

# A DUALIDADE ENTRE O JURÍDICO E O POLÍTICO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

## THE DUALITY BETWEEN LEGAL AND POLITICAL IN THE CONSTITUTIONAL JURISDICTION

Thiago Coelho Sacchetto\*

### RESUMO

De forma concreta, o artigo aborda o princípio da separação dos poderes e os limites jurídicos estabelecidos pela Constituição de 1988 à atuação do poder Legislativo e do Supremo Tribunal Federal. Após discorrer sobre o contexto político brasileiro, atualmente marcado pelo ativismo judicial e pela crise da representação democrática, examina o programa normativo da proposta de emenda constitucional n. 33/11 de forma a evidenciar que o juízo de constitucionalidade desta proposição envolve problemas interpretativos diretamente relacionados a conflitos institucionais entre o Legislativo e o Judiciário. Mais do que simples divergências hermenêuticas sobre a melhor interpretação da Constituição, a contenda sobre a constitucionalidade da PEC n. 33/11 materializa uma disputa política, em progresso, entre poderes constituídos. Ao final, conclui-se que argumentos de política e argumentos jurídicos não devem ser confundidos na prática jurisdicional da suprema corte.

**Palavras-chave:** Direito e política; Ativismo judicial; Conflitos entre poderes constituídos; Proposta de emenda constitucional n. 33/11; Jurisdição constitucional.

### ABSTRACT

In a concrete manner, the article discusses the principle of separation of powers and the legal limits established by the 1988 Constitution to the performance of the legislative branch and the Federal Supreme Court. After dissertes about the Brazilian political context, currently marked by judicial activism and the crisis of democratic representation,

---

\* Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Pós-Graduado em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa com período de pesquisa realizado na Università degli Studi di Roma La Sapienza. Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – FDUL. Advogado. E-mail: tcsacchetto@gmail.com. Telefone: (31) 98449-8588.

examines the legislative program of the proposed constitutional amendment n. 33/11 in order to show that the judgment of constitutionality of this proposition involves interpretative problems directly related to institutional conflicts between the legislative and the judiciary. More than just hermeneutic disagreements over the best interpretation of the Constitution, the contention about the constitutionality of the CAP n. 33/11 embodies a political dispute, in progress, between constituted powers. In the end, it is concluded that political arguments and legal arguments should not be confused in the judicial practice of the supreme court.

**Keywords:** Law and politics; Judicial activism; Conflicts between constituted powers; Constitutional amendment proposal n. 33/11; Constitutional jurisdiction.

## INTRODUÇÃO

O fervor com o qual questões jurídico-políticas têm sido tratadas na sociedade brasileira tem acalentado interessantes debates promovidos por juristas, políticos e pela sociedade civil em busca de alternativas normativas capazes de provocar mudanças para o aprimoramento do ordenamento jurídico nacional e da realidade que ele visa regulamentar.

Muitos posicionamentos acerca de questões fundamentais da política e do direito têm sido externados nos meios de comunicação trazendo para o centro das discussões contemporâneas os problemas relacionados aos arranjos institucionais definidos pela Constituição Federal e a forma de contenção e balanço entre os poderes legitimamente constituídos.

Nesse contexto, não raramente surgem controvérsias entre os intérpretes da Constituição sobre qual é o melhor modelo de organização do poder ou qual é a forma mais apropriada de interpretar a Constituição ou *densificar* o conteúdo de alguma de suas normas.

Por meio de uma análise concreta, com esteio na Proposta de Emenda Constitucional n. 33/11 e nos seus objetivos de alterar a dinâmica do controle de constitucionalidade de normas legais, pretende-se evidenciar alguns conflitos que têm envolvido o Legislativo e o Judiciário antes e durante o trâmite dessa proposição de emenda à Constituição.

Após ter sofrido grande pressão política contra a sua aprovação e com o fim da última legislatura, a PEC n. 33/11 foi arquivada<sup>1</sup> em 31/01/15 pacificando-se

---

<sup>1</sup> Cfr. Informação disponível no site da Câmara dos Deputados: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>>. Acesso em: 2 fev. 2015.

momentaneamente<sup>2</sup> parte do conflito institucional que envolve os Poderes Legislativo e Judiciário, no entanto fez renascer a polêmica referente à necessidade, ou não, de conter-se o fenômeno do ativismo judicial.

## **A PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL N. 33/11 NO CONTEXTO DE CONFLITOS INSTITUCIONAIS**

### **Episódios recentes de tensão entre o Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo**

Conforme diversas notícias veiculadas pela imprensa comercial nos últimos anos demonstram, alguns episódios marcantes da vida política e jurídica nacional envolvendo figuras notórias do Legislativo e do Supremo Tribunal Federal têm exasperado a existência de um clima de desconforto institucional que vigora entre os representantes de ambos os poderes na última década.

Embora não seja possível afirmar-se que exista um cenário típico de crise a permear as relações entre esses Poderes constituídos e nem que episódios de agitação institucional entre o Legislativo e o Judiciário sejam acontecimentos constantes, o vínculo entre esses Poderes ficou estremecido nos últimos anos por divergências quanto à aplicação da Constituição e a algumas declarações polêmicas dadas para a imprensa.

Entre elas, podemos citar uma declaração feita em 2008 pelo Presidente do Congresso Nacional à época, por meio da qual o eminente parlamentar manifestou existir um clima de desconforto institucional sentido pelo Poder Legislativo com práticas adotadas por outros Poderes da República que estavam ameaçando a sua função primordial de editar leis<sup>3</sup>.

Alguns anos depois, em abril de 2013, episódio que chamou a atenção da mídia em razão da potencial crise institucional que quase provocou iniciou-se com o ato de deferimento de liminar concedida pelo Ministro Gilmar Mendes nos autos do Mandado de Segurança n. 32033, o qual suspendeu a tramitação do Projeto de Lei n. 4.470/12 cujo objetivo era alterar importantes aspectos da forma da organização partidária nacional.

O projeto era visto como prioritário por vários parlamentares, tendo um número considerável de Deputados e Senadores considerado abusiva e inconstitucional a atuação do Supremo Tribunal Federal. Conjecturou-se à época que a de-

---

<sup>2</sup> O regimento interno da Câmara dos Deputados prevê no seu artigo 105, parágrafo único, a possibilidade de a medida ser desarquivada por requerimento do seu Autor.

