticas públicas e nas tomadas de grandes decisões nacionais”.²⁴⁷

Não obstante as tentativas de se procurar manter certa independência entre direito e política, fato é que para alguns casos essa separação se demonstra quase impossível, de forma que em um constitucionalismo democrático²⁴⁸ o papel dos agentes representativos e dos cidadãos em aplicar a Constituição deve cooperar com aquele desempenhado pelos tribunais.²⁴⁹

Sob essa perspectiva pressupõe-se que, muitas vezes, os conflitos para o reconhecimento e aplicação de direitos seriam inevitáveis, aparecendo sobre forma de diálogo entre esses agentes. Nesse âmbito é que surge a ideia de *backlash*, como uma atuação da população no sentido de contestar as decisões dos tribunais, influenciando no conteúdo do Direito Constitucional.²⁵⁰ Trata-se de uma reação popular contrária às decisões judiciais.

A noção de *backlash* desafia a autoridade dos tribunais para serem os únicos legítimos a decidirem a “correta” interpretação da Constituição, bem como afasta a presunção de que todos devem receber importantes decisões judiciais sem maiores críticas e debates. Logo, ela possibilitaria uma verdadeira comunicação entre o Poder Judiciário e o público, prevenindo a alienação da população para com assuntos que os influenciam diretamente, tornando-os politicamente ativos.²⁵¹

Essa ideia pode trazer reações contrárias pelo fato de ameaçar a independência do direito, atingindo seu objetivo de trazer respostas finais aos conflitos.²⁵² Porém, é necessário ter em mente que nem todos os conflitos possuem respostas definitivas e prontas, sobretudo quando se relacionam com direitos fundamentais.

Como a prática de utilização da Constituição pelos tribunais só será democrática se conseguir ser responsiva também à população,²⁵³ verifica-se que PEC 33 seria capaz de possibilitar essa atuação, possibilitando a realização de

²⁴⁷ ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Conselho Nacional de Justiça*, p. 122.

²⁴⁸ Tradução livre do termo “Democratic constitutionalism” utilizado por Robert C. Post e Reva B. Siegel em seu artigo “*Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*”.

²⁴⁹ POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B.. *Roe Rage*, p. 379 e 384.

²⁵⁰ POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B.. *Roe Rage*, p. 383.

²⁵¹ POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B.. *Roe Rage*, p. 380 e 390.

²⁵² POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B.. *Roe Rage*, p.376.

²⁵³ POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B.. *Roe Rage*, p. 383.

backlash pela população, seja na forma direta pela consulta popular, seja pelos debates políticos a serem travados pelo Congresso Nacional.

Não se trata, pois, de querer se retirar por completo a autoridade do Poder Judiciário para decidir sobre questões constitucionais, mas sim reconhecer a necessidade de outros agentes atuarem também nessa seara tão rica de interpretações que é a do Direito Constitucional. Não se pode crer que todos os conflitos político-morais da sociedade irão desaparecer só porque um tribunal decidiu se impor sob a questão polêmica elegendo um dos argumentos possíveis.²⁵⁴

3.2. OS REFLEXOS PARA UM CONSTITUCIONALISMO POPULAR

Os argumentos desenvolvidos até então aqui são capazes de demonstrar que a discussão envolvendo a PEC 33 supera a mera análise sobre a separação de poderes, abarcando questões relacionadas à forma como a sociedade deseja apreender a Constituição e como ela enxerga sua participação no governo.

É com esse ímpeto de se democratizar a interpretação da Constituição que autores como Mark Tushnet e Larry Kramer vão apoiar o surgimento de um constitucionalismo popular, contrário à supremacia desmedida do Poder Judiciário ao extrapolar frequentemente suas competências.²⁵⁵

O constitucionalismo popular pretende levar à população o direito constitucional, afastando-o do monopólio dos tribunais, defendendo que a população deve participar da formação desse direito de forma mais direta e aberta.²⁵⁶

Não significa afirmar que todos os julgamentos devem ser revistos, mas que grandes desacordos quanto ao significado de dispositivos constitucionais principiológicos, sobretudo os que versam sobre direitos fundamentais, deveriam ser conduzidos principalmente pelas vias políticas de discussão, através do povo.²⁵⁷

O estudo da dinâmica entre política e direito já foi por muitos abordado, como aqui demonstrado, seja para defender uma separação estanque entre as duas

²⁵⁴ POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B.. *Roe Rage*, p. 385.

²⁵⁵ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus diálogos constitucionais*, p. 190.

