

UMA ANÁLISE HABERMASIANA DA PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N. 33

A HABERMASIAN ANALYSIS OF PROPOSED AMENDMENT TO THE BRAZILIAN CONSTITUTION N. 33

*Juliana Cordeiro Schneider**

*Karime Silva Siviero***

RESUMO

Em junho de 2013, o Brasil foi palco de inúmeras manifestações populares, que nasciam nas redes sociais e tomavam o país. No rol de reivindicações, estava o pedido de arquivamento da PEC n. 33, concebida para diminuir o caráter monolítico do Supremo Tribunal Federal e ampliar os poderes do Congresso. O presente artigo objetiva abordar as inovações trazidas pela referida PEC à luz do conceito de separação de poderes defendido por Habermas. Tenciona-se demonstrar que a edição de súmulas vinculantes pelo STF contraria o modelo de democracia deliberativa defendido pelo filósofo alemão. Destaca-se a importância da participação dos cidadãos nos processos decisórios e constata-se a ausência de reflexões mais profundas sobre a função e os limites de atuação do STF. Não se pretende, por óbvio, esgotar o tema, mas enriquecer o debate, evidenciando-se como a teoria do agir comunicativo de Habermas pode ser útil na formação social e institucional de consensos.

Palavras-chave: PEC n. 33; Democracia deliberativa; Súmula vinculante; Controle abstrato de constitucionalidade; Jürgen Habermas.

* Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pós-graduada em Ciências Penais pela Rede LFG (Universidade Anhanguera-Uniderp). Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Assessora de Promotor de Justiça. Correspondência para/*Correspondence to:* Rua Lavoisier, 203, Laranjeiras, Serra, Estado do Espírito Santo, 29165-200. E-mail: julianacschneider@gmail.com.

** Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Advogada-Chefe do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Vila Velha (NUPRAJUR/UVV). Correspondência para/*Correspondence to:* Avenida Antônio Gil Velloso, 300, apto 201, Praia da Costa, Vila Velha, Estado do Espírito Santo, 29101-010. E-mail: karimesiviero@hotmail.com.

ABSTRACT

In June 2013, Brazil was the scene of numerous popular protests, which were born in social networks and took the country. The demands included the request to file the Proposed Amendment number 33 (PEC n. 33), which aims to reduce the monological character of the Supreme Court and extend the powers of Congress. This article analyzes the innovations brought by the PEC under the concept of separation of powers advocated by Habermas. It intends to demonstrate that the issue of binding precedents by the Supreme Court contradicts the model of deliberative democracy sponsored by the German philosopher. It also highlights the importance of citizen participation in decision making processes and demonstrates the lack of deeper reflections on role and limits of Supreme Court's performance. It is not intended, obviously, being exhaustive, but enrich the debate, evidencing how theory of communicative action can be useful in social and institutional consensus building.

Keywords: PEC n. 33; Deliberative democracy; Binding precedent; Abstract control of constitutionality; Jürgen Habermas.

INTRODUÇÃO

366

O Brasil é nomeadamente um país avesso a protestos. Tanto é assim que, nos últimos 20 anos – desde o *impeachment* do presidente Fernando Collor de Mello ocorrido em 1992, não se viam mobilizações populares de grandes proporções.

A passividade dos brasileiros, contudo, foi rompida em meados de 2013, quando diversas manifestações eclodiram por todo o país. Se inicialmente era possível identificar a causa da insatisfação – o aumento das tarifas de transporte público em cidades como São Paulo, Rio de Janeiro, Salvador e Recife, as bandeiras defendidas pelos manifestantes multiplicavam-se à medida que a população adería maciçamente ao movimento: pedia-se o fim da corrupção, a prestação de serviços públicos de qualidade, mais investimentos em saúde e educação e o fim dos gastos exacerbados com os grandes eventos esportivos sediados no Brasil nos próximos anos.

Apesar da pulverização das reivindicações, todas convergiam para uma questão fundamental: a insatisfação generalizada dos brasileiros com o sistema político atual e a crise de representatividade majoritária.

O exemplo mais emblemático do colapso da representatividade do Legislativo está na intensa mobilização dos cidadãos em favor do arquivamento da Proposta de Emenda à Constituição n. 33, que objetiva conceder ao Congresso Nacional o poder de interferir nas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre súmulas vinculantes, ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 365-388, jul./dez. 2013

Uma análise habermasiana da proposta de Emenda à Constituição n. 33

O apoio quase incondicional à atuação da jurisdição constitucional demonstra que, apesar de o legislador parlamentar ser dotado de legitimação democrática direta, os ministros da Corte Suprema costumam ser identificados como os verdadeiros representantes dos cidadãos, defensores dos interesses da sociedade civil.

Diante deste cenário de intensa mobilização popular em desfavor da Proposta de Emenda à Constituição n. 33, alguns questionamentos são inevitáveis: em que consiste, realmente, a referida PEC? Trata-se de um mecanismo importante para a consolidação da democracia representativa brasileira ou significa uma afronta ao princípio da separação dos poderes?

Essas são algumas indagações a que se pretende responder, tudo à luz do conceito de democracia deliberativa de Habermas e de sua teoria do agir comunicativo. Para tanto, serão analisadas inicialmente as principais mudanças provocadas pela PEC n. 33, assim como os argumentos contrários e favoráveis à aprovação da mencionada PEC.

Em seguida, serão investigadas as características do modelo deliberativo de democracia e de que maneira o procedimento de edição de súmulas vinculantes se relaciona com o modelo habermasiano de democracia.

A próxima etapa do estudo se voltará ao dimensionamento do espaço destinado ao Supremo Tribunal Federal em uma democracia procedimentalista e para a importância da participação dos cidadãos no controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.

Finalmente, de posse dessas informações, será possível avaliar se a Proposta de Emenda à Constituição n. 33 representa algum avanço para a nossa sociedade e em que medida ela contribui para a sedimentação de nossa democracia.

A PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N. 33: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES IMPORTANTES

A PEC n. 33, de autoria do Deputado Nazareno Fonteles, pretende, em suma, instituir quórum qualificado para a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais; condicionar a atribuição de efeitos vinculantes às súmulas editadas pelo STF a uma posterior deliberação do Congresso Nacional e, finalmente, submeter ao Congresso a decisão declaratória de inconstitucionalidade material de emendas constitucionais em controle abstrato realizado pelo Tribunal Constitucional, sendo que, se o Parlamento (por 3/5 dos seus votos, em reunião unicameral) se manifestar de forma contrária à decisão do STF, a matéria então seria submetida à consulta popular, mediante plebiscito. *In verbis*:

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

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 365-388, jul./dez. 2013

“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”.

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

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

(...)

§ 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.

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

“Art. 102.

(...)

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

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

A aludida PEC está sendo debatida na comunidade jurídica e midiática de forma assaz, tendo até recebido o epíteto de “PEC da discórdia”. Em linhas gerais, os principais pontos de discussão podem ser sintetizados da seguinte forma:

1. A ampliação do quórum necessário para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo pelos tribunais, que passaria a ser de quatro quintos de seus membros, ao invés de aprovação por maioria absoluta, não é um ponto de muita controvérsia. De um lado, muitos sustentam que o atual sistema precisa, realmente, ser aprimorado, o que fortaleceria a presunção de constitucionalidade das leis emanadas pelo Legislativo. Outros, entretanto, criticam o aumento do quórum, ao argumento de que isto inviabilizaria, na prática, a declaração concreta de inconstitucionalidade, diante da divergência de opiniões nos Tribunais.