<sup>3</sup> Conforme aponta: RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21. O, à época, presidente do Congresso Nacional, Senador Garibaldi Alves Filho, criticava naquela circunstância tanto o ativismo judicial como o excesso de edição de medidas provisórias pelo Poder Executivo.

cisão proferida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal teria nas raízes de sua motivação uma relação direta com a aprovação da constitucionalidade da PEC n. 33/11 pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, razão pela qual vários parlamentares consideraram-na um ato de represália institucional<sup>4</sup>.

Em momento mais recente, declaração dada pelo Ministro aposentado Joaquim Barbosa, afirmando que os partidos políticos do Brasil eram de “mentirinha” e que o Congresso se notabilizaria por sua ineficiência e incapacidade de deliberar<sup>5</sup>, desencadeou uma reação em massa de representantes do Legislativo que criticaram severamente as afirmações feitas pelo, à época, presidente do Supremo Tribunal Federal.

Aceitando-se ou não que alguns desses eventos ilustram a existência de um cenário político que tem sido marcado nos últimos anos por episódios característicos de conflitos institucionais entre o Supremo Tribunal Federal e o poder Legislativo, é insofismável que esse tribunal teve os seus poderes expandidos nas últimas décadas em virtude de reformas legislativas e do proferimento de paradigmáticas decisões.

Entre alguns exemplos de decisões proferidas nas últimas décadas pelo Supremo Tribunal Federal que suscitaram polêmicas relacionadas a conflitos entre poderes, é possível citar os acórdãos proferidos nos Mandados de Segurança ns. 26.602, 26.603 e 26.604 que trataram sobre o tema da fidelidade partidária e da perda do mandato eletivo; a edição da Súmula Vinculante n. 13 que visou regulamentar a vedação ao nepotismo na Administração Pública; ou mesmo alguns dos votos proferidos nos autos da Reclamação n. 4.335, em que a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal ampliar, por conta própria, os seus poderes em detrimento do Senado Federal tem sido suscitada.

38

### **A crise de representação como fator estimulante de uma postura ativista do Supremo Tribunal Federal**

Uma recente pesquisa de opinião efetuada pelo Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística (IBOPE), que procurou medir o índice de confiança social dos brasileiros nas instituições e pessoas, embora não sirva como padrão definitivo para mensurar a credibilidade do Poder Legislativo e dos órgãos a ele

---

<sup>4</sup> O imbróglio gerou muita polêmica e acabou exigindo que os presidentes da Câmara e do Senado Federal se reunissem com o Ministro do Supremo Tribunal Federal a fim de apaziguar os ânimos exaltados de alguns parlamentares.

<sup>5</sup> As declarações efetuadas pelo Ministro foram divulgadas em diversos veículos da mídia impressa e eletrônica, como em notícia publicada pelo jornal *Estado de Minas*, sob o título “Barbosa abre o verbo e classifica Congresso de ‘ineficiente e incapaz de deliberar’”, disponível em: <[http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2013/05/21/interna\\_politica,391309/barbosa-abre-o-verbo-e-classifica-congresso-de-ineficiente-e-incapaz-de-deliberar.shtml](http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2013/05/21/interna_politica,391309/barbosa-abre-o-verbo-e-classifica-congresso-de-ineficiente-e-incapaz-de-deliberar.shtml)>. Acesso em: 2 fev. 2015.

relacionados no esteio da sociedade, foi útil para demonstrar que eles têm um acentuado nível de descrédito.

De acordo com a pesquisa efetuada pelo Ibope de 18 a 21 de julho de 2014, na qual se buscou medir o índice de credibilidade de instituições da sociedade brasileira com base em uma escala numerada de 1 a 100, o Congresso Nacional e os partidos políticos alcançaram respectivamente os índices de 35 e 30 pontos, que, de acordo com a escala centesimal utilizada, aproximam-se do *standard*: “inspiram quase nenhuma confiança”<sup>6</sup>.

Os referidos dados, que ilustram o descrédito dessas instituições de representação política com a sociedade cujos baixos índices de prestígio são uma constante desde 2009, exemplificam o que a doutrina jurídica tem denominado de *crise de representação* ou *crise da democracia indireta*, vivenciada contemporaneamente não apenas no Brasil, como em diversos outros países.

Entre alguns dos fatores assinalados como causas desse panorama de crise democrática, têm-se citado: (i) a falta de fidelidade à ideologia eleitoral, (ii) o jogo de interesses pessoais dos parlamentares; (iii) a predominância dos partidos como instituição imprescindível ao funcionamento das instituições políticas; (iv) a corrupção; (v) a inacessibilidade factual de comunicação com os representantes do legislativo; (vi) a excessiva influência dos setores econômicos na eleição de representantes políticos<sup>7</sup>; entre outros.

Fazendo alusão a esse cenário de descrença da sociedade, que ocorre em diversas democracias representativas do mundo contemporâneo, Paulo Otero cita Bertrand Russell, no seu livro *Caminhos de Liberdade*, afirmando haver contemporaneamente uma “sensação generalizada de que ninguém pode permanecer na política sem recorrer ao engano”<sup>8</sup>, constatação que leva o cidadão singular a um sentimento de incredulidade e impotência face ao sistema representativo.

Nada melhor para ilustrar essa percepção social no atual contexto brasileiro do que os episódios ocorridos em 2013, popularmente conhecidos como a “primavera brasileira”, nos quais milhares de cidadãos foram às ruas para pro-

<sup>6</sup> Por meio da qual é utilizado um critério em que: muita confiança = 100 na escala de 0 a 100; alguma confiança = 66 na escala de 0 a 100; quase nenhuma confiança = 33 na escala de 0 a 100 e nenhuma confiança = 0 na escala de 0 a 100. Dados disponíveis em: <<http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/Ap%C3%B3s-queda-acentuada-em-2013,Indice-de-Confi%C3%A2ncia-Social-se-estabiliza.aspx>>. Acesso em: 2 fev. 2015.

<sup>7</sup> Conforme PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p. 120-127 e BOBBIO, Norberto. *La Crisis de la Democracia y la Lección de los Clásicos*. In: BOBBIO, Norberto; PONTARA, Giuliano e VECA, Salvatore. *Crisis de la democracia*. Tradução de Jordi Mafrà. Barcelona: Editorial Ariel, 1985, p. 14 e s.

<sup>8</sup> *Apud* OTERO, Paulo. *Instituições políticas e constitucionais*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 664, v. I.

testar contra a corrupção das classes políticas, a gestão inadvertida de verbas públicas e a deficiência dos sistemas de saúde e educação e expuseram, de forma veemente, o sentimento de insatisfação social com a atuação da classe política.