²⁵⁶ TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. New Jersey: Princeton University Press, 1999 (Kindle Edition), Posição 2753, 2770 e 2868.

²⁵⁷ TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*, Posição 226.

categorias, seja para afirmar que são indissociáveis. Fato é que, de uma maneira negativa, tentar separá-los por completo tende a alocá-los em domínios diferentes: um em que a população comanda, outro em que somente uma elite de juristas possui vez.²⁵⁸

Nesse sentido é que se apercebe, segundo Larry Kramer, uma tendência de reconhecer a Constituição apenas como mais uma lei, o que, por conseguinte, contribui para que os tribunais isolem ou eliminem os canais de participação popular nessa seara. É possível que esse reconhecimento equivocado não seja unânime, mas não se pode negar a atual inclinação do Poder Judiciário de se assenhorar da aplicação e da concretização da Constituição.²⁵⁹

Os juízes, ao serem chamados cada vez mais para decidir disputas entre a sociedade civil e agentes estatais eleitos, passam a apreender essa atuação política como parte da prestação jurisdicional.²⁶⁰ Por um lado, não se nega que tal atuação pode vir a ser necessária frente a casos de fragmentação do poder político, quando decisões importantes não conseguem ser tomadas pelos agentes políticos, seja porque não se consegue uma maioria institucional para tanto; ou mesmo, por ser uma decisão polêmica, não querendo eles terem que arcar com as consequências pela *accountability* vertical.²⁶¹ Mas, em contrapartida, atitudes exacerbadas nesse sentido tendem a afastar a população do debate político, como se não fosse uma prerrogativa sua lidar também com essas questões.

O constitucionalismo popular, nesse âmbito, busca diminuir com esses efeitos negativos, não negando a prerrogativa do Poder Judiciário de realizar o controle de constitucionalidade, mas sim afirmando que em certos casos não é ele quem deve ter a última palavra sobre a matéria,²⁶² mesmo porque, a interpretação das cortes superiores pode também estar errada – assim como, pode não refletir um debate substancial sobre os valores constitucionais, e sim doutrinas interpretativas utilizadas para se chegar a um resultado.²⁶³

Na perspectiva de Mark Tushnet, seria necessário, assim, acabar com a supremacia judicial, pois ela afasta possíveis debates da sociedade; acostuma mal o

²⁵⁸ KRAMER, Larry. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 7.

²⁵⁹ KRAMER, Larry. *The People Themselves*, p. 6.

²⁶⁰ ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Conselho Nacional de Justiça*, p. 220.

²⁶¹ ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Conselho Nacional de Justiça*, p. 219.

²⁶² KRAMER, Larry. *The People Themselves*, p. 208.

²⁶³ TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*, Posição 837 e 891.

Legislativo e a população, os quais ficam dependentes dos tribunais para sempre os corrigirem, caso seja necessário; e leva a acreditar que a interpretação da corte superior é a única.²⁶⁴

Uma definição de supremacia judicial está ligada a situações em que as cortes decidem importantes questões sobre o sistema político, sendo que essas decisões são tratadas como absolutamente vinculante pelos demais atores políticos, não possibilitando que outras decisões sobre um mesmo tema sejam realizadas por eles.²⁶⁵

Larry Kramer também defende o fim dessa supremacia e, para tanto, vai afirmar que é possível realizar o *judicial review* sem que os tribunais declarem serem os exclusivos responsáveis pela interpretação da Constituição, como se deu nos primórdios desse instituto nos EUA – em que os tribunais foram envolvidos pela interpretação da Constituição não porque eram os únicos especialmente designados para tanto, mas sim porque eram obrigados a respeitá-la como qualquer outra instituição.²⁶⁶

Para o jurista, a supremacia judicial seria fruto de uma ideia moderna antipopular, a qual presume que a população comum é ignorante, capaz de defender opiniões perigosas e arbitrárias, em contraste com a pensante e informada elite judicial. O Poder Judiciário trabalharia, assim, para defender a população dela mesma.²⁶⁷

O pensamento desses autores tende a se diferenciar sensivelmente no tocante a promoção por Tushnet do fim de qualquer controle de constitucionalidade. Para este autor, a presença do *judicial review* pouco altera as práticas sociais, pois, por mais que possa haver uma vitória no tribunal, nem sempre elas expressam vitórias político-ideológicas, forjando uma falsa impressão de “dever cumprido”. Ademais, não seria interessante nem sua manutenção para controle do jogo democrático, visto que poderia continuar possibilitando grande abertura para a atuação judicial, para casos que, segundo ele, conseguiriam ser resolvidos na arena política.²⁶⁸

²⁶⁴ TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*, Posição 845-974.

