

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
BACHARELADO EM CIÊNCIAS SOCIAIS**

**DIÁLOGO INSTITUCIONAL ENTRE OS PODERES LEGISLATIVO E
JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: O CASO DA PEC -
33/2011**

Luiza Hammarström Beck

**Santa Maria, RS, Brasil
2017**

Diálogo Institucional entre os Poderes Legislativo e Judiciário no Estado Democrático de Direito: o Caso da PEC- 33/2011

Resumo: Este trabalho pretende discutir a relação dos Poderes Legislativo e Judiciário em um contexto de Estado Democrático de Direito. O papel essencial que a Constituição Federal possui para a consolidação e efetivação da Democracia no Brasil. Quando os poderes divergirem sobre os mandamentos constitucionais, quem possui legitimidade para resolver a questão? A proposta do presente trabalho procura apontar para um diálogo em que envolva a participação popular. Para ilustrar o assunto, o objeto escolhido, a Proposta de Emenda à Constituição número 33 de 2011, pois, essa trouxe o debate acerca da competência e limites dos Poderes Legislativo e Judiciário.

Palavras-chave: Poder Legislativo, Poder Judiciário, Separação de Poderes, Constitucionalismo, Constituição, Estado Democrático de Direito, Poder Constituinte, Poder Constituinte Derivado Reformador, Proposta de Emenda à Constituição.

Abstract: Abstract: This paper will discuss the relationship between the legislative and judicial branches in the context of a Democratic State of Law. The Federal Constitution has an essential role in the consolidation and effectiveness of democracy in Brazil. When the branches disagree about constitutional amendments, who would have the legitimacy to solve the issue? This paper's proposal is trying to point out a dialogue in which the Popular Party is participating. To illustrate the subject, the object chosen, the Proposed Amendment to the Constitution number 33 of 2011, therefore, this brought the debate about the competence and limits of the Legislative and Judiciary Powers.

Key words: Legislative Branch, Judicial Branch, Separation of Powers Branches, Constitutionalism, Constitution, Democratic State of Law, Constitution Powers, Derivative Constituent Power, Constitutional Reformer, Constitutional Amendment.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste estudo é fazer uma breve retrospectiva histórica acerca da delimitação legal do poder político. O marco essencial é o surgimento do Estado Liberal caracterizado pela separação de poderes e com o movimento político denominado

constitucionalismo. Busca-se relacionar esses acontecimentos que acabaram por influenciar a formação de um Estado de Direito para a consolidação do Estado Democrático de Direito cujo marco adotado neste trabalho é a Constituição Federal de 1988.

A questão central a ser desenvolvida consiste no relacionamento entre os poderes da República, em especial, o Poder Legislativo representado pelo Congresso Nacional e o Poder Judiciário com enfoque no papel do Supremo Tribunal Federal - STF. Para ilustrar o tema usa-se a Proposta de Emenda à Constituição - PEC número 33 do ano de 2011 que traz o debate sobre as competências de cada poder, e principalmente, discute a legitimidade que cada poder possui em “dizer a constituição”.

Destaca-se o papel fundamental que o texto constitucional possui para a qualidade da democracia, em caso de divergências, conflitos entre os poderes Legislativo e Judiciário, o que se entende como algo que faz parte do contexto democrático, o dissenso. Qual a saída ou qual a resposta mais democrática? Quem detém legitimidade para dizer a Constituição em uma situação de conflito entre os referidos poderes?

Para desenvolver o assunto, foi feita uma pesquisa bibliográfica e em editoriais de jornais, com opiniões de profissionais sobre o tema, a polêmica PEC - 33, os quais trazem aspectos relevantes sobre pontos positivos e negativos levantados pela proposta.

2. A DELIMITAÇÃO LEGAL DO PODER POLÍTICO

O conceito da criação deliberada de novas leis, que hoje se entende como legislação, passou a ser aceito gradualmente apenas na Baixa Idade Média. A ideia de limitação do governo, que teve sua origem no século XVII, foi o ponto chave para o surgimento de novas questões. O surgimento destas vislumbrou um novo conceito e modelo, a “*Constitutio Libertatis*”, sendo um instrumento para lutar contra o arbítrio do poder estatal. (HAYEK, 1983).

Devido à gradativa superação do modo de produção feudal e com o advento do capitalismo mercantil, fez-se necessária uma redefinição do Estado. O Iluminismo pautava pela busca da razão em detrimento da autoridade, destruindo conseqüentemente as bases legitimadoras do Estado Medieval em que todo o poder do Estado era justificado como um poder divino, sendo o soberano a autoridade que representava Deus na terra, conforme podemos perceber na passagem a seguir:

O iluminismo havia destruído a fundamentação legitimista do Estado medieval, a concepção de que o poder público estava autorizado a atuar por delegação e em nome de Deus. O Estado passou a ser considerado uma instituição humana, que deriva sua legitimidade da vontade do povo, tendo por tarefa procurar o bem-estar terreno dos súditos. O soberano já não era um delegado de Deus, situado acima do Estado, mas era um mandatário do povo dentro do Estado e, ao contrário de um senhor latifundiário, não podia tratá-lo como sua propriedade (KUHN, 1979, p. 242).

O Estado passou então a ser entendido como uma instituição humana e sua legitimidade como aquela derivada da vontade popular. Por consequência, o soberano passou a ser tratado como mandatário do povo dentro do Estado, deixando seu poder de ser patrimonial, isto é, o soberano não dispõe do poder que lhe é atribuído pelo povo, o poder é exercido por meio de regras conhecidas por todos. Nesse viés, o poder político não é compreendido como propriedade particular à mercê da vontade pessoal da autoridade (PETERSEN; CORSETTI; PEDROSO; UHICH, 1988).