De forma a relacionar o ativismo judicial do poder judiciário à ineficiência dos poderes representativos, incapazes de concretizar as normas da Constituição, Elival da Silva Ramos aponta que uma das principais causas do crescimento da postura ativista seria a própria “incapacidade do aparato governamental brasileiro de atender à produção normativa”<sup>9</sup>, razão pela qual os membros do judiciário acabariam se sentindo impulsionados a concretizar a Constituição.

Aceitando-se ou não a existência de um cenário institucional de crise de representação do Poder Legislativo brasileiro, evidenciado com a sensação generalizada de insatisfação popular, é insofismável que, em meio a esse contexto, o Supremo Tribunal Federal tem expandido nas últimas décadas o alcance dos seus poderes, processo que tem ocorrido de forma paulatina e gerou uma contrarreação do Poder Legislativo com a PEC n. 33/11.

### A PEC n. 33/11 como um ato de reação do Poder Legislativo ao ativismo judicial

40

Os primeiros parágrafos que compõem a justificativa da PEC n. 33/11<sup>10</sup> introduzem a existência de um atual cenário de protagonismo alcançado pelo Poder Judiciário no Brasil, especialmente pelos órgãos de cúpula, que resultaria de dois fenômenos distintos: a *judicialização das relações sociais* e o *ativismo judicial*.

Em poucas linhas, conceitua-se a *judicialização das relações sociais* como fenômeno decorrente da adoção de uma Constituição analítica, amplamente regulamentadora, que concentraria no Judiciário a resolução de diversas controvérsias da vida diária, e, por sua vez, define-se o *ativismo judicial* como um modo proativo de interpretar a Constituição que tem sido adotado pelos membros do Poder Judiciário brasileiro com o desiderato de criar normas para a solução de casos concretos, sem que elas tenham passado pelo escrutínio do Legislador<sup>11</sup>.

A PEC n. 33/11 refuta a possibilidade de que eventuais deficiências do Legislativo possam justificar a ocorrência de rechaçáveis atitudes de ativismo “*como se houvesse um vácuo político a ser ocupado pelo Supremo Tribunal Federal*”<sup>12</sup>, enfatizando que a hipertrofia do Poder Judiciário tem deslocado o debate de

<sup>9</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 289.

<sup>10</sup> Exposição de Motivos da PEC n. 33/11, disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=A12DCEF8645225D34F644A704312A93C.node2?codteor=876817&filename=PEC+33/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A12DCEF8645225D34F644A704312A93C.node2?codteor=876817&filename=PEC+33/2011)>. Acesso em: 2 fev. 2015, p. 3-4.

<sup>11</sup> Cf. Exposição de Motivos da PEC n. 33/11, p. 3-4.

<sup>12</sup> Cf. Exposição de Motivos da PEC n. 33/11, p. 4.

questões importantes do Legislativo para aquele Poder, à exemplo do que ocorreu na querela das ações afirmativas baseadas em cotas raciais e na questão da utilização de células-tronco para meios de pesquisa.

Por essa razão, a proposta de emenda tem o propósito de reestruturar competências e a forma de atuação do Supremo Tribunal Federal, com o fim de estabelecer, ou recuperar, um arranjo de equilíbrio entre os Poderes da República:

É bastante comum ouvirmos a afirmação de que à Suprema Corte cabe a última palavra sobre a Constituição, ou ainda, a Constituição é o que o Supremo diz que ela é. Na verdade, deve caber ao povo dizer o que é a Constituição.

Precisamos, pois, resgatar o valor da representação política, da soberania popular e da dignidade da lei aprovada pelos representantes legítimos do povo, ameaçadas pela postura ativista do Judiciário. Restabelecer o equilíbrio entre os Poderes é, pois, o objetivo central da presente proposição<sup>13</sup>.

Em suma, constata-se que o objetivo central da PEC n. 33/11 é efetuar uma mudança paradigmática no âmbito da atuação do Supremo Tribunal Federal, que, com a sua aprovação, deixaria de exercer o papel predominantemente de *Justiça Constitucional forte* para passar a atuar em uma perspectiva *sui generis de Justiça Constitucional fraca*, nos moldes traçados pelas críticas efetuadas à *judicial review* por Jerome Waldron e Mark Tushnet, inclusive citados na proposta com o objetivo de fundamentar a perspectiva jurídica defendida<sup>14</sup>.

Nesse diapasão, pretende-se ultrapassar o argumento de que somente os tribunais podem defender os direitos das minorias, já que na prática, ele acaba por permitir a primazia da “minoridade do Poder Judiciário” sobre o legítimo órgão de poder de representação popular, com a utilização de argumentações hermenêuticas<sup>15</sup> arbitrárias e não popularmente legitimadas<sup>16</sup>.

Em resumo, entregar (ou devolver) ao Legislativo o poder de primazia para efetuar as escolhas fundamentais da sociedade brasileira é o objetivo da PEC n. 33/11 que tem o intuito de conter o fenômeno do *ativismo judicial* a fim de im-

<sup>13</sup> Cf. Exposição de Motivos da PEC n. 33/11, p. 5-6.

<sup>14</sup> Cf. Exposição de Motivos da PEC n. 33/11, p. 12.

<sup>15</sup> Cf. Exposição de Motivos da PEC n. 33/11, p. 13: “O Poder Judiciário brasileiro tem, com efeito, lançado mão de interpretações pós-positivistas, aplicando princípios constitucionais a todo tipo de situações concretas, demonstrando pouco apreço aos textos legais e adotando uma dogmática fluida, com elevado grau de liberdade. Acha-se sempre um princípio constitucional, até então pouco difundido, pronto a fundamentar uma nova decisão impregnada de valor moral. É o verdadeiro império do panprincipiologismo”.

<sup>16</sup> Cf. Exposição de Motivos da PEC n. 33/11, p. 13: “Por fim, o que temos observado a todo momento são decisões ativistas, que representam grave violação ao regime democrático e aos princípios constitucionais da soberania popular e da separação de poderes, os quais constam expressamente da Constituição Federal”.

pedir a tendência de expansão dos poderes normativos conferidos ao Supremo Tribunal Federal.

### As proposições normativas da PEC n. 33/11

A Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n. 33/11 foi apresentada na Câmara dos Deputados pelo parlamentar Nazareno Fonteles em 25/05/11. Marcadamente, a referida proposta tem por escopo efetuar modificações em três artigos da Constituição brasileira, quais sejam, 97, 102 e 103-A, de forma a alterar o instituto da súmula vinculante e a dinâmica do controle de constitucionalidade das leis e de proposições de emenda constitucional.