²⁶⁵ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. In: *The Yale Law Journal*, pp. 1346 – 1406. Disponível em: <<http://philosophyfaculty.ucsd.edu/FACULTY/RARNESON/Courses/Waldroncore.pdf>>. Acesso em: 04 maio 2014, p. 1354.

²⁶⁶ KRAMER, Larry. *The People Themselves*, p. 98/99.

²⁶⁷ KRAMER, Larry. *The People Themselves*, p. 98 e 241-243.

²⁶⁸ TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*, Posição 2020 e 2354-2373.

Trata-se de uma perspectiva mais radical, a qual, em contrapartida, dedica grandes forças aos poderes representativos, expressando forte idealismo na capacidade das decisões políticas. Mais importante do que apreender o fim de um controle de constitucionalidade, por enquanto, é, na verdade, ditar o legítimo papel do Poder Judiciário.

Segundo Kramer, para tanto, haveria a necessidade, não de por fim ao *judicial review*, mas de insistir que o Poder Judiciário é um servidor da sociedade e não seu mestre, no sentido de que, por mais que seu trabalho deva ser sim tomado com seriedade, deve-se levar em consideração, igualmente, os entendimentos que a sociedade possui sobre a Constituição.²⁶⁹

É sob esta dimensão que Jeremy Waldron irá desenvolver seus argumentos contra o *judicial review*. Para o jurista, essa não seria uma prática propriamente democrática, a qual apresenta problemas, pois não possibilita formas da sociedade focar nos reais problemas que envolvem uma discussão sobre direitos; bem como, é politicamente ilegítima, haja vista que privilegia a decisão de uma maioria não-eleita e não detentora de *accountability*. Os tribunais tendem a se preocupar mais com legitimar suas decisões do que propriamente discutir seu mérito.²⁷⁰ Contudo, para que se diminua a sua incidência, necessário, segundo o autor, que algumas condições institucionais e políticas estejam presentes.²⁷¹

Esses pressupostos seriam a presença (i) de instituições democráticas em bom funcionamento, incluindo um sistema representativo eleito com base no sufrágio universal; (ii) de um conjunto de instituições judiciais também em bom funcionamento, respeitando o Estado de Direito; (iii) do comprometimento da maioria da população com relação a ideia de direitos individuais e de direitos das minorias e (iv) de persistentes e substanciais desentendimentos sobre direitos, dentre aqueles que são com eles comprometidos – todos os reconhecem, por mais que possam ter visões diferentes do que eles possam significar.²⁷²

Assim, o que se busca é que a sociedade reconheça direitos e liberdades, os quais não devem ser negados simplesmente porque seria mais conveniente para

²⁶⁹ KRAMER, Larry. *The People Themselves*, p. 247.

²⁷⁰ WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*, p. 1383.

²⁷¹ WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*, p. 1353.

²⁷² WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*, p. 1360.

alguns negá-los. Da mesma forma, deve-se acreditar que as minorias também merecem um certo grau de suporte e reconhecimento.²⁷³

O que Waldron vai defender, assim como os demais autores, é que decisões sobre direitos devem ser realizadas nas vias políticas, ou seja, pelo Legislativo, pois ele seria o poder capaz de trazer a melhor resposta possível para tais problemas, por possuir essência representativa e, por conseguinte, com maior *accountability* - por mais que se reconheça que ele não está imune a possíveis falhas.²⁷⁴

Essa seria a forma de se garantir o verdadeiro debate sobre as questões constitucionais, não havendo o que se falar sobre uma possível “tirania da maioria”, uma vez que isso só aconteceria se a minoria decisional no Congresso se confundisse com uma minoria social, o que não estaria previsto na realidade, segundo seu argumento, pois se pressupõe que a sociedade em geral leve em consideração esses direitos.²⁷⁵

Ao final, sempre se teria uma minoria, pois um lado vai ganhar e outro perder. Importante, então, seria conseguir distinguir os meros perdedores daquelas minorias que perdem porque não conseguem se proteger na arena política – casos esses que não aconteceriam caso a sociedade esteja comprometida como um todo quanto a importância dos direitos de todos.²⁷⁶ Ou seja, conclui-se que seria possível, e legítimo, afastar a apreensão do controle de constitucionalidade forte que está presente na sociedade, em prol de uma maior participação social, sem que haja violação de direitos.

