

CENTRO UNIVERSITÁRIO - UNINOVAFAPÍ
BACHARELADO EM DIREITO

AMANDA LÍVIA PAIXÃO GUIMARÃES
LEANDRO ALVES DE SOUSA

ATIVISMO JUDICIAL E (DES)EQUILÍBRIO ENTRE OS PODERES: uma perspectiva
com base na análise da Proposta de Emenda Constitucional nº 33/2011

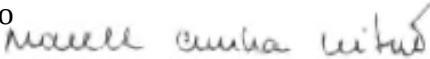
TERESINA
2021

AMANDA LÍVIA PAIXÃO GUIMARÃES

LEANDRO ALVES DE SOUSA

ATIVISMO JUDICIAL E (DES)EQUILÍBRIO ENTRE OS PODERES: uma perspectiva
com base na análise da Proposta de Emenda Constitucional nº 33/2011

Artigo de Conclusão de Curso apresentado à Banca
Examinadora do Centro Universitário UNINOVAFAPI,
como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel
em direito


Orientador: Profº. Drº. Macell Cunha Leitão

TERESINA

2021

FICHA CATALOGRÁFICA

G963a Guimarães, Amanda Lívia Paixão.

Ativismo judicial e (des)equilíbrio entre os poderes: uma perspectiva com base na análise da Proposta de Emenda Constitucional nº 33/2011. Amanda Lívia Paixão Guimarães; Leandro Alves de Sousa. – Teresina: Uninovafapi, 2021.

Orientador (a): Prof. Dr. Marcell Cunha Leitão. Centro Universitário UNINOVAFAPI, 2021.

29. p.; il. 23cm.

Monografia (Graduação em Direito) – Centro Universitário UNINOVAFAPI, Teresina, 2021.

1. Ativismo. 2. Supremacia judicial. 3. Desenho institucional.
4. Separação dos poderes. I. Título. II. Sousa, Leandro Alves de. III. Leitão, Marcell Cunha.

CDD 340.22

Catálogo na publicação
Antonio Luis Fonseca Silva – CRB/1035
Francisco Renato Sampaio da Silva – CRB/1028

AMANDA LÍVIA PAIXÃO GUIMARÃES

LEANDRO ALVES DE SOUSA

ATIVISMO JUDICIAL E (DES)EQUILÍBRIO ENTRE OS PODERES: uma perspectiva com base na análise da Proposta de Emenda Constitucional nº 33/2011

Artigo de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora do Centro Universitário UNINOVAFAP, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Data de Aprovação: 27 / 05 / 2021

BANCA EXAMINADORA

Macell Cunha Leitão

Prof.º Dr.º Macell Cunha Leitão
Centro Universitário – UNINOVAFAP
(Orientador)

AURELIO

LOBAO LOPES

Assinado de forma digital
por AURELIO LOBAO LOPES
Dados: 2021.05.31 08:59:59
-03'03"

Prof.º Me.º Aurélio Lobão Lopes
Centro Universitário – UNINOVAFAP
(1º Examinador)

Dione Cardoso de Alcântara

Prof.º Me.º Dione Cardoso de Alcântara
Centro Universitário - UNINOVAFAP
(2º Examinador)

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, a Deus, pelas nossas vidas, por nos ter concedido determinação para não desanimar e por nos ter permitido atravessar e superar todos os obstáculos descobertos ao longo da elaboração deste trabalho.

Aos familiares, pelo apoio que sempre deram durante toda a nossa vida, por toda dedicação que eles possuem a nós, pelo amor incondicional, pela paciência, pelo incentivo e por todos os motivos que se fosse listar não daria para descrever.

Aos nossos amigos, por sempre nos incentivarem, em especial, Marcus Tomé e Maria Beatriz, por todo o apoio e pela ajuda nas dúvidas surgidas, que contribuíram para a realização do artigo.

Um agradecimento especial ao professor Macell da Cunha Leitão, por ter concordado em ser nosso orientador, e por ter exercido tal função com muita dedicação, paciência, e disposição, pelas suas correções, pelos ensinamentos, e conselhos dados ao longo da pesquisa.

Aos nossos colegas de curso, com quem convivemos intensamente durante os últimos anos, pelo companheirismo, por compartilharem tantos momentos, e por essa troca de experiências ter nos permitido crescer não só como pessoas, mas também como formandos.