Em suma, o artigo 1º da PEC n. 33/11 pretende modificar o artigo 97 da CF/88, de modo a alterar a exigência de quórum – para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público – de maioria absoluta para a maioria de quatro quintos dos membros do Supremo Tribunal Federal ou do respectivo órgão especial da Corte.

Por sua vez, a disposição contida no artigo 2º da PEC n. 33/11 aspira modificar o artigo 103-A da Constituição Federal para alterar os contornos normativos da súmula vinculante que, de acordo com a nova redação, para sua edição necessitará do quórum de quatro quintos dos membros do Supremo Tribunal Federal (e não mais dois terços) e dependerá da aprovação do Congresso Nacional para obter eficácia.

42

Por último, a alteração proposta pelo artigo 3º da PEC n. 33/11 ambiciona adicionar os §§ 2º-A, 2º-B e 2º-C ao § 2º do artigo 102 da Constituição, com a finalidade de, em síntese, limitar os efeitos das declarações de inconstitucionalidade realizadas pelo Supremo Tribunal Federal sobre futuras propostas de emenda à Constituição aprovadas pelo Congresso.

De acordo com o § 2º-A contido na PEC n. 33/11, as decisões do Supremo Tribunal Federal que declararem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal deixarão de produzir efeitos vinculantes e, para conquistar eficácia jurídica, dependerão da aquiescência do Congresso Nacional sobre o seu teor. Na conjectura de o Poder Legislativo discordar acerca de inconstitucionalidade declarada pelo STF, cria-se uma hipótese de submissão da controvérsia jurídica à consulta popular para decisão final.

Com finalidade semelhante à das alterações anteriormente elencadas, que têm o nítido propósito de efetuar uma contenção dos poderes do Supremo Tribunal Federal, é da pretensão da PEC n. 33/11 incluir também no § 2º do artigo 102 da CF/88 os §§ 2º-B e 2º-C que, respectivamente, regulamentam a forma e prazo como o Congresso Nacional deliberará sobre eventual decisão de inconstitucionalidade e instituem vedação à possibilidade de o STF suspender, por

decisão cautelar, a eficácia de emenda à Constituição aprovada pelo Congresso Nacional.

### **ANÁLISE CRÍTICA DA PEC N. 33/11**

**Da possibilidade de o Poder Legislativo alterar características do controle de constitucionalidade de normas legais**

Conforme se pontuou anteriormente, a Proposta de Emenda Constitucional n. 33/11 foi formulada em um contexto jurídico-político marcado pela expansão dos poderes do Supremo Tribunal Federal, a partir de quando o Legislativo se viu em confronto com uma atuação da Corte Maior considerada ativista.

Após a aprovação da PEC em exame na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados<sup>17</sup>, inúmeros debates foram travados no seio da sociedade brasileira e a tese em favor da inconstitucionalidade dessa proposta de Emenda tem prevalecido ao argumento de que ela violaria de morte o princípio da separação dos Poderes, positivado no artigo 60, § 4º, III da CF/88 como cláusula pétrea.

A massiva crítica efetuada pelos meios de comunicação sobre a PEC n. 33/11 chamou atenção, salvo em algumas exceções, para a predominância de uma argumentação simplória utilizada em favor da tese de inconstitucionalidade da proposta sem a preocupação de se aprofundar nos aspectos jurídicos a ela relacionados.

Inicialmente, sem adentrar na problemática se se deve ou não alterar o modelo do controle de constitucionalidade das leis e emendas atualmente em vigor ou a forma de regulamentação das súmulas vinculantes, é fundamental responder a um questionamento jurídico que precede essa indagação: é possível alterar a sistemática do controle de constitucionalidade das leis e emendas constitucionais feito pelo Poder Judiciário sem violar o princípio da separação dos poderes?

Com fundamento e remissão no direito comparado e na constatação empírica de que não existe um único modelo justo e perfeito de controle de constitucionalidade das normas ou de concretização do princípio da separação dos poderes, entende-se que sim. Sem dúvida alguma a experiência do constitucionalismo não se aperfeiçoou na história a partir de uma única vertente ideológica<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> O Voto do relator está disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1046676&filename=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PEC+33/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1046676&filename=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PEC+33/2011)>. Acesso em: 2 fev. 2015.

<sup>18</sup> Para uma perspectiva histórica e sistemática de diferentes sistemas constitucionais (desde os sistemas britânico, francês, estado-unidense até vários outros sistemas europeus, asiáticos e africanos) e das perspectivas de constitucionalismo que os envolve, ver: MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 9. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, t. I, p. 115-239.

Como bem leciona Jorge Miranda, a índole específica e autônoma de cada ordem constitucional e a forma com a qual se desenvolve o seu sistema dependem de causas históricas. Ainda que seja possível identificar aspectos de homogeneidade entre os diversos sistemas constitucionais no âmbito do direito comparado, o substrato social de cada ordem jurídico-política é responsável por individualizar as suas características<sup>19</sup>. Nesse sentido, os propositores da EC n. 33/11 estiveram atentos à existência de diferentes modelos e institutos de controle de constitucionalidade para defenderem as mudanças nos termos pleiteados.

Além do que, independentemente de se considerar a existência de múltiplas sistemáticas constitucionais e formas pela qual o controle de constitucionalidade é exercido, cumpre pontuar que a *separação dos Poderes* homenageada pela Constituição brasileira como cláusula pétrea não se perfaz de uma única forma ou por meio de um único arranjo institucional<sup>20</sup>.

Para constatar que mudanças na ordem constitucional, ou infraconstitucional, que regulamentam a forma de realização do controle de constitucionalidade são recorrentes, basta fazermos referência às mudanças efetuadas por leis e Emendas Constitucionais desde a promulgação da Constituição de 1988, com destaque para as alterações promovidas pelas Leis n. 9.868/99 e n. 9.882/99<sup>21</sup> e pelas Emendas Constitucionais n. 03/93 e n. 45/04.

44

Com efeito, constata-se que as Leis n. 9.868/99 e n. 9.882/99 tiveram um papel decisivo para solidificar a tendência de consolidação do modelo de controle de constitucionalidade concentrado no direito brasileiro que, em suas origens institucionais, está diretamente associado ao modelo de controle difuso.