Uma análise habermasiana da proposta de Emenda à Constituição n. 33

A atribuição, pelo Congresso, de efeitos vinculantes às súmulas editadas pelo STF divide as opiniões dos juristas. Para os defensores das súmulas vinculantes, a PEC n. 33 violaria a separação de poderes, tendo em vista que usurparia a competência do Supremo para tal atribuição. Entretanto, os que criticam a competência do tribunal constitucional para editar súmulas vinculantes veem a PEC n. 33 positivamente. Para estes, o STF viola frontalmente o princípio da separação de poderes ao editar súmulas vinculantes, amesquinhando o Legislativo. Do ponto de vista ontológico, as súmulas vinculantes teriam caráter normativo e não jurisdicional, pois embora, se refiram à validade, interpretação e eficácia de normas jurídicas, caracterizam-se pela abstração, generalidade, imperatividade e coercibilidade. Nessa linha, Sérgio Henrique Cordeiro Caldas Fernandes, juiz de direito da 23ª Vara Cível de Belo Horizonte aduz: “não percebo, igualmente, qualquer problema a respeito da discussão sobre a súmula vinculante como consequência da industrialização do ato judicial ou a concentração de poder que tal propicia (...)”¹.

2. O ponto mais polêmico da PEC n. 33 são as decisões do STF na declaração de inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal. A PEC aqui cria um modelo curioso e sugestivo, que nada tem de autoritário, haja vista que o eleitor, por intermédio de plebiscito, teria mais participação política.

Para alguns críticos da aludida PEC, haveria afronta à interdependência dos três poderes e a própria harmonia entre eles, ferindo, pois, a Carta Magna. Nota-se que os ordenamentos jurídicos democráticos, após a 2ª Guerra, consagraram o Poder Judiciário como guardião final do texto constitucional. A própria Constituição Federal protegeu essa escolha com o manto da cláusula pétrea da separação de poderes (CF/88, art. 60, § 4º, III), para evitar eventual ditadura da maioria em detrimento dos direitos fundamentais das minorias².

Há, ainda, quem defenda que a PEC n. 33 é, além de inconstitucional, de uma ingenuidade tremenda. Para estes, o que se poderia criticar seriam as decisões, a falta de discussão sobre o perfil e as posições dos Ministros do Excelso Pretório, bem como a forma e o procedimento de nomeação deles e, especialmente, a extensão dos poderes do STF.

¹ FERNANDES, Sérgio Henrique Cordeiro Caldas. *A perigosa demonização do Judiciário*. Disponível em: <<http://blogdofred.blogfolha.uol.com.br/2013/04/29/a-perigosa-demonizacao-do-judiciario/>>. Acesso em: 14 jul. 2013.

² MORAES, Alexandre de. *A PEC 33/2011 cria uma crise institucional inútil*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-26/justica-comentada-pec-332011-cria-guerrilha-institucional-inutil>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

Outrossim, critica-se a edição dessa Proposta de Emenda, ao argumento de que seria mera retaliação do Legislativo em face do Judiciário, por coincidir com o julgamento da Ação Penal n. 470, popularmente conhecida como Mensalão, pela Suprema Corte, que condenou 25 réus, entre eles o ex-ministro da Casa Civil José Dirceu, o ex-presidente do PT José Genoíno e os deputados federais João Paulo Cunha (PT-SP), Pedro Henry (PP-MT) e Valdemar Costa Neto (PR-SP). Contudo, esta crítica não seria válida, já que a PEC n. 33 data de 25/05/2011, antecedendo, portanto, o julgamento do Mensalão.

Finalmente, há os que asseveram ser a PEC n. 33 uma boa oportunidade de se repensar o papel do STF, o estreito quórum de declaração de inconstitucionalidade, a conveniência das súmulas vinculantes, o controle abstrato de constitucionalidade e a participação popular no dissenso entre os poderes.

E como encarar essa proposta de emenda à Constituição? Ela é uma má iniciativa, meramente vingativa ou uma boa oportunidade para se repensar a separação entre os poderes no Brasil, sobre o arranjo institucional entre Legislativo e Judiciário e, principalmente, o papel do STF na definição do significado da Constituição? A PEC n. 33 pode representar uma boa oportunidade de se estabelecer uma reflexão muito mais profunda e também mais profícua sobre esses assuntos. É o que se pretenderá expor nos próximos tópicos, fazendo uma análise do assunto à luz das ideias prelecionadas por Jürgen Habermas.

370

O MODELO PROCEDIMENTALISTA OU DELIBERTIVO DE DEMOCRACIA: SOBREPUJAMENTO DOS PARADIGMAS LIBERAL E SOCIAL

É possível afirmar que um dos grandes desafios apresentados às sociedades contemporâneas diz respeito à necessidade de compatibilização entre direitos humanos e soberania popular em Estados democráticos de direito.

Em sua teoria do direito, o filósofo alemão Jürgen Habermas não se furtou à difícil tarefa de contextualizar o modo como o agir comunicativo que ele idealizou influenciaria na estrutura do sistema de direitos. Tratou-se, noutras palavras, de uma tentativa de reconstrução da própria autocompreensão do direito positivo moderno³.

Em suas reflexões, Habermas observa que as ideias de direitos humanos e soberania popular têm determinado a autocompreensão normativa das democracias constitucionais até os nossos dias⁴. Dessa forma, o seu objetivo reside em harmonizar essas duas ideias, extraíveis das noções de autonomia privada e autonomia política, que são imprescindíveis para o entendimento do que seja vida política.

³ MAIA, Antônio Cavalcanti; REDONDO, Manuel Jiménez. *Facticidade y validez (II): el sistema de los derechos*, p. 69.

⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I e II, p. 94.

Uma análise habermasiana da proposta de Emenda à Constituição n. 33

Realmente, a relação problemática entre as liberdades privadas subjetivas e a autonomia política dos cidadãos caracteriza-se como o fio condutor dos debates sobre os modelos de democracia. Habermas aborda as discussões atuais sobre os modelos de democracia presentes nos círculos filosóficos norte-americanos: de um lado, os defensores do ideal liberal (herdeiros dos pensamentos de John Locke, Immanuel Kant e Stuart Mill) sustentam que a ordem jurídica se constrói a partir de direitos subjetivos. De outro lado, autores com tendências comunitaristas (que assentam raízes sobre os ensinamentos de Aristóteles, na tradição Renascentista e na hermenêutica contemporânea), conferem primazia ao conteúdo objetivo apresentado pela ordem jurídica.

O filósofo da Escola de Frankfurt, situando-se entre os dois extremos, defende um terceiro modelo de democracia, fundado sobre o paradigma procedimental da teoria do discurso, conferindo ao processo democrático conotações normativas mais incisivas do que o modelo liberal e, ao mesmo tempo, mais tênues do que no modelo republicano. Na verdade, Habermas lança mão de elementos de ambas as concepções, articulando-os de maneira inovadora.

Explica-se: Habermas, quando sugere o modelo procedimental como terceira via para as democracias contemporâneas, critica os pensadores liberais pela desconsideração das exigências de solidariedade social. Entretanto, também acha insustentável a concepção comunitarista de comunidade fortemente atrelada às noções de eticidade e cultura.