A importância do constitucionalismo popular, pois, pode ser resumida na sua capacidade de criar um senso de responsabilidade na população em se preocupar com os assuntos de Estado, sobretudo os constitucionais. Procura-se distribuir a responsabilidade sobre essas questões para toda a sociedade, tornando-a mais participativa, agarrando-se na premissa de que a Constituição pertence a todos.²⁷⁷

Historicamente, a participação popular brasileira e a construção de uma sociedade civil atuante tem sido frágeis em razão, principalmente, dos períodos de populismo e autoritarismo no governo. Nesse sentido, apenas as eleições tem configurado forma dessa participação, sendo muitas vezes insuficiente diante da

²⁷³ WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*, p. 1364.

²⁷⁴ WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*, p. 1387-1393.

²⁷⁵ WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*, p. 1398.

²⁷⁶ TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*, Posição 2354.

²⁷⁷ TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*, Posição 2595 e 2670.

crise de representação já suscitada. Assim, somente abrindo canais para a população é que se conseguirá concretizar uma visão mais ampla de *accountability* – que não só a vertical eleitoral - e de democracia.²⁷⁸

E nesse caso brasileiro, a PEC 33 pode ser vista como uma tentativa de ampliar e discutir essas ideias em solo nacional. Em nenhum momento se evidenciam propostas extremas com o intuito de abolir o controle de constitucionalidade judicial, mas, em contrapartida, permite-se que certas questões sejam devolvidas para o debate político, seja na seara legislativa, seja em meio a consulta popular.

Uma sociedade consciente sobre seus direitos trazidos pela Constituição é capaz de exigir de seus representantes que tenham a mesma consciência e preocupação com eles.²⁷⁹ Isso nada mais é do que retomar a soberania popular também no tocante à interpretação da Constituição.

²⁷⁸ ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Conselho Nacional de Justiça*, p. 184.

²⁷⁹ KRAMER, Larry. *The People Themselves*, p. 252; TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*, Posição 976.

CONCLUSÃO

O atual quadro do Estado brasileiro demonstra um verdadeiro desequilíbrio entre os poderes e o afastamento da população quanto à interpretação e efetivação de sua Constituição. E foi sobre essa premissa que o presente trabalho procurou analisar a busca por mudanças institucionais à luz da Proposta de Emenda Constitucional nº 33.

Observou-se que o constitucionalismo e a democracia encontram-se frequentemente em atrito, mas, ao mesmo tempo, são mutuamente dependentes, sendo, portanto, seu equilíbrio essencial para a manutenção do Estado de Direito. No entanto, essa máxima atualmente tende a não ser concretizada, com a frequente exacerbação de competências realizada pelo Poder Judiciário.

Trata-se, principalmente, de casos de politização da Justiça, com a supervalorização do papel da jurisdição constitucional, em todas as instâncias do Estado, não somente jurídica. Tem-se, assim, a necessidade de reconhecer o Poder Judiciário como um importante ator político, o qual, muitas vezes, atua sobre questões que deveriam ser relegadas para os representantes políticos.

Pensar sobre essa ingerência do Judiciário gera a necessidade de repensar a posição da soberania popular no sistema jurídico-político brasileiro – sendo que a PEC 33 é capaz de suscitar tais indagações. Em um primeiro momento, através do retorno ao Poder Legislativo das suas funções originárias de garantir força vinculante a dispositivos normativos gerais e de alterar o texto constitucional.

Indo adiante, por meio da inserção da população no processo constitucional, através da necessidade de sua manifestação para a resolução de controvérsia entre o Poderes Judiciário e o Legislativo consistente ao controle de constitucionalidade de emendas à Constituição.

Dessa forma, restaurar o papel competente à participação popular e sua representação no Estado é uma das melhores maneiras possíveis de se concretizar a *accountability* no Poder Judiciário, propondo-lhe certos limites, sem que eles venham a interferir na sua independência, necessária a manutenção do Estado constitucional.

Está-se, então, a propor que a soberania popular também esteja presente na prática interpretativa da Constituição e demais atuações que demandam reinterpretação do direito constitucional.

Buscou-se com essa pesquisa, em geral, estudar as possibilidades de limitação do Poder Judiciário, tendo-se como base de análise a Proposta de Emenda Constitucional nº 33. Ao final, torna-se necessário ressaltar que, independentemente do reconhecimento da importância desse poder, ele também deve atuar de forma mais harmônica com os demais poderes e com a sociedade no geral.