De acordo com os teóricos liberais, Locke e Rousseau, o Estado Liberal nasce a partir de um pacto entre os homens, justificando o surgimento do Estado de maneira racional. O poder do Estado era visto, nessa perspectiva, como consequência do poder que os homens lhe atribuíam e sua finalidade era colocada como sendo a realização do bem geral. Caracteriza-se assim, a visão contratualista do Estado. As posturas de Locke, no final do século XVII e Rousseau no século XVIII, partiram da ideia de um pacto social para desenvolver o conceito de Estado, que resultava da posição combativa da burguesia frente ao poder do Estado Absoluto, isto é, ao final do século XVII e, principalmente, no século XVIII a burguesia defendia a máxima racionalização e delimitação legal da autoridade, a fim de participar do poder político:

Locke descreve o Estado Natural como um Estado de perfeita liberdade individual e de igualdade. Como os homens temiam que esse Estado pudesse degenerar em um estado de guerra, no qual um homem tentasse submeter o outro a seu poder absoluto, delegaram poderes a um Estado, através de um contrato social, para que esse assegurasse seus direitos naturais como, a sua propriedade (PETERSEN; CORSETTI; PEDROSO; UHICH, 1988, p.40 - 41).

Do mesmo modo Rousseau também considerava que o poder do Estado está respaldado no povo, esse sim era soberano. De acordo com Petersen; Corsetti; Pedroso; Ulich (1988) é importante observar que a perspectiva de Locke e Rousseau caracteriza as pretensões da classe burguesa no final do século XVIII, quando esta já detinha relevante poder econômico e disputava espaço no poder político. Como a burguesia não poderia derrubar o regime de monarquias absolutistas, ela buscou ter acesso ao poder por outro viés, através da criação e desenvolvimento do poder legislativo, fazendo uso, portanto, das ideias dos teóricos

liberais. “O Parlamento – local onde é exercido o poder legislativo – foi por essa razão a instituição central do Estado Liberal burguês, sendo a conquista da república seu fim último”. (PETERSEN; CORSETTI, PEDROSO; UHICH, 1988, p.61)

Enquanto a burguesia lutava para conquistar e consolidar seu poder político, no âmbito legislativo, ou seja, parlamento buscou assim findar de vez com os resquícios da antiga ordem, de modo a manter a concepção de poder e Estado tal como essa era defendida pela teoria liberal (PETERSEN; CORSETTI; PEDROSO; UHICH, 1988).

Conforme Streck; Morais (2014) houve o rompimento paradigmático da velha ordem medieval para a nova ordem, a qual se dá principalmente através da passagem das relações de poder, até então em mão privada do senhor feudal, para a esfera pública, o Estado centralizado. Isto é, na medida em que ocorria a alteração do modo de produção, a sociedade agregava novas exigências ao que até então era exercido pelo poder privado. Se na Idade Média o poder político de controle social permanecia em mãos particulares, confundindo-se com o poder econômico, a partir do Estado Moderno e da economia de mercado formalizou-se uma separação relativa entre tais poderes. Assim, estabelecia-se a dicotomia sociedade civil/sociedade política.

A distinção entre o poder político e econômico e a separação das funções administrativas, políticas e a sociedade civil são as principais características que marcaram a passagem da forma estatal medieval para o estado moderno. O capitalismo, como novo modo de produção, demandava, assim, um conjunto de normas impessoais gerais que proporcionasse segurança e garantias aos súditos (burguesia em ascensão) para que estes pudessem comercializar e produzir riquezas com segurança e com regras determinadas.

De fato, o “império da lei” significa o governo da representação do povo, que proclamou as leis sob o olhar atento da opinião pública e por incumbência do povo inteiro. Só é direito o constituído por via democrática. Por conseguinte, o conceito de “Estado de Direito” significa “Estado com poder legislativo parlamentar, diferentemente do Estado governamental ou administrativo, cujo exercício do poder não está regulado por leis gerais, caracterizando-se pela ordem pessoal ou pela medida decretada em cada situação concreta (KUHN, 1979, p. 255).

A forma de ordenação da justiça de acordo com a perspectiva do liberalismo consiste em uma ideia de Estado fundada em uma comunidade de direito, desprovida do emprego da força, onde todos os indivíduos são iguais perante a lei e podem desenvolver-se livremente, segundo suas capacidades. A segurança legal mediante a previsibilidade caracteriza a finalidade das leis. O domínio pessoal deveria ser substituído por leis, assim, governam

normas gerais e abstratas, que coincidiriam com a opinião pública, sendo, por isso, racionais (KUHNL, 1979).

Nessa perspectiva de Estado Liberal caracterizada pela separação de poderes disposta em norma escrita com força suprema-soberana, denominada como “Constituição” que se passa a discorrer a seguir.

3. O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A IDEIA DE UMA CONSTITUIÇÃO

O princípio da separação de poderes é a base da Constituição, como traz Hayek (1983), após o princípio de separação dos poderes não foi talvez totalmente considerado, contudo “um princípio básico do direito constitucional ao menos continuou sendo parte das doutrinas políticas vigentes” (p.195). A codificação da política, dos princípios práticos, que a partir de então deveriam controlar os poderes do governo, constitui aspecto importante da obra de Locke. O autor se preocupa principalmente com a fonte que legitima o poder e com os objetivos do governo em geral, o problema prático no qual ele se concentra é como impedir que o poder, independentemente de quem o exerce, se torne arbitrário. A tese de Locke opõe-se principalmente ao “exercício irregular e incerto do poder”: o conceito básico é:

aquele que detém o poder legislativo ou supremo em uma comunidade deve governar mediante leis preestabelecidas permanentes, promulgadas e conhecidas pelo povo, e não por decretos extraordinários, mediante juízes imparciais e íntegros que terão que decidir as controvérsias com bases nestas leis; e empregar as forças internas da comunidade unicamente no cumprimento de tais leis (HAYEK, 1983, p. 197).