Segundo o modelo habermasiano, direitos humanos e soberania popular têm cooriginariedade (*Gleichursprünglichkeit*), uma vez que autonomia pública e privada pressupõem-se mutuamente. Conforme ensina Maria Eugênia Bunchaft:

O herdeiro da Escola de Frankfurt, por sua vez, contrapõe-se à perspectiva dicotômica entre direitos humanos e democracia, entendendo que o primeiro não deve ser compreendido como um contrapeso ao segundo, mas como um pressuposto necessário ao processo democrático⁵.

Em sua obra “Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade”, Habermas trata do princípio do discurso antes de introduzir o conceito do que ele denominou de “gênese lógica dos direitos”. Segundo seus ensinamentos, o princípio do discurso pode ser formulado da seguinte maneira: “somente são válidas aquelas normas de ação às quais todas as pessoas possivelmente afetadas poderiam dar o seu assentimento como participantes em um discurso racional”⁶.

Após o delineamento do princípio do discurso, que possibilitaria a análise sobre a legitimidade das normas legais, Habermas justifica a ligação entre este e

⁵ BUNCHAFT, Maria Eugenia. Direitos fundamentais e democracia: um diálogo entre Habermas e Nino. *Direitos Fundamentais e Justiça*, ano 5, n. 17, p. 244-270, out./dez. 2011, p. 248.

⁶ HABERMAS, 1997, p. 107.

o princípio da democracia, do qual defluiria o sistema de direitos fundamentais. Nas suas palavras: “o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento como uma gênese lógica de direitos, a qual pode ser reconstruída passo a passo”.⁷

Após esta explicação, Habermas elenca os direitos fundamentais. Nas lições de William Rehg, citado por Antônio Cavalcanti Maia:

Em síntese, estes direitos são divididos em cinco categorias. Os três primeiros são basicamente liberdades negativas, *membership rights* (direitos de cidadania), e direitos relativos ao devido processo legal que reunidos garantem a liberdade individual de escolha, e assim a autonomia privada. O quarto – direitos de participação política – garante autonomia pública. Habermas sustenta que cada lado é indispensável e não pode ser simplesmente reduzido ao outro. Sem os três primeiros grupos de direitos não há autonomia privada (e por consequência não há sujeitos livres e iguais de direitos), mas, sem o quarto conjunto, as leis e direitos garantidores da autonomia privada são mera imposição paternalista ao invés de expressão do governo [...]. Finalmente, uma quinta categoria de direitos relativos ao bem-estar social, necessários na medida em que o efetivo exercício dos direitos civis e políticos depende de certas condições materiais e sociais, como por exemplo, que os cidadãos possam satisfazer suas necessidades básicas materiais⁸.

372

Diante do que foi exposto, é possível observar que, para o aludido jusfilósofo alemão, os direitos fundamentais são pressupostos indispensáveis para o funcionamento adequado de uma democracia. O suposto embate entre direitos humanos e soberania popular (autonomia privada *versus* autonomia pública) é resolvido mediante uma associação interna entre os dois conceitos, de maneira que o papel dos direitos humanos não fica restrito à garantia da ordem, mas vai além, servindo como instrumento fundamental de integração e formação da vontade coletiva dentro do espaço público político⁹.

Transpondo essas conceituações de Habermas para a análise do papel exercido pelos Tribunais constitucionais e, mais precisamente, para a realidade brasileira, é possível inferir que a ampliação do âmbito de atuação do Judiciário na proteção da esfera privada de grupos minoritários, quando o processo deliberativo estiver esvaziado de valor epistêmico, pressupõe:

⁷ Id., *ibid.*, p. 158.

⁸ MAIA, Antônio Cavalcanti. *Jürgen Habermas: filósofo do direito*, p. 110.

⁹ Carlos Santiago Nino, ao contrário de Habermas, é mais liberal. O autor argentino refere-se aos direitos humanos como um contrapeso ao processo democrático, aproximando-se da concepção liberal de direitos quando estabelece um conjunto de direitos individuais que não podem ser violados em hipótese alguma, nem mesmo com o consenso da maioria. In: BUNCHAFT, *op. cit.*, p. 248.

Uma análise habermasiana da proposta de Emenda à Constituição n. 33

[...] a construção de uma nova forma de identidade constitucional inclusiva capaz de gerar adesão afetiva dos cidadãos à Constituição. Nessa perspectiva, embora na teoria habermasiana se possa constatar uma conexão teórica entre procedimentalismo e patriotismo constitucional, especificamente na cultura democrática brasileira, há uma relação fática, mas não contingente, entre substancialismo e *Verfassungspatriotismus*.

[...]

Com efeito, a realidade brasileira demonstra que, muitas vezes, as instâncias deliberativas não atendem a demandas sociais de grupos minoritários, tornando necessária uma maior tutela judicial por meio de argumentos jurídicos racionais. Princípios de abertura argumentativa podem ser resgatados pelo Judiciário, inspirando um processo complexo de articulação da diferença por meio de uma leitura moral da Constituição. [...] Esse aparato hermenêutico-argumentativo é fundamental para inspirar o conteúdo emancipatório da concepção de *Verfassungspatriotismus*¹⁰.

Infere-se, pois, que o objetivo do paradigma procedimentalista do direito é suplantar a crise e as divergências entre os paradigmas anteriores (liberal e social) e fornecer uma legitimação suplementar. Frise-se que o paradigma deliberativo do direito fundado na teoria do discurso traz a necessidade de uma concepção também deliberativa de democracia:

373

Tal qual o paradigma procedimentalista do direito operou a síntese e a superação dos modelos do Estado liberal e do Estado social, o conceito procedimental de democracia intenta combinar características dos dois modelos de democracia em disputa para fornecer um modelo mais adequado às democracias das sociedades complexas atuais¹¹.

Destarte, conclui-se que o modelo deliberativo de democracia descreve, de modo mais adequado, o funcionamento do sistema de direitos em sociedades complexas, como a brasileira, uma vez que fornece critérios suficientes para o esclarecimento da legitimidade do Direito. Frise-se, como Habermas assevera:

[...] as normas de direito só podem obrigar duradouramente quando os procedimentos que comandaram o seu surgimento forem reconhecidos como legítimos. Nesse momento de reconhecimento faz-se valer um

¹⁰ HABERMAS, Jürgen, apud BUNCHAFT, Maria Eugenia. *Direitos fundamentais e democracia: um diálogo entre Habermas e Nino*, op. cit., p. 269.

¹¹ COSTA, Taiz Marrão Batista da. *Súmulas vinculantes e democracia: a verticalização das decisões judiciais e a neutralização do espaço público*. Disponível em: <http://www.academia.edu/693590/Sumulas_vinculantes_e_o_paradigma_procedimental_do_direito>. Acesso em: 15 maio 2013, p. 12.

agir comunicativo que, por assim dizer, aparece no outro lado do sistema de direitos, no lado da formação democrática da vontade e da legislação política enquanto tal.¹²

Estabelecidas essas premissas, demonstrar-se-á, nos próximos tópicos, que a PEC n. 33 não respeita o modelo de democracia deliberativa defendido por Jürgen Habermas, devendo, pois, ser reformulada.

O ART. 103-A DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Incompatibilidade do procedimento das súmulas vinculantes com o modelo habermasiano de democracia

A Emenda Constitucional n. 45/2004 trouxe, além de outras inovações, a possibilidade de o STF editar súmulas vinculantes. Dessa forma, reafirmou-se a pretensão do Supremo Tribunal Federal de revestir-se na condição de soberano, como se fosse o único corpo político a deter a última palavra sobre quase tudo, transformando-se em substituto do poder constituinte soberano¹³. Atualmente, o tribunal constitucional brasileiro é o único ator institucional a ter o poder de decisão para reforma de suas próprias súmulas vinculantes.