A todos aqueles que cooperaram de alguma forma, para a realização deste trabalho.

RESUMO

O presente artigo busca analisar a pertinência da PEC 33/2011, expondo seu contexto de surgimento, que foi o protagonismo do Poder Judiciário nas relações institucionais, o que tende a provocar um desequilíbrio entre os poderes, um cenário apto a causar danos a pontos relevantes da democracia. A abordagem do texto se faz no âmbito do ativismo judicial, objetivando-se analisar as razões e as propostas do Parlamento para delimitar a atuação do STF no controle de constitucionalidade, com o fim de frear o seu comportamento proativo. Ao final, é apresentada uma opinião crítica sobre a PEC 33/2011, no sentido de se investigar até que ponto as mudanças sugeridas são adequadas à democracia constitucional brasileira e se a proposta funciona como suposta fórmula para reequilibrar a balança dos poderes. A pesquisa, de método documental, conclui que o ativismo judicial deve ser resignificado, para evitar evidentes perigos, e que a PEC 33/2011, ao trazer a tona um meio de conseguir isso, inova o ordenamento sabiamente, em sua maior parte; porém, também se conclui que a proposta questão viola, em determinado momento, a competência do STF. Sendo assim, é necessário um reajuste na PEC para que, de fato, sua aprovação garanta o equilíbrio entre os poderes.

Palavras-chave: Ativismo. Supremacia judicial. Desenho institucional. Separação dos poderes.

ABSTRACT

This article seeks to analyze the relevance of PEC 33/2011, exposing its context of emergence, which was the protagonism of the Judiciary in institutional relations, which tends to cause an imbalance between the powers, a scenario capable of causing damage to relevant points of democracy. The text is approached in the context of judicial activism, aiming to analyze the reasons and proposals of Parliament to delimit the STF's role in the control of constitutionality, in order to curb its proactive behavior. At the end, a critical opinion about PEC 33/2011 is presented, in the sense of investigating the extent to which the suggested changes are adequate to Brazilian constitutional democracy and whether the proposal works as a supposed formula to rebalance the balance of powers. The research, using a documentary method, concludes that judicial activism must be reframed, in order to avoid evident dangers, and that PEC 33/2011, by bringing up a means of achieving this, innovates the order wisely, for the most part; however, it is also concluded that the proposed question violates, at a certain moment, the competence of the STF. Therefore, it is necessary to readjust the PEC so that, in fact, its approval guarantees the balance between the powers.

Keywords: Activism. Judicial supremacy. Institutional design. Separation of powers.

1 INTRODUÇÃO

É inquestionável o protagonismo adotado pelo Poder Judiciário brasileiro nos últimos anos. A sua competência bastante abrangente, conferida pela própria Constituição Federal, e o atual Estado Constitucional de Direito possibilitam diariamente sua atuação, inclusive em matérias visivelmente políticas, que fogem da sua alçada central, fato esse que explica certa sobreposição em prejuízo dos poderes Legislativo e Executivo.

Isso se deu devido ao Poder Judiciário passar a aplicar a Constituição de forma constante, tanto na resolução das questões sociais e políticas, como também no julgamento dos litígios que enfrenta no seu dia a dia. Além disso, passou também a exercer, com bravura, o controle de constitucionalidade dos atos normativos. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014, p. 27).

Essa temática vem, desde sempre, sendo debatida em âmbito nacional, não só entre os operadores de direito, como também diante de toda a sociedade, principalmente pela confusão existente entre os entendimentos de ativismo judicial e judicialização da política. De certo, isso se dá devido ao fato de que não há uma definição clara e concreta para representar o ativismo judicial, o que leva as pessoas a impulsionarem seu entendimento para um campo que seja o mais parecido possível.

O certo é que a expansão do Poder Judiciário se deu devido a lhe ser conferido o papel de responsável por garantir a observância das garantias fundamentais, tanto as individuais e quanto as sociais, contidas na Constituição, assegurando, assim, a efetividade de sua força normativa. Como consequência dessa expansão, muitas matérias, antes resolvidas pelo Parlamento ou pelo Executivo, vieram a ser objeto de tutela jurisdicional. Políticas públicas e algumas outras decisões de cunho político, por exemplo, começaram a sofrer intervenção do Poder Judiciário.