Nem por isso a constitucionalidade dos referidos dispositivos legais foi colocada em cheque de forma tão tenaz e sem a devida análise jurídica, como se conjecturou de forma “apriorística” em relação ao teor da PEC n. 33/11. Em via similar, as Emendas Constitucionais n. 03/93 e n. 45/04 implicaram na realização de mudanças também significativas sobre a dinâmica do controle de constitucionalidade no sistema brasileiro. Aquela, por incluir o instituto da Ação Decla-

---

<sup>19</sup> Cf. MIRANDA, 2011, p. 116. O reverenciado constitucionalista aponta a existência de quase 200 Estados soberanos na atualidade, com múltiplas características em seus ordenamentos: “Com perto de 200 Estados formalmente soberanos na atualidade, todos com os seus ordenamentos particulares e quase todos revestidos de Constituições escritas, não é fácil surpreender um quadro suficientemente largo e preciso não só das múltiplas formas e instituições como das grandes coordenadas do Direito constitucional, das tendências comuns e das aproximações possíveis para lá das dissemelhanças inevitáveis” (p. 115).

<sup>20</sup> A respeito dos mitos sobre a separação dos poderes, ver: RANGEL, Paulo Castro. *Repensar o poder judicial*: fundamentos e fragmentos. Porto: Universidade Católica, 2001, p. 110-111.

<sup>21</sup> Para uma análise crítica das alterações promovidas pelas referidas leis, ver: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade: Leis ns. 9.868, de 10 de novembro e 9.982, de 3 de dezembro de 1999. *Anuario iberoamericano de derecho constitucional*, Madrid, 2001, v. 5, p. 105-124.

ratória de Constitucionalidade que, até então, não tinha nenhum similar em qualquer sistema constitucional contemporâneo. Esta, por de forma mais ampla efetuar o que ficou conhecido como a reforma do Poder Judiciário na qual se conferiu ao STF o poder de editar as controvertidas súmulas vinculantes.

Ora, sem dúvida alguma as mudanças promovidas pela legislação infraconstitucional e pelas Emendas Constitucionais retrocitadas alteraram a dinâmica do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro e a própria forma de concretização do princípio da separação dos poderes. A uma, por terem consolidado uma alteração na tradição do controle de constitucionalidade que, de feição típica do modelo difuso, passou a ter contornos de predominância do sistema concentrado. A duas, porque permitiu ao STF exercer, ainda que de modo indireto, funções tipicamente legislativas com a edição das súmulas vinculantes.

Embora não se tenha visto nenhum Ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro se manifestar contra o teor de alguns dos referidos dispositivos supracitados (à época ou posteriormente a sua aprovação) de forma tão incisiva e ideológica, o mesmo não aconteceu quanto a “pré-julgamentos” públicos efetuados por alguns dos Ministros da Corte Maior no que concerne à inconstitucionalidade da PEC n. 33/11, tendo se destacado as declarações dos Ministros Gilmar Ferreira Mendes<sup>22</sup>, Marco Aurélio Mello<sup>23</sup> e Joaquim Barbosa<sup>24</sup>.

Uma vez questionada as premissas de posicionamentos jurídicos que sustentam a inconstitucionalidade da PEC n. 33/11 pura e simplesmente pelo fato

---

<sup>22</sup> Em entrevista à imprensa, o Ministro afirmou: “Não há nenhuma dúvida, (a proposta) é inconstitucional do começo ao fim, de Deus ao último constituinte que assinou a Constituição. É evidente que é isso. Eles (Legislativo) rasgaram a Constituição. Se um dia essa emenda vier a ser aprovada, é melhor que se feche o Supremo Tribunal Federal”. Declaração disponível, entre outros meios de comunicação, em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/politica/para-gilmar-mendes-e-melhor-fechar-stf-se-legislativo-aprovar-pec-33,3828c2f4e634e310VnVCM2000099cceb0aRCRD.html>>. Acesso em: 2 fev. 2015.

<sup>23</sup> Que declarou publicamente: “Nós temos um sistema em que se verifica o primado do Judiciário. A última palavra não cabe ao setor político, cabe ao Judiciário, o órgão de cúpula, o guarda da Constituição é o Supremo. O que implica essa proposta é o afastamento de uma cláusula pétrea, que é a separação dos Poderes da República. Harmonia e separação dos Poderes da República”; Conforme notícia disponibilizada, entre outros meios de comunicação, em: <<http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2013/04/24/para-ministros-pec-que-submete-supremo-a-congresso-e-perniciosa-e-tenebrosa.htm>>. Acesso em: 2 fev. 2015.

<sup>24</sup> Em nota formal à imprensa divulgada pelo Supremo Tribunal Federal, o Ministro declarou a respeito da PEC n. 33/11: “Separação de Poderes não é uma noção abstrata. Faz parte do direito de todos os cidadãos. Integra o conjunto de mecanismos constitucionais pelos quais um poder contém ou neutraliza os abusos do outro. Tem quase 80 anos a tradição já consolidada entre nós de se permitir que o Supremo Tribunal Federal declare a invalidez jurídica de uma lei votada pelo Congresso, por maioria absoluta, por violação de uma cláusula constitucional. Por que alterar isso agora, em pleno século 21? Essa medida, se aprovada, fragilizará a democracia brasileira” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=237187>>. Acesso em: 2 fev. 2015.

de promover alterações na dinâmica do controle de constitucionalidade, ou por dar um novo aspecto de concretização ao princípio da separação dos Poderes, examinemos a sua pertinência em confronto com as principais justificativas doutrinárias contemporâneas para legitimar a atuação da Justiça Constitucional.

### Justiça Constitucional substancialista *versus* Justiça Constitucional procedimentalista

Conforme é do conhecimento geral e com base em um conceito que decorre da síntese de diversas formulações doutrinárias, o papel essencial da Justiça Constitucional está diretamente relacionado à finalidade de garantir a normatividade e a supremacia da Constituição sobre o ordenamento jurídico infraconstitucional. Uma vez reconhecido, atualmente, que a Constituição, mais do que uma carta política, é propriamente norma jurídica, discutiu-se por muito tempo, na doutrina, qual poder deveria ser responsável por assegurar a sua supremacia<sup>25</sup>, tendo na maioria dos Estados vencida a tese de que ao Judiciário caberia garanti-la por meio da aplicação de determinados institutos jurídicos<sup>26</sup>.

Nesse contexto, a criação de diversos Tribunais Constitucionais, ou órgãos de cúpula do judiciário responsáveis por exercer o controle de constitucionalidade das leis, é consequência da predominância de uma entre outras concepções que digladiaram no âmbito de definir quem (ou que poder) poderia melhor desempenhar a tarefa de “guardar” a Constituição.