374

Pablo Lucas Verdú faz uma analogia com o idioma alemão, asseverando que os Tribunais constitucionais não se limitam a ser o *Hüter* (guardião) da Constituição, mas o *Herr* (dono) dela¹⁴. Não se defende a superioridade do Legislativo sobre os outros poderes, como o fez Kant¹⁵. O que se almeja é o sistema de freios e contrapesos, a fim de que cada poder não abuse de suas funções, usurpando funções constitucionais de outros poderes constituídos e colocando-se acima da própria Constituição e da soberania popular. O próprio Montesquieu exigia que um poder controlasse o outro¹⁶.

Uma das justificativas na emenda constitucional n. 45/2004 para a criação das súmulas vinculantes consiste na morosidade da justiça em face do crescente número de demandas judiciais que sobrecarregavam os Tribunais. Entretanto,

¹² HABERMAS, Jürgen. *Passado como futuro*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993. p. 106.

¹³ BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *Separação de poderes e constitucionalidade da PEC n. 33/201*. Disponível em: <<http://www.brasil247.com/pt/247/brasil/100790/>>. Acesso em: 15 maio 2013.

¹⁴ VERDÚ, Pablo Lucas. *La Constitución en la encrucijada (Palíngenesia Iuris Politici)*. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1994. p. 75-76.

¹⁵ “Todo Estado contém em si três poderes, isto é, a vontade geral se une em três pessoas políticas (trias política): o poder soberano (a soberania), que reside no poder Legislativo; o poder Executivo, que reside em quem governa (segundo a lei) e o poder Judiciário (que possui a tarefa de dar a cada um o que é seu, na conformidade da lei), na pessoa do juiz (...).” KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 1997. p. 341.

¹⁶ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois in oeuvres complètes*, reimpr., Paris, Éditions du Seuil, 1990. Livro XI, Cap. VI.

Uma análise habermasiana da proposta de Emenda à Constituição n. 33

mesmo após a edição da EC n. 45, o número de processos vêm aumentando no decorrer dos anos, conforme se infere da análise da seguinte tabela:

Tabela 1. Movimentação de Processos no Supremo Tribunal Federal: 2000 – 2013

ANO	PROCESSOS PROTOCOLADOS	PROCESSOS DISTRIBUÍDOS	JULGAMENTOS	ACÓRDÃOS PUBLICADOS
2013	72.072	44.170	85.000	13.156
2012	72.148	46.392	84.039	11.794
2011	64.018	38.019	93712	14.105
2010	71.670	41.014	98.529	10.814
2009	84.369	42.729	89.355	17.704
2008	100.781	66.873	104.237	19.377
2007	119.324	112.938	159.522	22.257
2006	127.535	116.216	110.284	11.421
2005	95.212	79.577	103.700	14.173
2004	83.667	69.171	101.690	10.674
2003	87.186	109.965	107.867	10.840
2002	160.453	87.313	83.097	11.685
2001	110.771	89.574	109.692	11.407
2000	105.307	90.839	86.138	10.770

375

Fonte: Portal de Informações Gerenciais do STF¹⁷.

A partir da análise da tabela acima, é possível verificar que as súmulas vinculantes não atenuaram o fluxo processual da Suprema Corte brasileira. Assim, uma das razões que levou o constituinte derivado a criar o referido instituto nunca se justificou.

Ora, uma tentativa de devolver ao Congresso algum tipo de controle sobre a edição de súmulas vinculantes por parte do Supremo Tribunal Federal, com a alteração do art. 103-A da Carta Magna, é uma discussão interessante. Como a súmula vinculante possui atributos de abstração e obrigatoriedade semelhantes aos de uma lei, faz sentido que a decisão sobre a sua efetividade fique a cargo do Parlamento.

Ademais, a súmula vinculante reforça o caráter monológico do STF, na medida em que não permite a ampliação dos debates dos cidadãos sobre os temas versados nos enunciados vinculantes de relevância político-social, ferindo o paradigma procedimental ou deliberativo de democracia. As súmulas vinculantes

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>>. Acesso em: 25 jun. 2013.

conferem um monopólio interpretativo ao STF, permitindo que o tribunal legisle, uma vez que seus enunciados correspondem a normas gerais e abstratas com eficácia *erga omnes*.

O STF, ao elaborar súmulas de forma monológica e impor seu entendimento de forma vinculativa, descumpra precisamente este dever de promoção da democracia deliberativa, na medida em que não promove a autonomia política dos cidadãos, nem sua inclusão dialógica. Mister ressaltar que a comunidade deliberativa não é vista por Habermas como um sujeito substancial, na linha hegeliana, pois, na sua visão, a sociedade não possui uma só interpretação, não é um só sujeito.

O que se percebe, portanto, no plano da facticidade é uma supervalorização do princípio da segurança jurídica em detrimento da legitimidade democrática da formação da vontade pública através do viés comunicativo habermasiano¹⁸. Destarte, sob a perspectiva de uma ética do discurso, os destinatários das súmulas vinculantes deveriam poder se manifestar racionalmente sobre elas, em debates públicos.

Nessa linha, assevera Taiz Marrão Batista da Costa:

376

[...] o mecanismo da súmula vinculante opera com a tensão entre facticidade e validade, mas não elaborando-a como faz o paradigma procedimentalista, mas suprimindo a facticidade em prol da validade. Assim, a deliberação democrática com o fortalecimento da racionalidade da jurisdição, oriunda da aceitabilidade racional, fica prejudicada com o recurso das súmulas vinculantes, devido à supervalorização da segurança jurídica que este opera ao conferir um monopólio interpretativo ao STF. [...] a supervalorização do princípio da segurança jurídica, da legalidade e da validade ocorre em prejuízo da legitimidade democrática da formação da vontade pública por via comunicativa, e, portanto, da democracia.

[...]

A teoria habermasiana, ao atribuir ao tribunal constitucional a tarefa de velar pela prática da autodeterminação deliberativa a desenvolver-se nos fluxos comunicacionais entre a formação institucionalizada da opinião e da vontade e a formação nos círculos informais da comunicação política (núcleo do paradigma procedimentalista), restringe o tribunal constitucional em sua função criativa do direito não apenas no sentido de um dever de observância, mas também de um dever de

¹⁸ LARANGEIRA, Marcelo Farias. *Breves considerações sobre a legitimidade democrática da súmula vinculante a partir da perspectiva discursiva*. Disponível em: <http://www.academia.edu/3264505/breves_consideracoes_sobre_a_legitimidade_democratica_da_sumula_vinculante_a_partir_da_perspectiva_discursiva>. Acesso em: 15 maio 2013, p. 10.

Uma análise habermasiana da proposta de Emenda à Constituição n. 33

promoção da política deliberativa, pois nisso residiria sua própria legitimação democrática. Devemos observar, ademais, que isto implica uma concepção procedimentalista da constituição, o que deve excluir a possibilidade de uma jurisprudência de valores a ser ditada pelo pai-regente tribunal aos filhos de menoridade. Por fim, deve-se ter em mente que a teoria habermasiana objetiva a maior racionalidade e legitimação do direito pela ampliação do número de intérpretes da constituição, objetivo este que, inclusive, o tribunal constitucional, segundo o paradigma procedimentalista, deve garantir enquanto guardião das condições do procedimento democrático.