Eduardo Cambi sustenta que o “direito constitucional judicializou a política, uma vez que a política, representada pelos conflitos sociais e pelos direitos fundamentais, historicamente sonegados, passou a ser tema de direito público” (2009, p. 211). O marco que permitiu isso foi a Constituição Federal de 1988, que se evidenciou por garantir maior autonomia ao Poder Judiciário. Posto isso, pode-se afirmar que a judicialização é uma ocorrência que deriva do modelo constitucional que se admitiu e por meio do qual assuntos políticos, sociais e morais são deliberados também pelo Poder Judiciário.

Não obstante, o ativismo judicial deve ser compreendido de uma forma mais delimitada. Para Posner (2011), o elemento substancial para se constatar objetivamente se

determinada Corte tem sido ativista é a sua propensão para invalidar feitos dos outros poderes. Ademais, segundo Barroso (2009, p. 6), “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”.

A diferença predominante, portanto, respalda-se na atividade criativa dos tribunais. No processo de judicialização, o juiz fundamenta suas decisões com normas constitucionais, que, por se tratarem, por vezes, de normas vagas e ambíguas, permitem-no ampliar sua margem de sentido. Não obstante, faz essa extensão de acordo com princípios, regras e conceitos anteriores. Desse modo, a judicialização não se trata de um exercício meramente deliberado de vontade política. Enquanto isso, no campo do ativismo judicial, o juiz gera novas entendimentos, por vezes, que até negam os já existentes, ampliando as formas legais e em conformidade com sua vontade.

Diante disso, o presente trabalho traz consigo uma reflexão acerca desse ativismo enraizado na sociedade, seus aspectos positivos e negativos, assim como as possíveis consequências sofridas por um protagonismo do Judiciário, pertinente ao seu comportamento proativo. E é exatamente sobre esse ato exacerbado do Judiciário - de adentrar em outros atos legais que trata a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) número 33, de 2011, de elaboração do deputado Nazareno Fonteles - o cerne da pesquisa.

Essa PEC surgiu como um mecanismo de controle ao extenso e amplo ato concedido aos membros do Judiciário, de introduzir-se nas matérias que caberiam aos representantes do povo democraticamente eleitos, visto que essa atribuição, na prática, tem sido usada de forma deturpada e pejorativa.

Entretanto, o objeto dessa proposta de emenda divide as opiniões, pois há quem argumente - sejam doutrinadores, estudiosos, parlamentares ou juristas - que a aprovação da PEC configuraria uma controvérsia sobre quem é o verdadeiro guardião da Constituição Federal, visto que esse controle externo à atividade do Poder Judiciário limitaria a sua independência. Diante disso, questiona-se: em que medida a PEC 33/2011 constitui um desenho institucional adequado para reequilibrar a relação entre os poderes da democracia constitucional brasileira?

Este artigo visa, no geral, analisar os pontos acerca do ativismo judicial no Brasil, identificando sua relevância para a concretização dos direitos das minorias, mas também considerando seus limites e as consequências que esse fenômeno pode ocasionar para a sociedade. Mais especificamente: enseja-se fazer uma análise empírica da PEC 33/2011; discutir os vários ângulos, tanto positivos quanto negativos, correspondentes a cada alteração

que a PEC sugere; além de demonstrar que o ativismo é uma realidade necessária, mas que deve ser comedida. Por fim, objetiva-se relacionar o ativismo ao princípio contramajoritário exercido pelo Poder Judiciário.

O objeto de estudo, ativismo judicial, foi escolhido para a pesquisa por se tratar de uma discussão polêmica que, quando posta à tona, gera divergências doutrinárias tanto no direito quanto na política, ocasionando um conflito no âmbito dos três poderes. Com base nisso, procura-se discorrer sobre o assunto, enfatizando na PEC 33/2011, visto que ela surgiu como um possível instrumento de contenção ao problema do ativismo.

Todavia, essa proposta de emenda ainda não foi aprovada, apesar de passados anos de sua tramitação, pelo fato de envolver uma alteração bastante profunda que, em outras interpretações, representa uma restrição da competência, consagrada pela própria Assembleia Nacional Constituinte, ao Supremo Tribunal Federal. Em síntese, o tema foi escolhido para trazer lucidez quanto à pertinência ou não das propostas contidas na PEC 33/2011, que idealizam, na teoria, possíveis soluções para o ativismo judicial desenfreado.