46

Reconhecendo-se o triunfo da tese que defende que o Judiciário (em acepção lata) ou um órgão específico de função jurisdicional deve guardar e fazer valer a supremacia constitucional, as controvérsias acerca de como e com quais limites essa função deve ser desempenhada não encontram consenso na doutrina, como não poderia ser diferente, eis que conformar os limites do poder guardião e definir qual o melhor arranjo institucional para exercer esse desiderato não envolve encontrar uma única fórmula perfeita e acabada.

Entre as diversas concepções político-jurídicas que visam fundamentar e legitimar o papel até certo ponto *contramajoritário* exercido pelas Cortes Constitucionais, podemos, em síntese didática, dividir dois paradigmas que atualmente apresentam maior força<sup>27</sup>: (i) o da justificativa do exercício da jurisdição

---

<sup>25</sup> O clássico debate promovido entre Carl Schmitt e Hans Kelsen é um marco histórico e doutrinário sobre a referida discussão. Para uma aprofundada leitura acerca da polêmica, ver a obra. *La polémica Schmitt / Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Editorial Tecnos, 2009.

<sup>26</sup> Cf. MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional. Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, t. I, p. 14.

<sup>27</sup> Com esteio na classificação proposta por BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional. Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 3. ed. Renovar. Rio de Janeiro, 2010, p. 52-54.

constitucional como instrumento de defesa dos direitos fundamentais; (ii): o da justificativa do exercício da jurisdição constitucional como instrumento de defesa do procedimento democrático.

Em lacônico resumo, de acordo com a primeira concepção<sup>28</sup>, argumenta-se que o papel exercido pela Justiça Constitucional não se contrapõe propriamente aos ditames da democracia, eis que sua função primordial estaria associada à sua própria garantia em uma perspectiva *substancial* que se realizaria com a defesa dos direitos fundamentais contra as maiorias legislativas eventuais.

Nos termos dessa concepção genericamente delimitada, o princípio da separação dos poderes se aperfeiçoaria, então, com base na necessária atuação da Justiça Constitucional como órgão legitimado para refrear os impulsos da maioria legislativa que, por estar limitada pela Constituição e pelos direitos fundamentais nela materializados, não poderia transgredi-la ou violá-la.

Em outra via, de acordo com o paradigma que justifica a atuação da Justiça Constitucional como instrumento de defesa do procedimento democrático<sup>29</sup>, entende-se que a finalidade da jurisdição constitucional, ao contrário da concepção anterior, não seria o de garantir propriamente os direitos fundamentais relacionados a uma concepção substancial da Constituição, eis que, para o exercício de tal função, inevitavelmente, seria necessário que os juízes constitucionais impelisse uma carga excessivamente subjetiva para definir o conteúdo desses direitos.

Em outro prisma, compreende-se que a missão da Justiça Constitucional seria a de garantir a lisura dos procedimentos por meio dos quais a democracia se realiza, permitindo-se, assim, que os canais de participação política sejam viabilizados e que os próprios representantes do povo definam e redefinam o conteúdo dos direitos<sup>30</sup>.

Fixadas as premissas teóricas basilares que justificam a existência de órgãos jurisdicionais legitimados para se contrapor às deliberações das maiorias democraticamente eleitas, analisemos se as diretrizes normativas da PEC n. 33/11 – que visam privilegiar as decisões políticas tomadas pelo Legislativo – ferem o princípio da separação dos poderes, e, portanto, vão de encontro à existência do Supremo Tribunal Federal enquanto órgão de jurisdição constitucional.

### Juízo de constitucionalidade da PEC n. 33/11 em consonância com as perspectivas procedimentais e substanciais de Justiça Constitucional

Fixadas com brevidade as diretrizes teóricas que envolvem as justificativas legitimadoras da atuação da Justiça Constitucional em perspectivas contempo-

---

<sup>28</sup> Cujas teorias de Ronald Dworkin e John Rawls, tendo em conta as suas diferenças, podem ser consideradas suas principais referências.

<sup>29</sup> Cujos desenvolvimentos teóricos formulados por Jürgen Habermas e John Hart Ely são considerados os mais marcantes.

<sup>30</sup> BINENBOJM, 2010, p. 93-120.

râneas, questiona-se: é possível concluir que a proposta de Emenda Constitucional n. 33/11, como defendem alguns de seus opositores, viola de morte o princípio da separação dos Poderes enquanto cláusula pétrea da Constituição Federal?

A atividade de interpretação dos preceitos normativos da PEC n. 33/11 em contraposição aos ditames normativos do artigo 60, § 4º, III – que estabelece a petrificação da separação dos Poderes no ordenamento pátrio – pode ser enquadrada como um típico problema jurídico de difícil solução (*hard case*). A definição do significado do princípio da separação dos Poderes e do que pode vir a ser uma norma violadora do seu conteúdo depende inevitavelmente da construção de uma argumentação jurídica<sup>31</sup> lastreada em fundamentos convincentes.

Com base nas diretrizes e fundamentos das principais vertentes contemporâneas que discutem o âmbito de legitimação da atuação das justiças constitucionais, é possível examinar se o plano normativo da PEC n. 33/11 atenta de forma evidente ou não contra o princípio da separação dos poderes.

De acordo com uma visão *procedimentalista* da função institucional a ser exercida pelo Supremo Tribunal Federal, em linhas gerais, nos parece claro que o projeto normativo da PEC n. 33/11 não atenta contra o princípio da separação dos poderes. Isso porque, como decorre de sua exposição de motivos e resai do seu texto normativo, é do intuito precípua da proposição valorizar o papel do Poder Legislativo de modo a fomentar o debate público sobre questões fundamentais para o país.

48

Argumenta-se que, de acordo com o modelo constitucional vigente, é que ocorreria uma violação à harmonia e independência entre os Poderes, uma vez que a hipertrofia do Judiciário estaria deslocando o debate de questões importantes do Legislativo para aquele Poder. Sob a ótica de uma visão *procedimentalista* de atuação da Justiça Constitucional, a alteração do texto constitucional permitiria senão uma valorização da autonomia legislativa e do princípio da soberania popular sem comprometer a harmonia entre os Poderes.

Até porque, cumpre ressaltar, não é do propósito da referida Emenda extinguir o controle de constitucionalidade efetuado pelo Supremo Tribunal Federal sobre as leis, mas, apenas no que se refere ao controle efetuado sobre Emendas Constitucionais – permitir que o Poder Legislativo e/ou o próprio titular do poder constituinte soberano (o povo) – tenham oportunidade de questionar ou reapreciar as decisões de inconstitucionalidade proferidas pela Corte, tornando também mais rigoroso o quórum para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos e para a aprovação de súmulas vinculantes.