[...] a necessidade de legitimação do direito deve ser suprida pelo agir comunicativo orientado à aceitabilidade racional de todos os possíveis atingidos (horizontalização do processo de tomada de decisões) e não pelas habilidades sobre-humanas de um juiz ou de um corpo especializado de 11 juízes de forma solitária (verticalização das decisões)¹⁹.

Contudo, poder-se-ia argumentar que, mesmo se reconhecendo a legitimidade do Supremo para editar súmulas vinculantes, a proposta trazida pela PEC33 criaria uma crise institucional. A melhor opção, para alguns autores, seria o legislador editar leis contrárias às súmulas ou simplesmente extinguir esse instituto. Nessa esteira, Rafael Tomaz de Oliveira advoga que:

Partilho da opinião de Georges Abboud de que o melhor seria se a proposta pretendesse extinguir de vez um tal instituto (desde a promulgação da Emenda Constitucional 45/2004, o artigo 103-A, introduzido por tal Emenda, se apresenta como inconstitucional), do mesmo jeito que Portugal extinguiu o Instituto dos Assentos (um paralelo lusitano da experiência das Súmulas)²⁰.

377

O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SEGUNDO O PARADIGMA PROCEDIMENTAL

Superação do caráter “zeusísta” do Tribunal Constitucional

A existência de Tribunais constitucionais não é ponto pacífico na comunidade jurídica pelo fato de eles serem sobrecarregados com tarefas que, em tese, seriam do Legislativo. O problema maior seria quando o tribunal se vale do controle de constitucionalidade das normas, chegando a fazer uma interpretação construtiva da Constituição. Desse modo, indaga-se se tal atividade careceria de legitimidade democrática, por ferir a lógica da divisão de poderes no Estado Democrático de Direito.

¹⁹ COSTA, op. cit., p. 3, 29 e 35.

²⁰ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *A persistência do fator conciliador e a EC 33*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-04/diario-classe-persistencia-fator-conciliador-pec-33>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

O tribunal constitucional brasileiro é tido por muitos como superego da sociedade, como ensina Ingeborg Maus. Ele supera a concepção hercúlea de juiz de Dworkin, o qual Habermas tanto critica, chegando a ser pai do próprio Hércules e de todos os semideuses e deuses: é visto, portanto, como o próprio Zeus (caráter “zeusísta”). Habermas critica essa apoteose da função monológica do Judiciário.

Ao se estabelecer um monopólio interpretativo do STF, chega-se, inevitavelmente, a um monólogo da Corte Suprema, semelhante à operação do princípio monológico da teoria do direito solipsista de Dworkin²¹, que é em “tudo incompatível com o modelo deliberativo de democracia proposto por Habermas, o qual pressupõe a formação horizontal da vontade pública por via comunicativa”²².

Consoante Habermas, a lógica da divisão de poderes precisa ser realizada em estruturas modificadas, por exemplo, pela introdução de formas de comunicação e de participação correspondentes ou pelo estabelecimento de processos judiciais ou parlamentares, de processos da formação de compromissos, entre outros²³.

Habermas tem reserva em falar em criatividade de decisões judiciais. Ele sabe que toda interpretação tem algo de criativo, mas não aceita equiparar tal atividade à legislativa, pois isso feriria a lógica de divisão de poderes. Nesta visão, as competências amplas do Tribunal Constitucional Federal não constituem necessariamente uma ameaça à essa lógica²⁴.

378

É importante sublinhar que a lógica da divisão de poderes requer a primazia da legislação democrática sobre as demais instâncias. Isso porque apenas o legislador político pode acessar ilimitadamente as razões normativas e pragmáticas. Enquanto o Legislativo adota um discurso de fundamentação, o Judiciário adota um de aplicação, e o Executivo, um discurso pragmático.

O STF deve examinar as normas controversas do ponto de vista das condições de comunicação e participação. A sociedade brasileira deve cobrar que o Legislativo não se omita, delegando ao Judiciário tarefas que lhe são próprias. Frise-se que política econômica, financeira e social são âmbitos nos quais o tribunal constitucional deveria manter certa reserva, pois neles o Legislador tem toda legitimidade para tomar decisões.

²¹ “É possível ampliar as condições concretas de reconhecimento através do mecanismo de reflexão do agir comunicativo, ou seja, através da prática de argumentação, que exige de todo o participante a assunção das perspectivas de todos os outros. O próprio Dworkin reconhece esse núcleo procedimental do princípio da integridade garantida juridicamente, quando vê o igual direito às liberdades subjetivas de Ação fundadas no direito às mesmas liberdades comunicativas. Isso sugere que se ancorem as exigências ideais feitas à teoria do direito no ideal político de uma ‘sociedade aberta dos intérpretes da constituição’, ao invés de apoiá-las no ideal da personalidade de um juiz, que se distingue pela virtude e pelo acesso privilegiado à verdade.” In: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, op. cit., p. 277-278.

²² COSTA, op. cit., p. 2.

²³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, op. cit., p. 240.

²⁴ Id., *ibid.*, p. 303-304.

Uma análise habermasiana da proposta de Emenda à Constituição n. 33

Portanto, Habermas idealiza as pessoas como cidadãos com autonomia privada e pública e, neste sentido, com direitos positivos de participação. Os papéis centrais desempenhados pela sociedade civil e pela esfera pública política no modelo procedimentalista de democracia habermasiano denotam tal concepção. E é por tudo isso que o paradigma procedimentalista, baseado na teoria do discurso, apesar de conceber o papel ativo do tribunal constitucional, pela necessária reinterpretação do princípio da separação de poderes, ao mesmo tempo restringe este ativismo pela exigência de legitimação racional das decisões da corte pela gênese democrática do direito.

O ativismo da corte constitucional, dessa forma, é limitado, sob a ótica do paradigma procedimentalista do direito e do modelo deliberativo de democracia, pela autonomia pública dos cidadãos que, enquanto titulares de uma esfera pública jurídica politizada, fazem parte de uma coletividade deliberativa, de uma sociedade jurídica que se organiza pela intersubjetividade do agir comunicativo.

É importante ter em mente que o Supremo não possui um padrão homogêneo no exercício do controle de constitucionalidade, especialmente no âmbito do controle concentrado, em que muitas vezes acaba descurando para uma judicatura de valores, tomando para si uma função que seria, em tese, exclusiva do Legislativo. Apenas este último pode ponderar e, conseqüentemente, normatizar valores.

O critério do que é correto para princípios e normas é aquilo que é bom na mesma medida para todos, enquanto para valores trata-se do que é bom para a comunidade. Direitos fundamentais ganham conotação diferente, consoante sejam tidos como princípios deontológicos, na visão de Dworkin, ou como bens otimizáveis, na esteira de Alexy.

Consoante Lênio Streck:

Enquanto a teoria da argumentação compreende os princípios (apenas) como mandados de otimização, portanto, entendendo-os como abertura interpretativa, o que chama à colação, necessariamente, a subjetividade do intérprete (filosofia da consciência), a hermenêutica parte da tese de que os princípios introduzem o mundo prático no direito, “fechando” a interpretação, isto é, diminuindo – ao invés de aumentar – o espaço da discricionariedade do intérprete. Neste ponto, há que se concordar com Habermas, no sentido de que não se deve ponderar valores, nem no abstrato, nem no concreto. Por isso, a proporcionalidade não será legítima se aplicada como sinônimo de equidade. Proporcionalidade será, assim, o nome a ser dado a necessidade de coerência e integridade de qualquer decisão (aqui há uma aproximação de Habermas com Dworkin)²⁵.