Ainda, vale ressaltar que:

Locke recusou-se a reconhecer qualquer poder soberano. A principal salvaguarda prática proposta pelo autor contra o abuso de autoridade é a separação de poderes. Sua maior preocupação está na maneira de limitar a discricionariedade daquele que detém o poder executivo. Seu objetivo último é aquilo que atualmente definimos como restrição de poder, os homens elegem e autorizam um legislativo para que possam existir leis e ser estabelecidas normas que sirvam de salvaguarda e proteção os bens de todos os membros da sociedade, para limitar o poder e moderar o domínio de cada parte e membro daquela sociedade (HAYEK, 1983, p. 194).

Montesquieu, principal idealizador da ideia de separação de poderes, explica sua importância:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois, o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as relações públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos (MONTESQUIEU, 1973, p. 157).

A teoria de Montesquieu se incorpora ao constitucionalismo, segundo ela, os poderes não poderão estar reunidos em uma só pessoa, ou seja, Executivo, Legislativo e Judiciário deverão ser independentes e autônomos, o que deve evitar o arbítrio da tirania em que só uma pessoa possui todos os poderes. A separação de poderes trouxe a consagração da ideia do Estado Democrático, o que possibilita uma construção democrática que dá origem a uma complexa construção doutrinária conhecida como Sistema de Freios e Contrapesos.

Os atos são de duas espécies, explica Dallari (1931), os gerais ou os especiais. Os primeiros podem ser praticados pelo Legislativo, são regras gerais e abstratas não se sabendo a quem elas irão atingir, assim o poder legislativo só pratica atos gerais. Depois de emitida a norma geral é que o executivo atua por meio de atos especiais, este limitado pelos atos gerais do poder legislativo. Já o poder judiciário age no sentido de fiscalizar qualquer exorbitância, obrigando-se aos limites de sua esfera de competência.

A ideia de Constituição dotada de supremacia, estabelecadora de direitos fundamentais, garantias e direitos individuais, que dispõe sobre a divisão e organização dos poderes, bem como regras acerca do processo legislativo, é fruto de um movimento político ou, como definiu Canotilho (2002), uma teoria normativa da política, a qual é caracterizada principalmente pela limitação de poderes com fins garantísticos, denominada constitucionalismo.

3.1 Constitucionalismo

Conforme Canotilho (2002) o Constitucionalismo Moderno é definido como o movimento político, social e cultural, que surge a partir de meados do século XVIII, questionando nos planos político, filosófico e jurídico as estruturas tradicionais de domínio público, reivindicando um novo modo de ordenação e fundamentação do poder político. Esse movimento pretende opor-se ao chamado constitucionalismo antigo, ou seja, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçados na existência de direitos estamentais

perante o monarca e conseqüentemente limitadores de seu poder. Estes princípios foram consolidados desde o fim da Idade Média até o século XVIII.

O Constitucionalismo Moderno traz fonte primária e justificadora do poder, o que chamou de Poder Constituinte, este é entendido como soberania constituinte do povo, ou seja, o poder do povo através de um ato constituinte de criar uma lei superior juridicamente ordenadora da ordem política parece ser hoje uma evidência. No entanto, a distinção clara entre poder constituinte que faz as leis fundamentais e um poder legislativo que faz as leis não fundamentais foi precedida de uma laboriosa construção teórica.

Aduz que a conjectura sugestiva tendo sua identificação como doutrina do poder constituinte: o estado de origem social, onde o cidadão possui uma base de garantias, tais como, a propriedade, que é anterior a qualquer modelo de governo. Ademais, o voto de “minerva” era conferido ao povo e não a um senhor supremo, sendo o contrato social do qual a sociedade pactua, limitando o poder e por sua vez legitimando o povo como autoridade política, impedindo a arbitrariedade. Deste modo, houve um salto do estado de natureza para o estado de direito.

Se em Locke a sugestão de um poder constituinte aparecia associada ao direito de resistência reclamado pelo radicalismo whig, em Sieyes a fórmula *pouvoir constituant* surge estreitamente associada à luta contra a monarquia absoluta. (CANOTILHO, 2002, p. 73).

Os pontos principais elencados por Sieyes sobre o poder constituinte são: uma nação, sendo só ela legítima para fazer uma nova constituição, o poder constituinte é aquele que cria a carta magna, esse poder é ilimitado, é supremo, incontrolável, fundacional, isto é, não possui limites apenas caberá a ele determinar as fronteiras. Sendo assim, é tido como o poder legítimo de criar o documento supremo de um país, ou seja, que põe em vigor ou mesmo constitui normas jurídicas de valor constitucional organizando o Estado e delimitando seus poderes de modo a fixar-lhes as competências e que, por sua vez, trará os limites para o poder positivo tido como o poder supremo (CANOTILHO, 2002, p. 73).

Segundo a teoria de Canotilho (2002), há uma relação entre poder constituinte e a Carta Magna. Isso quer dizer que não existem momentos de tensão entre um poder incondicionado, permanente e irrepetível, pois o poder constituinte é um “poder constituído” pela constituição (ou “poder legislativo constituído”) caracterizado pela estabilidade e vinculação a formas. Por um lado, o poder constituinte “não está previamente submetido a qualquer constituição”, por outro lado, e segundo as suas próprias palavras, “uma constituição

é um corpo de leis obrigatório ou não é nada”. Esta tensão entre o poder constituinte incondicionado e a obrigatoriedade jurídica da constituição justificou a introdução do conceito de poder constituinte derivado ou poder de revisão constitucional a quem compete alterar, nos termos da constituição, as normas ou princípios por esta fixados.