---

<sup>31</sup> Para interessante lição sobre a Teoria da Argumentação, ver: GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. El derecho como argumentación y el derecho para la argumentación: consideraciones metateóricas en respuesta a Isabel Lifante. In: DOXA. Cuadernos de filosofía del derecho, Alicante, 2001, v. 24, p. 629-653.

Já no que se refere a uma perspectiva substancialista, que compreende como função precípua da Justiça Constitucional garantir os direitos fundamentais contra os influxos das maiorias populares, a nosso ver também não ressaí de forma evidente a existência de uma hipotética inconstitucionalidade da PEC n. 33/11.

Entende-se, a propósito, que a criação do instituto de controle superveniente a ser exercido pelo Congresso Nacional sobre as decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (exclusivamente sobre Emendas Constitucionais), embora enfraqueça o poder da Justiça Constitucional sob uma perspectiva institucional, não provoca uma alteração apta a abolir ou tendente a abolir a separação dos poderes.

Assim, ainda que o órgão de cúpula do Judiciário viesse a perder poder com a aprovação das alterações sugeridas pela PEC n. 33/11, nesta hipotética conjuntura, ele manteria incólume a prerrogativa de declarar a inconstitucionalidade de leis em confronto com a Constituição bem como conservaria todas as suas outras competências delimitadas pela Carta Maior. Neste cenário, não haveria uma eliminação do princípio da separação dos poderes, e o Supremo Tribunal Federal (assim como as demais instâncias do Poder Judiciário) continuariam a poder declarar a inconstitucionalidade de normas que porventura contrariem a Constituição.

Eventual divergência sobre a constitucionalidade de uma Emenda à Constituição é que nesta nova sistemática, em hipotética declaração de inconstitucionalidade realizada pelo STF e superveniente confirmação de sua constitucionalidade pelo Congresso Nacional, passaria a ser resolvida por consulta popular.

Embora este novo manancial jurídico possa apontar para um cenário no qual a Justiça Constitucional fundamentada em uma concepção substancial perde força, suas consequências não implicam propriamente sua abolição. Até porque, conforme apontou o respeitável constitucionalista Virgílio Afonso da Silva quando interpelado sobre a juridicidade da PEC n. 33/11, a Constituição Federal brasileira sequer define a qual Poder cabe dar a última palavra sobre a constitucionalidade de Emendas Constitucionais.

Como bem relembra o professor da USP: “O próprio STF, quando se deparou pela primeira vez com a questão, teve que fazer uma deliberação prévia para analisar se ele era competente para controlar a constitucionalidade de emendas”<sup>32</sup>. Seguindo esse pensamento, o jurista conclui que o fato de o Tribunal ter decidido a favor de si mesmo como o Poder responsável por dar a última palavra sobre a constitucionalidade de Emendas Constitucionais não tem o condão de tornar a solução por ele perfazida a única hipótese político-jurídica viável.

---

<sup>32</sup> Conforme entrevista concedida por Virgílio Afonso da Silva à *Tribuna do Advogado* e publicada pelo *Conjur*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/virgilio-afonso-silva-professor-usp-comenta-pec-33-embate-poderes>>. Acesso em: 2 fev. 2015.

## Dimensão política do problema jurídico

Conforme os comentários e conclusões parciais desenvolvidos neste estudo, confirma-se o posicionamento adotado no sentido de repelir a assunção de uma postura hermenêutica que compreenda a PEC n. 33/11 como proposta absolutamente inconstitucional que, pela sua finalidade, prescindiria de uma análise aprofundada acerca dos seus contornos de validade e legalidade, eis que, na perspectiva jurídica, uma proposição normativa não poder ser examinada puramente com base em critérios de conveniência política e oportunidade.

Contudo, em uma perspectiva que podemos denominar como política, o que se analisa em relação a uma proposta de emenda constitucional é senão a conveniência e oportunidade da medida, na qual torna-se possível questionar: é desejável a modificação formal da Constituição nos termos propostos pela PEC n. 33/11? Embora em uma democracia representativa a resolução dessa controvérsia esteja delegada aos representantes do Poder Legislativo que, *a priori*, optaram por propor as referidas modificações, nada impede, e em uma concepção de *democracia participativa*, inclusive se estimula que os delegatários do poder soberano exerçam pressão social sobre os seus representantes.

Não obstante, é cediço que uma perspectiva jurídica acerca da constitucionalidade de uma norma não se confunde com uma perspectiva política pela qual se avalia a sua conveniência, de modo que os argumentos utilizados nessas diferentes perspectivas (se favoráveis ou contra a sua constitucionalidade) ou (se favoráveis ou contra a sua conveniência) obedecem a distintos critérios ontológicos e finalísticos.

Ter em conta essa distinção é fundamental para que a Corte, em uma eventual análise de constitucionalidade da medida, caso seja desarquivada e aprovada, não esteja a contestar as amplas opções políticas conferidas pela Constituição ao poder constituinte derivado, mas que realize um exame jurídico para avaliar se as alterações almejadas pelo poder constituinte de revisão obedecem aos limites materiais fixados pela Constituição.

Destarte, não se ignora que a tarefa de separar argumentos jurídicos de argumentos políticos não seja absolutamente estanque e que tampouco, em matéria de Direito Constitucional, estejam essas fronteiras bem delimitadas<sup>33</sup>. Nesse sentido, várias críticas já foram lançadas sobre a denominada *political question doctrine* que teria a pretensão de excluir do poder judicial a análise de questões políticas, sem para tanto ter formulado parâmetros dogmáticos sólidos capazes de permitir a separação dessas instâncias<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Cfr. BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ – RFD*, n. 21, 2012, v. 2, p. 15-21.

<sup>34</sup> Nessa linha de pensamento, Gomes Canotilho rejeita a possibilidade de se avaliar a necessidade de atuação da jurisdição constitucional com base em uma distinção rígida do que é jurídico

O juízo de constitucionalidade sobre as alterações almejadas pela PEC n. 33/11, inevitavelmente, deve confrontar as disposições normativas da proposta com as limitações materiais ao poder de reforma constitucional consignadas no artigo 60, § 4º, III da CRFB/1988, e não – diversamente – concretizar um juízo de deseabilidade política dessa proposta.