²⁵ STRECK, Lenio Luiz. *O princípio da proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico*. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40>. Acesso em: 6 maio 2013, p. 15.

Para Habermas, direitos fundamentais vão além da compreensão de uma sociedade em determinado momento. Somente uma compreensão deontológica de princípios e normas jurídicas pode colocar uma barreira à arbitrariedade hermenêutica. A adoção de uma judicatura de valores aumenta o risco de julgamentos baseados em argumentos funcionais, em face de argumentos normativos.

Ainda, a jurisprudência de valores levanta o problema da legitimidade, pois ela implica um tipo de concretização de normas que coloca a jurisprudência constitucional no estado de uma legislação concorrente²⁶. Somente uma judicatura de princípios pode retirar a jurisdição do terreno movediço das preferências momentâneas.

Habermas propõe uma teoria da argumentação jurídica ou discursiva do direito para assumir o fardo das exigências ideais que Dworkin atribuiu a Hércules e reinterpreta, assim, a teoria construtivista do direito vigente de Dworkin de acordo com seu modelo procedimentalista.

Na mesma toada de Dworkin, Habermas destaca a necessidade de racionalização das decisões, rechaçando, conseqüentemente, as concepções positivistas de um sistema hermético de regras.

No que concerne ao controle preventivo de constitucionalidade, tem-se no Brasil que a Comissão de Constituição e Justiça verifica se a norma em discussão está em contradição com a Lei Maior. Habermas sugere que, além deste controle preventivo, também o abstrato, ou seja, de leis já promulgadas, seja efetuado também por uma comissão parlamentar composta de pessoas com notável saber jurídico, de *experts*, semelhante a um tribunal²⁷. Tal instância seria o patamar autorreflexivo interno do Poder Legislativo, incrementando a racionalidade da atividade parlamentar. Dessa forma, assegurar-se-ia que assuntos morais e éticos não fossem tidos como estratégias políticas.

Assim, essa internalização da autorreflexão sobre decisões próprias faria com que o legislador mantivesse presente o conteúdo normativo de princípios normativos. Este se perde quando os parlamentares redefinem questões éticas e

²⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, op. cit., p. 320.

²⁷ A Revolução Francesa instituiu um procedimento denominado *référé législatif*, em que, quando o juiz tivesse dúvida quanto à interpretação da lei ou à sua aplicação, deveria recorrer ao legislador para que este interpretasse ou completasse o texto que levantava dúvidas. Queria-se, mediante esse mecanismo, que o juiz não agisse como legislador. Entretanto, esse mecanismo tornou-se impossível e inconveniente, pois recriava outra confusão dos poderes, ao passo que os legisladores tornavam-se juizes, o que é contraditório ao princípio da separação de poderes. Buscou-se outra solução, em que fornecia ao juiz certos poderes Legislativos, permitindo-lhe completar, aclarar, explicar e até modificar a lei. Adotou-se, assim, o art. 4º do Código de Napoleão: “o juiz que recusar julgar a pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado por denegação de justiça”. Em outros termos, esse dispositivo obrigava o juiz a julgar, proibindo a prolação de *non liquet*. PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Uma análise habermasiana da proposta de Emenda à Constituição n. 33

morais, transformando-as em questões negociáveis. Por isso, Habermas critica a jurisprudência de valores, defendendo uma jurisprudência de princípios, ao contrário de Böckenförde e Alexy, que interpretam os princípios como valores. Conforme Habermas, princípios ou normas mais elevadas possuem:

[...] um sentido deontológico, ao passo que os valores têm um sentido teleológico. Normas válidas obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas, ao passo que valores devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente. [...] A validade deontológica de normas tem o sentido absoluto de uma obrigação incondicional e universal: o que deve ser pretende ser igualmente para todos. Ao passo que a atratividade de valores tem o sentido relativo de uma apreciação de bens, o que é bom para nós e não para todos²⁸.

Em sua controvérsia com Carl Schmitt, Hans Kelsen se pronunciou pela institucionalização de um tribunal constitucional, lançando mão de argumentos políticos, compreensíveis para a época, e de teoria do direito. Schmitt, entretanto, não conseguia coadunar com a ideia de que o controle abstrato de normas era uma questão de aplicação de normas, uma operação judicial, pois para ele não haveria nexos entre norma e fato. Já Kelsen afirmava que o objeto do controle não é o conteúdo de uma lei problemática, mas sim a constitucionalidade de sua criação. Entretanto, Habermas aduz que esse argumento só seria válido se fosse interpretado o controle de normas apenas de modo procedimental²⁹.

Habermas aceita condicionalmente o ativismo da jurisdição constitucional quando para implementar o processo democrático e a forma deliberativa da formação da opinião e da vontade política. A função do tribunal constitucional consistiria, pois, na proteção da política deliberativa e, nesse sentido, ele deveria garantir suas bases de funcionamento, as condições pragmático-formais possibilitadoras de uma política deliberativa, fonte de racionalidade e de legitimação democrática.

O tribunal constitucional deveria garantir que a prática da autodeterminação deliberativa se desenvolvesse nos fluxos comunicacionais entre a formação institucionalizada da opinião e da vontade e a formação da opinião e da vontade nos círculos informais da comunicação política (núcleo do paradigma procedimentalista – entrelaçamento da soberania institucionalizada e da não institucionalizada). Neste sentido, a Corte Suprema deve buscar constantemente a inclusão das vozes ausentes, a efetivação da democracia pela amplitude crescente do espectro de intérpretes da constituição³⁰.

²⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, op. cit., p. 316-317.

²⁹ Id., *ibid.*, p. 302.

³⁰ HABERMAS, Jürgen, apud COSTA, Taiz Marrão Batista da. *Súmulas vinculantes e democracia: a verticalização das decisões judiciais e a neutralização do espaço público*, op. cit., p. 39.

Transpondo essa análise para o cenário brasileiro, conclui-se que o STF não pode ser visto como substituto do Legislativo na tomada de decisões importantes sob pressão da sociedade por causa da omissão dos legisladores. Os Tribunais constitucionais devem se limitar ao controle dos princípios nucleares da democracia, não assumindo, porém, a supervisão e até mesmo a produção de resultados políticos desejáveis. Nessa esteira, o republicanismo renovado entende o papel do tribunal constitucional como o de um guardião da democracia deliberativa.³¹

A PARTICIPAÇÃO DOS CIDADÃOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A inovação da PEC n. 33, ao introduzir a participação dos cidadãos, por meio de plebiscito, em questão de aferição de constitucionalidade material de emendas à Constituição é outro ponto importante de debate. Muitos defendem a PEC n. 33 nesse aspecto, por ela dar oportunidade ao povo de se manifestar acerca do assunto em discussão. Marcelo Farias Larangeira leciona que:

Oferecer os canais adequados que fomentem as “situações reais de fala” por parte dos concernidos fortalece a legitimidade democrática seja da súmula com efeitos vinculantes ou de qualquer outro instituto jurídicos (sic) que verse sobre qualquer tema que toquem (sic) a sociedade³².

382

Habermas, com base na sua teoria do agir comunicativo, assevera, pois:

A autenticidade da vontade popular atesta-se unicamente na execução plebiscitária da manifestação de vontade de uma multidão de populares, reunida num dado momento. Antes mesmo de o autogoverno de um povo se solidificar nas competências dos órgãos de um Estado, ele se manifesta em posicionamentos espontâneos pelo sim ou pelo não, diante das alternativas dadas³³.