A titularidade do poder constituinte reside no povo, aos problemas conferidos ao titular de tal poder a resposta surge da democracia, uma vez que o povo compreendido como sujeito que pode decidir ou deliberar sobre a formação do seu ordenamento político/social/jurídico, portanto, “poder constituinte significa, assim, poder constituinte do povo”. A grande crítica de Canotilho (2002) é acerca da titularidade do poder constituinte ser algo subjetivo, advindo da ideia de nação. Dessa forma, com o povo é possível ter uma “base”, que por sua vez pode ser localizado no tempo, espaço e lugar onde se encontram, assim, sendo possível, definir “grupos de pessoas que agem segundo ideias, interesses e representações de natureza política”.

Ao falar-se do povo político como titular do poder constituinte e de povo como “grandeza pluralística” pretende-se também insinuar o abandono de um mito que acompanhou quase sempre a teoria da titularidade do poder constituinte: o mito da subjetividade originária (povo, nação, Estado). Se se quiser encontrar um sujeito para este poder teremos de o localizar naquele complexo de forças políticas plurais – e daí a plurisubjetividade do poder constituinte – capazes de definir, propor e defender ideias, padrões de conduta e modelos organizativos, susceptíveis de servir de base à constituição jurídico-formal (CANOTILHO, 2002, p. 75).

De acordo com Canotilho (2002), o povo político é englobado tanto pela maioria que elege seu representante, assim como a minoria vencida, portanto o “povo maioritário: o povo maioritário pertence ao povo político, mas não o esgota”. A questão de o povo minoritário não ter executado o dever de voto a favor do representante eleito, não os exclui da qualidade de povo, no sentido político, sendo assim, ainda pertencendo ao povo político.

Portanto, a separação dos poderes que tem como objetivo limitar o poder do Estado através de um texto constitucional, elaborado por meio de um poder constituinte originário, representado por uma assembleia constituinte exclusiva, eleita pelo povo, esse o titular primeiro e legítimo de todo poder, caracteriza o caráter democrático do Estado.

3.2 O Estado de Direito e o Estado Democrático de Direito

Segundo Bobbio (1986), o governo das leis celebra o próprio triunfo na democracia. Logo, a democracia nada mais é senão um conjunto de regras, o que o autor chamou de regras

do jogo para a solução dos conflitos sem derramamento de sangue, em que consiste o bom governo democrático se não, acima de tudo, no rigoroso respeito a estas regras:

“Estado de direito”, isto é, do estado que tem como princípio inspirador a subordinação de todo poder ao direito, do nível mais baixo ao nível mais alto, através daquele processo de legalização de toda ação do governo que tem sido chamado, desde a primeira constituição escrita da Idade Moderna, de “constitucionalismo” (BOBBIO, 1997, p. 6).

Existem duas manifestações extremamente reveladoras da universalidade desta tendência à submissão do poder político ao direito. A primeira é a interpretação weberiana do Estado Moderno como Estado Racional e Legal, abordado na obra de Bobbio (1986), como estado cuja legitimidade repousa exclusivamente no exercício do poder em conformidade com as leis, a segunda é a teoria kelseniana do ordenamento jurídico como cadeia de normas que criam poderes e de poderes que criam normas, cujo marco inicial é representado não pelo poder dos poderes, como foi sempre concebida a soberania na teoria do direito público que se constituiu com o formar do estado moderno, mas pela norma das normas, a grande norma, da qual dependem a validade de todas as normas do ordenamento e a legitimidade de todos os poderes inferiores.

3.3 Constitucionalismo e soberania popular: Constituição Brasileira de 1988.

Segundo Lenza (2009), todo o poderio deve ser limitado, com a finalidade de conter o arbítrio dos governantes por meio de um texto normativo, sendo representado neste contexto pela carta magna, dotada de soberania. A constituição sendo uma proteção aos direitos fundamentais tem na sua base o povo, que forma o Estado Democrático de Direito. “Conforme o art. 1^a da CF/88. Parágrafo único: Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

O titular do poder é o povo. Como regra, o exercício desse poder, cujo titular, repita-se é o povo, dá através dos representantes do povo, isto é, ao Poder Legislativo, são os deputados federais (âmbito federal), os deputados estaduais (âmbito estadual), os deputados distritais (âmbito do DF), os vereadores (âmbito municipal) e os deputados territoriais (âmbito de eventuais territórios federais que venham a ser criados). Os Senadores da República Federativa do Brasil representam os Estados-membros e o Distrito Federal, como dispõe o art. 46 da CF/88 (LENZA, 2009, p. 14).

Por sua vez, o Poder Constituinte Derivado Reformador é aquele poder conferido pelo Poder Constituinte Originário para alterar a Constituição por meios de propostas de

emenda à Constituição – PEC. Uma das características do Poder Constituinte Reformador é o fato de ser um poder condicionado, isto é, limitado, pois só pode agir nas condições pré-estabelecidas pelo constituinte originário. Portanto, é subordinado, uma vez que se encontra hierarquicamente abaixo do poder constituinte originário (LENZA, 2009).

As limitações ao Poder Constituinte Derivado Reformador ao poder de reformar a constituição estão previstas do artigo 60¹ da Constituição Federal de 1988. Entende-se como Poder Constituinte Derivado Reformador pela Carta Magna, o Poder Legislativo, o qual é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal – artigo 44 da Constituição Federal (LENZA, 2009).