Fato é que desde a proposição de PEC n. 33/11, e com mais afinco, após a declaração de sua constitucionalidade pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, inúmeras manifestações veiculadas em oposição ao teor dessa proposta de Emenda – muitas delas feitas por membros do Judiciário – têm demonstrado a utilização da hermenêutica jurídica como um simples instrumento argumentativo de poder, não preocupado com parâmetros de legalidade traçados pela norma fundamental.

O que parece impulsar juristas, entre os quais se incluem alguns dos mais notórios jurisconsultos e magistrados brasileiros, a assumirem um posicionamento de absoluta oposição ao conteúdo da PEC n. 33/11 é a convicção de que a mudança paradigmática sobre o controle de constitucionalidade de normas não é desejável sob uma perspectiva política. Em outras palavras, avalia-se que o exercício, pleno, pelo Supremo Tribunal da função de *guardião* da Constituição tem sido eficiente e axiologicamente positivo para a nação brasileira, mesmo quando tem invadido competências aprioristicamente reservadas ao Poder Legislativo.

Neste panorama, em atenção a um suposto clamor popular, que vê com prejudicialidade a transferência de Poderes do Supremo Tribunal Federal para o Congresso Nacional, questiona-se: estaria permitida a conjugação de argumentos políticos para juridicamente justificar a declaração da inconstitucionalidade da referida proposta de Emenda? Em um *Estado de Direito*, é evidente que não. A função jurisdicional não se confunde com a função legislativa e as opções políticas primárias e soberanas tomadas pelo Legislador devem ser respeitadas.

Por outro lado, cumpre salientar o nosso posicionamento absolutamente a favor de que a discussão política a respeito da deseabilidade da PEC n. 33/11, em atenção ao primado do *Estado democrático*, seja fomentada e, pelo que tudo indica, a tese contrária à conveniência política da medida, inclusive, tem prevalecido.

Independentemente do posicionamento que se assuma a respeito dessa emblemática proposta de Emenda Constitucional, o que ela vem a evidenciar é que a hermenêutica jurídica (enquanto ciência da interpretação de textos legais) pode ser influenciada não apenas por subjetividades inconscientes relacionadas

---

ou político, afirmando de forma contundente que: “não deve admitir-se uma recusa de justiça ou declinação de competência do Tribunal Constitucional só porque a questão é política e dev[a] ser decidida por instâncias políticas”. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.309.

a pré-compreensões do intérprete<sup>35</sup>, mas, ao contrário, demonstra que dimensões subjetivas conscientes podem influenciar a escolha de uma solução jurídica com base em interesses simplesmente políticos e/ou institucionais.

## CONCLUSÃO

Nos termos atualmente estabelecidos pela Constituição Federal, com a PEC n. 33/11, a dinâmica do controle de constitucionalidade de normas e o modo de aprovação de súmulas vinculantes foram questionados pelo poder Legislativo. A referida proposta, independente da solução final que venha a ter, ventitou no plano das ideias a possibilidade de que o poder constituinte derivado consolide desenhos institucionais alternativos em relação às atribuições conferidas aos poderes, abrindo margem para futuras discussões.

É fundamental compreender que propostas de emenda à Constituição podem ser examinadas tanto por um viés político, como por um viés jurídico, e que essas perspectivas não devem se confundir. Na perspectiva política, os responsáveis em última instância por decidir sobre a pertinência e desejabilidade das propostas são os próprios parlamentares que, por serem os representantes do povo, têm o mandato para tomar decisões em seu nome. Na perspectiva jurídica, os responsáveis em última instância por aferir a constitucionalidade de uma emenda e verificar se ela contraria alguma das cláusulas pétreas da Constituição são os Ministros do Supremo Tribunal Federal.

52

Na primeira perspectiva, exige-se que os decisores políticos de uma proposição avaliem se o seu conteúdo é desejável e se, de fato, é do intuito do *povo soberano* concretizar as medidas propugnadas. Na segunda perspectiva, os intérpretes da Constituição devem efetuar o juízo de constitucionalidade de propostas de emenda utilizando o texto normativo do artigo 60, § 4º da Carta Maior como limite jurídico material.

Considerando que o exame de constitucionalidade da PEC n. 33/11 envolve poderes constituídos diretamente interessados na solução jurídica, parece-nos claro que o confronto de posicionamentos acerca da constitucionalidade da referida medida, mais do que puramente uma questão hermenêutica e da ciência do direito, é também ontologicamente uma questão de disputa pelo poder.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ – RFD*, n. 21, v. 2, 2012.

---

<sup>35</sup> STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 213.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional*. Legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3. ed. Renovar. Rio de Janeiro, 2010.

BOBBIO, Norberto. La Crisis de la Democracia y la Lección de los Clásicos. In: BOBBIO, Norberto; PONTARA, Giuliano e VECA, Salvatore. *Crisis de la democracia*. Tradução de Jordi Mafrà. Barcelona: Editorial Ariel, 1985.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade: Leis ns. 9.868, de 10 de novembro e 9.982, de 3 de dezembro de 1999. In: *Anuario iberoamericano de derecho constitucional*, Madrid, v. 5, 2001.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. El derecho como argumentación y el derecho para la argumentación: consideraciones metateóricas en respuesta a Isabel Lifante. DOXA. *Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, v. 24, 2001.

KELSEN, Hans. ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? In: *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución*. Madrid: Editorial Tecnos, 2009.

LOMBARDI, Giorgio. Estudio Preliminar – La querela Schmitt/Kelsen: consideraciones sobre lo vivo e y lo muerto em la gran polémica sobre la justicia constitucional de siglo XX. In: *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: el defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución*. Madrid: Editorial Tecnos, 2009.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional*. Garantia da constituição e controle da constitucionalidade. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, t. I, 2006.

OTERO, Paulo. *Instituições políticas e constitucionais*. Coimbra: Almedina, v. I, 2009.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, t. II, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 9. ed. Coimbra: Coimbra Editora, t. I, 2011.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

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

RANGEL, Paulo Castro. *Repensar o poder judicial: fundamentos e fragmentos*. Porto: Universidade Católica, 2001.

SCHMITT, Carl. El defensor de la constitución. In: *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: el defensor de la constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Editorial Tecnos, 2009.

Thiago Coelho Sacchetto

STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. Professor da USP fala sobre a PEC n. 33 e embate de poderes. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/virgilio-afonso-silva-professor-usp-comenta-pec-33-embate-poderes>>. Acesso em: 2 fev. 2015.

Data de envio: 19/02/2015

Data de aprovação: 21/09/2015