Outrossim, Habermas aponta que o conceito de “juiz-Hércules” de Dworkin não está em consonância com o paradigma deliberativo, sendo insuficiente como espelho de uma práxis de fundamentação e aplicação de normas, não abrindo espaço a uma participação mais abrangente e inclusiva de todos os membros da comunidade enquanto agentes potencialmente envolvidos³⁴.

Com efeito, consoante Rawls, o fundamento de legitimidade das decisões sobre questões políticas fundamentais deve basear-se em razões que sejam

³¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, op. cit., p. 341.

³² LARANGEIRA, op. cit., p. 11.

³³ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002. p. 155.

³⁴ CARDOSO, Wladirson Ronny da Silva. Verdade e justificação – correção *versus* verdade: contribuições de Habermas para a fundamentação de uma teoria dos direitos humanos. *Rev. Disc. Jur. Campo Mourão*, v. 3, n. 2, p. 18-36, jul./dez. 2007, p. 31-32.

Uma análise habermasiana da proposta de Emenda à Constituição n. 33

publicamente aceitas por todos os cidadãos razoáveis³⁵. Perelman também preleciona que “a administração da justiça, num país democrático, resulta de uma constante confrontação de valores, que implica um diálogo entre o poder Judiciário, o poder Legislativo e a opinião pública³⁶”.

Poderia se sustentar que o povo não deveria se intrometer em discussões sobre a inconstitucionalidade das leis, por ser um problema de higidez de tecnicidade. Mas esse seria um argumento simplista, já que o sistema de direitos não está infenso às reflexões políticas. Frank Michelmann parte da premissa de que o tribunal constitucional, ao intervir na legislação política e ao suspender normas aprovadas pelo Parlamento, teria que apelar para uma autoridade derivada, inferida do direito de autodeterminação do povo³⁷. O tribunal constitucional não poderia “assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade³⁸”. Ou seja, não poderia legitimar sua atuação com base na inércia ou falta de habilidade técnica do povo.

Ainda, poderia se indagar se comunidades heterogêneas, como a brasileira, seriam capazes de chegar a consensos e se o plebiscito seria um mecanismo autêntico de manifestação popular. Schmitt já imaginava a “participação política uniforme dos cidadãos na formação da vontade política como um acordo voluntário das manifestações de vontade dos participantes uníssonos de um povo mais ou menos homogêneo³⁹”. Mas Habermas responde que

Não é necessário um consenso básico anterior, garantido pela homogeneidade cultural, porque uma formação democraticamente estruturada de opinião e de vontade possibilita um acordo normativo racional também entre estranhos⁴⁰.

A PEC n. 33 prevê que a participação do povo se dê por consulta popular, a qual, em geral, é realizada por meio de plebiscito. No entanto, é preciso ressaltar que o plebiscito a ser realizado deve oportunizar um debate coletivo e nacional entre os cidadãos, para que a resposta a ser dada pelo povo seja fruto de uma discussão, de uma deliberação ampla, pública e robusta e não a mera constatação de posições individuais.

O texto não defende uma supremacia parlamentar diante da decisão do Supremo Tribunal Federal, mas, sim, uma supremacia dos cidadãos brasileiros,

³⁵ BUNCHAFT, Maria Eugenia. O Supremo Tribunal Federal e a anencefalia: uma reflexão sobre a legitimidade democrática do Judiciário à luz de Rawls, Habermas e Nino. *Ethic@*, Florianópolis, v. 10, n. 3, p. 55-82, dez. 2011, p. 59.

³⁶ PERELMAN, op. cit., p. 542.

³⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, op. cit., p. 330.

³⁸ Id., *ibid.*, p. 347.

³⁹ SCHMITT, Carl, apud HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*, op. cit., p. 154.

⁴⁰ HABERMAS, op. cit., p. 157.

que serão consultados caso o Excelso Pretório anule uma emenda constitucional brasileira e o Congresso Nacional não concorde com tal anulação. É curial distinguir decisões jurídicas de decisões políticas, pois estas últimas vêm tomando conta das deliberações da Suprema Corte, sob o pretexto de que se trata de matérias constitucionais. Os exemplos são muitos: discussão sobre a lei de biossegurança, demarcação de terras indígenas, verticalização partidária, distribuição dos *royalties* do petróleo, etc.

O papel do Supremo Federal, conforme alhures demonstrado, é o de assegurar a democracia deliberativa, sendo o plebiscito uma boa maneira de todos os cidadãos poderem se manifestar livremente. Cônsono Habermas:

Somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito [...] o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e a pública dos cidadãos. [...] O tribunal tem que tomar precauções para que permaneçam intactos os “canais” para o processo inclusivo de formação da opinião e da vontade, através do qual uma comunidade jurídica democrática se auto-organiza⁴¹.

Ademais, a criação de um plebiscito não obrigatório seria até mais propício, haja vista que a manipulação midiática seria menor, sendo que se manifestariam apenas aqueles que realmente quisessem.

384

Ocorre que a PEC n. 33 objetiva levar a plebiscito questões de constitucionalidade material e não procedimental das emendas constitucionais. Ora, há questões que não podem ser objeto de deliberação, que não podem ser compromissadas. Por isso, crê-se que a ideia de se oportunizar debates à sociedade é curial, mas não no tocante a questões materiais, como a isonomia e as cláusulas pétreas. Até porque a maioria poderia decidir em face de uma minoria.

Habermas é tido como procedimentalista, mas há algo substancialista nele: ele mesmo afirma que há princípios universais que devem ser seguidos e que não podem ser objeto de compromissos pelo Legislativo ou pelo povo. Infelizmente, a doutrina nacional não tem se manifestado nesse ponto, que é de suma importância. Limita-se apenas a atacar ou defender esse ponto de participação popular da PEC n. 33 sob limites superficiais, não realizando o aprofundamento filosófico que a questão demanda.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se decompor, ponto a ponto, as mudanças que a PEC n. 33 almeja instituir, bem como as críticas e as defesas dessas questões. Em seguida, cotejou-se a PEC n. 33 com a teoria deliberativa e as propostas de Habermas, delineando-se o papel do Supremo Tribunal Federal.

⁴¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, op. cit., p. 326-327.

Uma análise habermasiana da proposta de Emenda à Constituição n. 33

Habermas defende, como proposta para a evolução da sociedade, que se transite progressivamente da “ação estratégica” para a “ação comunicativa”. Neste tipo de ação, a orientação deixa de ser exclusivamente para o sucesso individual e passa a se denominar como orientação para o entendimento mútuo.

Nesse novo âmbito, os atores procuram harmonizar seus interesses e planos de ação, por um processo de discussão, buscando um consenso. José Pedro Luchi aduz que, “para que instituições jurídicas funcionem, é preciso uma formação progressiva da população. Do contrário, ou o sistema jurídico se desintegrará, ou haverá uma crescente cisão entre lei e prática social efetiva”⁴².

Na realidade brasileira, a extinção do controle de constitucionalidade não seria favorável, haja vista que a sociedade ainda confia mais no Judiciário do que no Legislativo. É da cultura nacional tal pensamento. Ademais, não se pode realizar mudanças drásticas, como a referida, sem uma participação popular.