Passe-se agora a discussão sobre as competências dos poderes legislativos e judiciário em um contexto de Estado Democrático de Direito consolidado pela Constituição Federal de 1988, a questão central gira em torno da legitimidade dos referidos poderes, em dizer a Constituição: Qual o limite de cada poder? Em caso de divergência de tais poderes, qual a saída mais democrática a seguir? A polêmica Proposta de Emenda à Constituição de número 33 em 2011 escolhida para ilustrar o debate, sem a pretensão de esgotar o assunto neste trabalho, dado a complexidade do assunto.

4 A PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO NÚMERO 33 DE 2011

Esta é a proposta que visa à alteração da quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade, isto é, altera o artigo 97² da Constituição Federal que passará a seguinte redação: “Somente pelo voto de quatro quintos de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a

¹ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. § 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

² Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público”. A proposta também altera o artigo 103-A³ da Constituição Federal que será redigido da seguinte forma:

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

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

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

§4 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.

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

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

Isto quer dizer que condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo. Ainda a proposta de Emenda à Constituição de número 33 de 2011 propõe a submissão ao Congresso Nacional à decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição, assim acrescentam novos parágrafos ao artigo 102 da Constituição Federal, os quais são:

³ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§2A . 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.

§2B A manifestação do Congresso Nacional sobre a decisão judicial a que se refere o §2ª 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.

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

A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) analisada diz respeito, em linhas gerais, acerca da competência exclusiva do Congresso Nacional de zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros poderes (artigo 49, XI da Constituição Federal). A proposta em questão acusa o Poder Judiciário, representado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), de extrapolar sua função, que seria apenas a de julgar e não legislar. Denominadas ações/atuções do Supremo Tribunal Federal são caracterizadas pelo fenômeno chamado de ativismo judicial e judicialização das relações sociais.

O ativismo judicial é um fenômeno que se caracteriza por um comportamento proativo dos membros do Poder Judiciário, isto é, ao julgar vão além do que o caso concreto exige, inovando normas, essas que não passaram pelo crivo do legislador. Já a judicialização das relações sociais decorre do modelo constitucional abstrato, previsto no artigo 103⁴ da Constituição, adotado no Brasil, visto que dispomos de uma Constituição Analítica, vejamos: “No Brasil, o legislador constituinte confiou ao Supremo Tribunal Federal (STF) o controle abstrato da constitucionalidade das leis, mediante a provocação da chamada comunidade de intérpretes da Constituição” (WERNECK; CARVALHO; MELO; BURGOS, 1999, p. 47).

É compreensível que problemas de ordem política, social, econômica, diante da inércia do Poder Legislativo, sejam levados ao Poder Judiciário para a busca de respostas às questões concretas ou até mesmo a busca pela efetivação/concretização de direitos e garantias já postas no texto legal. São notáveis as deficiências do Poder Legislativo, no entanto, não se

⁴ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. § 1º O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal. § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. § 3º Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

pode justificar a atuação exacerbada do Poder Judiciário em demandas que são próprias da competência legislativa, em outras palavras, o Supremo Tribunal Federal não pode ocupar o espaço reservado ao Congresso Nacional, sob pena, de ferir a separação dos poderes (FONTELES, 2013).

Não resta dúvida da importância que um poder que possui legitimidade direta, ou seja, eleito pelo povo, tem para a democracia, trata-se aqui, do Poder Legislativo. A ideia central defendida na PEC é baseada no argumento constitucional de que todo poder emana do povo (art. 1º⁵, §1º da Constituição Federal). Logo, quem detém a legitimidade popular é o Poder Legislativo, jamais o Poder Judiciário, este, por sua vez, possui legitimidade indireta, posto que não é eleito pelo voto popular (FONTELES, 2013).

A soberania popular encontra-se no povo, esse é o titular originário e permanente do Poder da República, o qual deve ser exercido por ele diretamente, através de ações, como, por exemplo: voto direto, plebiscito, referendun, iniciativa popular, movimentos e manifestações públicas, ou por meio dos seus representantes eleitos do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

Cabe salientar que o Poder Legislativo é o único que possui representação política global, pois nele estão presentes as forças da situação e as de oposição, de modo permanente e contínuo. Isso não ocorre com o Poder Executivo, muito menos com o Poder Judiciário, este último não possui sequer legitimidade popular, pois não é eleito. Possui apenas uma legitimidade indireta que deriva dos poderes legitimados pelo voto popular (Legislativo e Executivo), de modo que a nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal é feita de modo discricionário, pelo Presidente da República, após confirmação do Senado (artigo 84 XIV da Constituição Federal). Diante disso, é evidente que a função do poder judiciário seja de julgar e não legislar, sob pena de violar a separação de poderes, esta considerada cláusula pétrea pela Constituição, conforme dispõe o artigo 60 §4º III do referido diploma legal.

Os fundamentos que caracterizam os dois principais componentes do Estado Democrático são a soberania popular e a igualdade política. Os artigos 3º⁶ e 5º⁷ da Carta

⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania;

⁶ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Magna onde este último que diz: “todos são iguais perante a lei” e no inciso II que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”. Em uma democracia representativa quem elabora as leis são os representantes eleitos pelo povo., Conforme ensina o professor José de Albuquerque Rocha (2013), em uma democracia representativa, a pessoa humana só está sujeita à lei que é elaborada por seus representantes eleitos pelo procedimento democrático, como proclama solenemente o artigo 5º, II da Constituição, pois a sujeição a normas impostas por um poder estranho à sua vontade configuraria a heteronomia que é a negação da liberdade e, por consequência da dignidade humana” (ROCHA *apud* FONTELES, 2013 p. 8).