Indubitável que o Poder Judiciário desempenha importante função na garantia e proteção dos direitos fundamentais e na efetivação da força normativa constitucional. Contudo, em contrapartida, restou evidente a necessidade de mitigar o excesso de judicialismo no direito constitucional, o qual não pode mais ver suas principais questões serem decididas ao largo da participação popular.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. In: *Oxford University Press and New York University School of Law*, vol. 3, n. 4, p. 272 – 281, 2005.

AZEVEDO, Marco Antonio Duarte. *Súmula vinculante: o precedente como fonte do direito*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2009.

BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*. Tradução de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Madrid: Editorial Civitas, 1985.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro, Zahar, 2001.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

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

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil* (1937). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 22 maio 2014.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm> Acesso em: 23 maio 2014.

_____. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 03 ago 2014.

_____. *Lei nº 9.708, de 18 de novembro de 1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9708.htm>. Acesso em: 04 abr 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Deputado do PSDB pede que Supremo declare perda do mandato de Natan Donadon*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=246979&caixaBusca=N>>. Acesso em: 03 ago 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Direto do Plenário: STF retoma debate sobre perda de mandato de condenados na AP 470*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=226095&caixaBusca=N>>. Acesso em: 03 ago 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 5*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1199>>. Acesso em: 03 ago 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 10*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1216>>. Acesso em: 04 abr 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 13*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1227>>. Acesso em: 04 abr 2014.

CÂMERA DOS DEPUTADOS. *Alves pede estudo antes de criar comissão da PEC sobre decisões do STF*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/441075-ALVES-PEDE-ESTUDO-ANTES-DE-CRIAR-COMISSAO-DA-PEC-SOBRE-DECIISOES-DO-STF.html>>. Acesso em: 03 ago 2014.

CÂMERA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei e Outras Proposições: PEC 33/2011*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>>. Acesso em: 08 jul 2014.

CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/chicocampos.html>>. Acesso em: 22 maio 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Jurisdição Constitucional e Intranquilidade Discursiva. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 871-887.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G.. Constitucionalismo e Democracia – soberania e poder constituinte. In: *Revista Direito GV*, São Paulo, p. 159-174, jan-jun 2010.

DWORKIN, R. M.. *Justice in Robes*. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*. Massachusetts: Harvard University Press, 1980.

FERNANDES, Pádua. Sessenta anos após 1937: Francisco Campos, o Estado Novo e o pensamento jurídico autoritário. In: *Prisma Jurídico*, n. 06, 2007, p. 351-370. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/934/93400621.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2014.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1985.

GOMES, Luiz Flávio. *A questão do controle externo do poder judiciário: natureza e limites da independência judicial no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Farbis Editor, 2002.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY John. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Univeridade de Brasília, 1984.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. In: _____. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 123-146.

KRAMER, Larry. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. New York: Oxford University Press, 2004.

LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula Vinculante*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.

NINO, Carlos Santiago. *Derecho, Moral y Política: una revisión de la teoría general del Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.

PALMA, Juliana Bonacorsi de; FEFERBAUM, Marina. *STF disciplinando o número de vereadores*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-out-08/stf-papel-disciplinador-numero-vereadores>>. Acesso em: 13 ago 2014.

POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B.. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1168&context=fss_papers>. Acesso em: 19 maio 2014.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Conselho Nacional de Justiça: Estado democrático de direito e accountability*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. O Referendo como Fase Legislativa das Emendas Constitucionais. In: *A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 55-77, jan-mar 2004.

SENADO FEDERAL. Anais da Assembleia Nacional Constituinte 1987/1988. *Anteprojeto Afonso Arinos*. Disponível em: < <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>>. Acesso em: 04 abr 2014.

SHETREET, Shimon. Judicial Independence: new conceptual dimensions and contemporary challenges. In: SHETREET, Shimon; DESCHÊNES, Jules. *Judicial Independence: the contemporary debate*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1985. p. 590-658.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte burguesa: que é o Terceiro Estado?*. Tradução de Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

SOARES, Marcos Antônio Striquer. *O plebiscito, o referendo e o exercício do poder*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998, p. 13-14.

STRECK, Lênio Luiz. *Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SUNSTEIN, Cass R.. *Radicals in Robes: why extreme right-wing courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. In: *Revista Direito GV*, São Paulo, p. 37-57, jan-jun 2012.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. New Jersey: Princeton University Press, 1999 (Kindle Edition).

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: *Revista Direito GV*, São Paulo, p. 441-463, jul – dez 2008.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. In: *The Yale Law Journal*, pp. 1346 – 1406. Disponível em: <<http://philosophyfaculty.ucsd.edu/FACULTY/RARNESON/Courses/Waldroncore.pdf>>. Acesso em: 04 maio 2014.