O que não é digno de consideração é o uso da PEC n. 33 como raivosa reação do Congresso Nacional às atuações da Corte Constitucional ou como mera resposta revanchista que busca mitigar o papel do Supremo na interpretação da Constituição. Se assim fosse, a PEC n. 33 apresentar-se-ia como uma proposta não apenas injustificada, mas também demagógica.

Não se pode ter como heresia a discussão desses tópicos, como tem sido feito atualmente, chegando-se ao ponto de se dizer que seria melhor que se fchasse o Pretório Excelso. Em outros países sempre se discutiu o papel do tribunal constitucional, podendo-se citar Ingeborg Maus na Alemanha, Javier Perez Royo na Espanha e Mark Tushnet nos Estados Unidos da América.

O debate é de extrema importância para a maturidade dos conflitos democráticos. Ora, Othoniel Pinheiro Neto preleciona a importância de se estudar tais assuntos:

Doutrinadores americanos e europeus, são justamente esses que estão travando debates a respeito das limitações dos poderes do Judiciário diante do sistema democrático. Autores como Jeremy Waldron, Jorge Reis Novais, John Hart Ely, Jeremy Bentham, Jürgen Habermas e John Rawls já publicaram livros que abordam a temática sem causar qualquer espanto na comunidade jurídica de seus países, ao contrário do Brasil, local em que, somente pelo fato de estarmos tocando no assunto, estão tratando isso como uma blasfêmia⁴³.

⁴² LUCHI, José Pedro. A lógica dos direitos fundamentais e dos princípios do Estado. In: LUCHI, José Pedro (Org.). *Linguagem e sociabilidade*. Vitória: EDUFES, 2005. p. 179.

⁴³ NETO, Othoniel Pinheiro. *O STF, o Congresso e os cidadãos: entre a democracia e a juristocracia*. Disponível em: <<http://www.fatonotario.com.br/artigos/ver/268/o-stf-o-congresso-e-os-cidadaos-entre-a-democracia-e-a-juristocracia>>. Acesso em: 14 maio 2013.

Se o nosso sistema representativo não funciona a contento, não é motivo para atribuir poder de decisão ao Judiciário, mas, sim, encontrar alternativas, desde que se respeite o valor de cada cidadão brasileiro em uma democracia pluralista.

Portanto, o que se pretende sublinhar e defender nesta brevíssima análise é a possibilidade de a PEC n. 33 ser compreendida como uma tentativa de se estabelecer um verdadeiro diálogo institucional entre os poderes, bem como de devolver ao povo a decisão final sobre o significado da Constituição quando não houver entendimento (*Verstand*) entre o Judiciário e o Legislativo sobre uma determinada controvérsia constitucional procedimental.

Ao contrário das leituras precipitadas e levianas mencionadas, as quais endeusam o Judiciário e demonizam o Legislativo (ou vice-versa), entende-se que um tal arranjo pode servir para melhorar não só as relações entre os poderes, mas também no interior dos próprios poderes e, sobretudo, responder a pergunta que se fez inicialmente sobre quem e o que deve se beneficiar com a separação de poderes, isto é, o povo e, conseqüentemente, a concretização de seus direitos fundamentais.

O Legislativo deve ter coragem política, ou seja, não pode temer legislar sobre temas polêmicos e de relevância política e social, como aborto de anencéfalos e casamento entre pessoas do mesmo sexo. Ademais, o efeito vinculante das decisões do Supremo nunca impediu que o Legislativo decidisse de forma diversa. Não é preciso uma proposta de emenda à Constituição para permitir que o Legislativo assuma o ônus político de dar uma decisão contrária à daquele tribunal.

386

Nem o juiz nem o legislador agem isoladamente, mas estão sempre referenciados ao ato constitucional fundador e à práxis democrática dos cidadãos. O papel do tribunal constitucional é o de guardião e promotor dos procedimentos democráticos, mais do que garantidor de conquistas materiais ou apenas defensor dos cidadãos em face do Estado. Seu papel é o de proteger o sistema de direitos, possibilitando, concomitantemente, a autonomia privada e a autonomia pública dos cidadãos.

Finalmente, conclui-se que o direito não está imune a uma tensão entre a facticidade e validade. Entretanto, não se pode deixar que a *Weltschmerz*⁴⁴ nos atormente ao ponto de impedir de aprimorar nossas instituições, com o fito de se alcançar, ou tentar se alcançar, uma democracia deliberativa nos moldes descritos por Jürgen Habermas, propiciando canais que conduzam às situações reais de fala.

⁴⁴ Termo cunhado pelo escritor alemão Jean Paul Richer, que designa o sentimento experimentado por alguém que entende que a realidade física nunca pode satisfazer as exigências da mente. Em termos simplórios, é a depressão causada por ver o mundo como ele é, e não como ele deveria ser, consoante nossas convicções.

REFERÊNCIAS

- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; NUNES, Dierle; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Controle de constitucionalidade é judicial, não político*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/sistema-controle-constitucionalidade-judicial-nao-politico>>. Acesso em: 14 maio 2013.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao>>. Acesso em: 15 maio 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Assessoria de Assuntos Estratégicos. Documento: Acervo Processual. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoBOInternet/anexo/acervoquadros.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2013.
- BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *Separação de poderes e constitucionalidade da PEC n. 33/201*. Disponível em: <<http://www.brasil247.com/pt/247/brasil/100790/>>. Acesso em: 15 maio 2013.
- BUNCHAFT, Maria Eugenia. Direitos fundamentais e democracia: um diálogo entre Habermas e Nino. *Direitos Fundamentais e Justiça*, ano 5, n. 17, p. 244-270, out./dez. 2011.
- BUNCHAFT, Maria Eugenia. O Supremo Tribunal Federal e a anencefalia: uma reflexão sobre a legitimidade democrática do Judiciário à luz de Rawls, Habermas e Nino. *Ethic@*, Florianópolis, v. 10, n. 3, p. 55-82, dez. 2011.
- CARDOSO, Wladirson Ronny da Silva. Verdade e justificação – correção *versus* verdade: contribuições de Habermas para a fundamentação de uma teoria dos direitos humanos. *Rev. Disc. Jur. Campo Mourão*, v. 3, n. 2, p. 18-36, jul./dez. 2007.
- COSTA, Taiz Marrão Batista da. *Súmulas vinculantes e democracia: a verticalização das decisões judiciais e a neutralização do espaço público*. Disponível em: <http://www.academia.edu/693590/Sumulas_vinculantes_e_o_paradigma_procedimental_do_direito>. Acesso em: 15 maio 2013.
- DANTAS, Felipe. *PEC 33/2011 – “E a última palavra sobre alteração constitucional vai para...”*. Disponível em: <<http://www.direitoeliberalismo.org/pec-332011-e-a-ultima-palavra-sobre-alteracao-constitucional-vai-para/>>. Acesso em: 15 maio 2013.
- FERNANDES, Sérgio Henrique Cordeiro Caldas. *A perigosa demonização do Judiciário*. Disponível em: <<http://blogdofred.blogfolha.uol.com.br/2013/04/29/a-perigosa-demonizacao-do-judiciario/>>. Acesso em: 14 maio 2013.
- GODOY, Miguel Gualano de; CHUEIRI, Vera Karam de. *Quem detém a última palavra sobre o significado da Constituição: a PEC 33, seus limites e possibilidades*. Disponível em: <<http://constitucionalismoedemocracia.blogspot.com.br/2013/05/quem-detem-ultima-palavra-sobre-o.html>>. Acesso em: 14 maio 2013.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I e II.
- HABERMAS, Jürgen. *Passado como futuro*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 1997.