Fonteles (2013) usa do pensamento de Habermas para corroborar seu argumento, “a justificativa racional da democracia é que ela é constituída pelos princípios da igualdade e autonomia individual e coletiva do ser humano, e esse é o único sistema político compatível com dignidade humana” (HABERMAS *apud* FONTELES, 2013, p. 8). A soberania popular é o direito fundamental do povo e a garantia de todos os demais direitos, segundo Habermas (*apud* FONTELES, 2013, p. 8), a soberania do povo e os direitos humanos pressupõem-se mutuamente. Em suma, a soberania do povo consiste no Poder Originário e permanente da República e consequentemente do Estado Democrático de Direito.

Fonteles (2013) chama a atenção para o momento conjuntural em que se observa as violações da Constituição e atribui três fatores: favorecer a oposição política derrotada nas urnas e no Parlamento para junto aos setores da grande mídia oligárquica; contribuir para o rebaixamento; humilhação públicos do Congresso Nacional. Ao reforçar o papel do Poder Legislativo, a PEC 33/2011 vem a ser um desafio para o povo brasileiro, que ao fortalecerem a Soberania Popular por meio da cidadania ativa e participação popular nos espaços coletivos da sociedade, Estado e do mercado.

Moreira (2013) defende uma nova separação dos poderes, de modo que a opinião pública participe desse debate, a fim de construir uma fundação mais sólida para a democracia e capaz de repor a questão da legitimidade. Reivindica um novo arranjo institucional no qual as relações entre os poderes se dê de modo complementar, sem a supremacia do Judiciário sobre a Política, pois, segundo o jurista, à política cabe pensar o futuro e solucionar as crises decorrentes do conflito entre as distintas visões de mundo. Nas palavras do autor:

⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...].

A separação dos poderes seria empreendida com a reforma política, revisando a relação dos poderes, assim o Parlamento Federal como bicameral teria uma Casa Propositora, a Câmara dos Deputados, e uma Casa Revisora, o Senado Federal. Transformando o Senado Federal em Câmara Revisora, a ele caberia estabelecer o controle sobre a jurisdição constitucional, assim como estabelecer o equilíbrio federativo. Do mesmo modo que o Parlamento tem a prerrogativa de derrubar veto do Presidente da República, o Senado realizaria a Revisão Parlamentar do Controle de Constitucionalidade (MOREIRA *apud* FONTELES, 2013, p.17).

Através da revisão parlamentar do controle de constitucionalidade e uma ampla reforma política devolveriam ao ordenamento jurídico legitimidade, tornando efetiva a relação entre política e direito. Neste viés, é imprescindível resgatar o valor da representação política, da soberania popular respaldada pelas leis aprovadas pelos representantes legítimos do povo, que estão ameaçadas diante da postura do Poder Judiciário. Deve-se buscar o equilíbrio entre os Poderes da República de modo a preservar a ideia de democracia, garantida constitucionalmente.

Fonteles (2013)⁸ propõe uma “vacina” contra o vírus mutante do despotismo legislativo do Supremo Tribunal Federal, utilizando do artigo 49, XI da Constituição. O outro caminho encontrado pelo autor é utilizar a competência exclusiva do Senado Federal prevista artigo 52, X⁹ da Constituição Federal que já o autoriza a suspender a validade das decisões sobre leis pelo Supremo no prazo que lhe aprouver. Estes dois artigos, somados aos artigos 103, §1º e §2º da Carta Maior, confirmam que a última palavra sobre a Constituição quem deve dar é o povo, quer pelos seus representantes eleitos, quer pelo voto direto. Para que a haja avanço democrático é preciso que haja a dignificação do Poder Legislativo, isto é, poder político, e da participação direta dos cidadãos no controle de constitucionalidade sobre questões complexas.

A Proposta de Emenda em análise foi alvo de críticas no sentido de ser uma violação à separação de poderes, o que não se verifica de fato, uma vez que em tempos democráticos a elite minoritária acabou por eleger o Poder Judiciário como instrumento de defesa de seus próprios interesses em decorrência da perda de espaço político-legislativo¹⁰.

O professor Cláudio Ladeira de Oliveira (*apud* FONTELES, 2013) faz uma crítica ao controle judicial de constitucionalidade, o que para o mesmo é incompatível com os valores democráticos, pois um tribunal cujos membros, não raras vezes, interpretam a Constituição afirmando que “a Constituição é aquilo que o STF diz que ela é” é, segundo Oliveira, “um

⁸ Folha de S. Paulo, 4 mai. 13.

⁹ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

¹⁰ O globo, 6 mai. FONTELES, 2013.

bordão que explicita os anseios aristocráticos de parte dos profissionais do ramo, o de viver numa “juristocracia”: o governo dos juízes, pelos juízes, para os juízes”.

O “direito constitucional e jurisdição constitucional nada mais são do que direito político, e que, qualquer questão de controle de constitucionalidade será sempre uma questão de poder constituinte, ou, em outras palavras será, novamente, uma questão política” (BERCOVICI; LIMA, *apud FONTELES*, 2013, p. 32). A grande questão acerca da constitucionalidade é a qualidade democrática do controlador da constitucionalidade e, sobretudo, se sobre este controlador paira algum instrumento de controle direto da parte da sociedade. A propósito, a legitimidade do Poder Judiciário advém da Constituição, portanto trata-se de uma legitimidade indireta. Logo, os autores defendem a constitucionalidade da PEC-33/2011 e utilizam argumentos com base na filosofia política laica e reivindicadora da democracia, a consolidar-se a partir do século XVII¹¹.

4.1 As controvérsias da Proposta de Emenda à Constituição de Número 33 de 2011

Na visão de Paulo Brossard, a elevação do número de votos necessários para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, exigência essa constitucional desde a Constituição de 1934, de maioria absoluta, isto é, seis, para quatro quintos dos membros do Supremo Tribunal Federal, ou nove votos entre os onze ministros, caracteriza uma efetiva mutilação da Corte Suprema, ferindo a competência histórica nos países como o Brasil, que elegeram a fiscalização jurisdicional da espécie, o que de modo indireto, ensejaria a elaboração de atos legislativos até ostensivamente inconstitucionais.

Já que seria extremamente difícil a Corte alcançar a exigência proposta de quatro quintos para declaração de lei ou ato normativo inconstitucional. O Supremo Tribunal Federal sofreria uma limitação em sua mais relevante atribuição, o que se desvia da previsão constitucional expressa no artigo 102¹² da Constituição Federal. Quanto à alteração proposta,

¹¹ BERCOVICI; MARTONIO; ALVERNE; LIMA *apud* FONTELES, 2013, p. 31-44.

¹² Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República

o artigo 102 da Constituição Federal, o qual trata do processo concentrado ou em abstrato, caso o tribunal julga a lei ou o ato questionado em tese. O texto constitucional vigente dispõe, no §2º artigo 102 Constituição Federal, a proposta de emenda à constituição refere o acréscimo:

§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 a consulta popular.

A pretendida transferência do Supremo Tribunal Federal para o Congresso Nacional da competência irrecorrível, ao tratar de matéria jurídica e precipuamente constitucional, não é possível admitir a substituição do Supremo pelo Congresso, Câmara e Senado, pois a sua composição carece da familiaridade indispensável acerca de assuntos evidentemente fora da experiência do comum, dos homens comuns, em detrimento de homens obrigatoriamente neles versados¹³. No mesmo sentido Carrion argumenta que a fiscalização da legitimidade constitucional da ação normativa do Poder Legislativo não superpõe o Poder Judiciário ao

e do próprio Supremo Tribunal Federal;e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;i) o habeas corpus, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público;II - julgar, em recurso ordinário:a) o habeas corpus, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;b) o crime político;III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:a) contrariar dispositivo desta Constituição;b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

¹³ BROSSARD, Zero Hora 29 de abr. 2013.

Poder Legislativo. O Poder Judiciário, exemplificado no Supremo Tribunal Federal, funciona apenas como instrumento da supremacia formal da Constituição.

O enfraquecimento dos mecanismos de controle da constitucionalidade das leis compromete a supremacia constitucional, a Proposta de Emenda à Constituição número 33 de 2011 viola expressamente o sistema de controle da constitucionalidade das leis no Brasil, bem como as competências do Supremo Tribunal Federal e dos demais tribunais, ferindo cláusulas pétreas da Constituição artigo 60 §4º III e IV.

No que diz respeito à apreciação do Congresso Nacional a Súmulas Vinculante¹⁴, a declaração de inconstitucionalidade de Emendas à Constituição e a possibilidade de sujeitar a controvérsia à consulta popular em caso de discordância entre o Supremo e o Congresso viola o papel contramajoritário que o Supremo possui, ou seja, o de resguardar os interesses e direitos das minorias ou contrários ao pensamento da maioria da opinião pública¹⁵. Contra esse argumento o constituinte Ponte alega que é problemático para a democracia a ausência de limitação do Poder Judiciário para alteração de leis.

É controverso atribuir ao Poder Judiciário especificamente, a Suprema Corte, o direito incondicional, irrecorrível e sem qualquer controle de considerar inválida lei ou emenda constitucional aprovada por três quintos do Congresso, e que seis ministros do Supremo, com cargos vitalícios escolhidos praticamente de modo discricionário pelo Presidente da República, possam estabelecer regras de convivência de em torno duzentos milhões de cidadãos sem oportunidade de participar dessas decisões e de serem consultados se concordam ou não com o que pensam os representantes dos Poderes da República.

É questionável que o entendimento da incondicional e absoluta soberania do Supremo determine as regras aplicadas em nossa sociedade:

Quem esteve certo nas decisões; os mais de três quintos da Câmara e do Senado que discutiram exaustivamente a matéria com intensa participação democrática, mais o Presidente da República e seu corpo jurídico, somados ainda aos cinco ministros do Supremo Tribunal Federal que votaram conforme a decisão dos representantes do povo, ou os seis ministros que dela discreparam? (PONTE, 2013, p. 6)

Vale dizer então que é preferível ignorar o trabalho do poder constituinte de 1988 em nome de uma fantasiosa independência dos poderes, prevalecendo a ideia de que mesmo uma Emenda à Constituição aprovada nos moldes regimentais previstos só terá validade se os seis ministros da Corte Suprema nunca decidirem pela sua invalidade. Deve-se defender e

¹⁴ Súmula Vinculante, consiste em uma decisão unitária para casos análogos, onde são casos repetitivos, que possuem uma demanda grande e necessitam de uma decisão pacífica acerca de situação parecida.

¹⁵ CARRION, Zero Hora, 30 abr. 2013.

respeitar o Poder Judiciário, Supremo Tribunal Federal, esse guardião da justiça e garantidor do Estado de Direito, com a ressalva que o referido poder só o é enquanto respeitar seus limites e não ultrapassar as atribuições dos poderes Legislativo e Executivo (PONTE, 2013). Em resposta ao constituinte, o advogado Paixão Jr., alega que a hipertrofia de poder, seja ela qual for, revela um problema na estrutura do equilíbrio republicano.

Essa constatação pode ser verificada na ampliação das ações normativas e jurisdicionais que o Suprema Corte vem adotando, e a questão é o porquê. Diante da inércia dos poderes políticos, Poder Legislativo e Poder Executivo, em cumprir suas atribuições institucionais, de modo a forçar o Supremo a se manifestar supletivamente sobre a inação dos referidos poderes. Situação que pode ser exemplificada é a da fidelidade partidária, visto que o Congresso não legislou sobre a matéria e o Presidente da República não tomou a iniciativa do projeto, a questão foi, portanto, judicializada, o Supremo então cumpriu com a sua atribuição constitucional e resolveu a questão.

A legitimidade do Supremo Tribunal Federal tem origem na evolução democrática que por meio da centralidade de valores da Constituição, outorgou ao órgão máximo, supremo da justiça a responsabilidade técnica de proteger o cidadão de atos políticos elaborados por maiorias parlamentares eventuais que podem muito, no entanto, não podem tudo. A falta de atuação política dos Poderes Legislativo e Executivo faz com que o Supremo atue suprimindo lacunas deixadas pelos demais poderes¹⁶.

5 CONCLUSÃO

Esse trabalho não pretende esgotar o tema, uma vez que é bastante complexo.

O estudo acerca da origem histórica da delimitação legal do poder político proporciona uma maior compreensão da importância que esse tem na atualidade. Assim normas gerais e abstratas conhecidas da população funcionam como limitação à atuação do poder político, garantindo que o referido poder não atue de modo arbitrário/tirano.

A construção da teoria da separação dos poderes e a relevante influência que essa gerou para a ideia de uma Constituição dotada de supremacia é evidente quando se tem garantido em texto constitucional vigente a separação dos poderes como cláusula pétreia. A

¹⁶ PAIXÃO, Zero Hora, 15 de mai. 2013.

importância dessa teoria e a sua afirmação constitucional consiste no fundamento principal de pulverizar o poder, não permitindo que esse seja concentrado em uma só pessoa. A separação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário contribui para a consolidação do Estado Democrático de Direito, sendo o marco referencial adotado a Constituição de 1988.

A grande questão, discutida sobre a legitimidade do Poder Legislativo e Judiciário, em relação à Constituição e a relação direta que possui com a Democracia, e a participação popular nos assuntos que envolvem o significado do texto constitucional. Em tese o diálogo com a sociedade seria a saída, ou a resposta mais democrática sobre os dilemas da democracia. O argumento principal consiste na máxima “todo poder emana do povo”, cabe dizer que o Poder Legislativo é o único poder que possui representação política ativa e contínua. É um poder eleito, o que não ocorre com o Poder Judiciário esse não possui legitimidade popular, já que não é eleito. A legitimidade de o referido poder é indireta, pois deriva dos poderes legitimados pelo voto popular, ou seja, Executivo e Legislativo.

Percebem-se as deficiências do Poder Legislativo, no entanto, não se pode admitir a atuação exagerada do Poder Judiciário em questões que são próprias da competência legislativa. O Supremo Tribunal Federal não pode assumir o espaço destinado ao Poder Legislativo, tornando-se um legislador ativo, isso fere explicitamente a Constituição, pois viola a separação de poderes garantida constitucionalmente.

Nesse contexto a PEC-33/2011 torna-se um desafio para a população, pois ela preserva busca preservar a competência legislativa do Congresso Nacional em face da atribuição normativa dos outros poderes. O papel do Poder Legislativo, ao propor o fortalecimento da soberania popular através da cidadania ativa e a participação popular no espaço coletivo e público. Quando os poderes analisados divergirem sobre assuntos constitucionais seria plausível submeter à consulta popular, pois o poder ao povo pertence, ele é o legitimado originário, cabe, portanto ao povo dizer, em uma situação de divergência entre os poderes sobre o significado de a Constituição dar a palavra final acerca do assunto, essa seria então a saída mais democrática a ser adotada.

Quanto a um possível questionamento sobre a participação popular, se a população estaria preparada, para a discussão de assuntos constitucionais (políticos), nesse viés cabe lembrar que não se constrói uma sociedade de cultura democrática sem o envolvimento da população, essa não pode ficar alheia e inerte a esses assuntos, assim se busca o amadurecimento democrático da sociedade, levando o assunto até ela. Isso no início pode gerar conflitos, mas é inevitável, faz parte do desenvolvimento da democracia.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, N. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1986.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 6. Ed. Coimbra: Almedina, 2002.

DALLARI, D. A. **Elementos de teoria geral do Estado**. 25. Ed. São Paulo: Saraiva 2005.

EDUARDO K. M. CARRION - **STF x Congresso Nacional - Zero Hora - Porto Alegre - 30/04/2013**.

FONTELES, N. **A soberania popular e o equilíbrio dos poderes**. Teresina: Câmara dos deputados, 2013.

HAYEK, F. A. V. **Os fundamentos da liberdade**. São Paulo: Univ. de Brasília, 1983.

LENZA, P. **Direito constitucional esquematizado**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva 2009.

LUÍS ROBERTO PONTE - **Supremo da justiça, não da lei - Zero Hora - Porto Alegre - 14/05/2013**.

MONTESQUIEU. **Os pensadores - O Espírito das Leis**. São Paulo: Abril S. A., 1973.

MARTINS, C. E.; CARDOSO, F. H.. **Política e sociedade**. São Paulo: Ed. nacional, 1979.

PAULO BROSSARD - **Muito grave - Zero Hora - Porto Alegre - 29/04/2013**

PETERSEN, A., CORSETTI, E., PEDROSO, E. M. K., ULRICH, M. A. A. **Ciência Política - Textos introdutórios**. 2. Ed. Porto Alegre: Mundo jovem, 1988.

SEBASTIÃO VENTURA PEREIRA PAIXÃO JR. - **O supremo entre anomalias e hipertrofias** - Zero Hora - Porto Alegre - 15/05/2013.

STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 8. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

VIANNA, L. W.; CARVALHO, M. A. R.; MELO, M. P. C.; BURGOS; M. B. A. **Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.