Diante disso, o presente estudo se mostra altamente relevante nos tempos de hoje, pois trata-se de uma temática que instiga a revisitação da própria definição de separação dos poderes, além de mais outras questões que serão esclarecidas ao longo do texto, e que, como bem afirma Carlos Alexandre Campos, (2014, p. 21), dizem respeito a um complexo de fatores institucionais, sociopolíticos, jurídicos e culturais que se manifestaram a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988.

O método de pesquisa bibliográfica foi designado para o presente trabalho, baseando-se na premissa de permitir abordar vários entendimentos de estudiosos e juristas ao longo dos anos sobre o tema, visto que se trata de pesquisa empírica do tipo documental, haja vista a análise da Proposta de Emenda à Constituição, além do fato de ajudar a fundamentar a perspectiva defendida. Essa metodologia também facilita a revisão da literatura sobre as principais teorias que norteiam o trabalho científico.

A divisão dos capítulos será feita da seguinte maneira: no primeiro capítulo, objetiva-se discorrer quanto ao ativismo judicial presente no contexto brasileiro, como também identificar os possíveis perigos e ameaças que podem conter essa postura excessivamente proativa do Judiciário. Conjuntamente a isso, alguns pontos de equilíbrio serão demonstrados, trazendo à tona a real complexidade do assunto. Por fim, o capítulo busca esclarecer, depois de todo o enredo, a necessidade de métodos de controle institucional.

No segundo capítulo, será abordado, primeiramente, o contexto de desenhos institucionais, iniciando em uma visão geral e, em seguida, especificando os presentes na base

da PEC 33/2011. No decorrer do texto, a finalidade é apresentar uma análise empírica do documento que é o centro da pesquisa, dando conhecimento sobre o que se trata essa PEC, quais foram seus objetivos, ao ser idealizada, o que ela propõe alterar e o que ela busca solucionar.

Depois de apresentado por completo o documento em questão, o terceiro capítulo destina-se a demonstrar o viés de crítica a ele, deixando claro que, do ponto de vista deste artigo, defende-se a pertinência da PEC 33/2011, desde que com alguns ajustes, visto que apesar de idealizar por em prática algo que limite o ativismo desenfreado, ela peca ao menoscabar, em certo ponto, a competência do Poder Legislativo.

2 SEPARAÇÃO DOS PODERES E ATIVISMO JUDICIAL: PENSANDO NOVOS DESENHOS INSTITUCIONAIS

A Constituição Federal de 1988 instaurou política e juridicamente um Estado Democrático de Direito, o qual se caracteriza pelo espectro da separação das funções ou das atividades estatais em três poderes. No que concerne ao Poder Judiciário, o seu papel é julgar, de acordo com a lei, os embates que surgirem na sociedade. E, dentro do seu campo de atuação, ao STF, a mais alta instância, confere-se a competência de guardião da Constituição e à defesa dos direitos das minorias.

Contudo, acontece que algumas outras temáticas sociais, que dizem respeito à toda população, e não somente aos conflitos de minorias, pelo fato de demandarem um custo político elevado aos congressistas, uma tramitação demorada ou até mesmo por representarem uma responsabilidade elevada em se tratando de matérias polêmicas e de repercussão social, passaram a ser apreciadas, também, pelo STF, de maneira atípica, uma vez que o Judiciário como um todo não pode se abster de tomar uma decisão para cada caso concreto. Nas palavras do Ministro do STF, Luiz Fux (2016), durante o 10º Encontro Nacional do Poder Judiciário, “o Parlamento não quer pagar o preço social de decidir sobre o aborto, sobre a união homoafetiva e sobre outras questões que nos faltam capacidade institucional”.

É notória essa problemática da falta de credibilidade do Poder Legislativo, e essa manifestação jurídica a problemas sociais reais demonstra que o Supremo tem funcionado como uma “válvula de escape”, suprimindo as necessidades do povo frente às lacunas e às omissões deixadas pelos outros poderes.

Tal conduta proativa do Judiciário lhe foi destinada pela própria Constituição, para que configure como legislador negativo, ou seja, um órgão “responsável pela interpretação da norma, capaz de afastar do ordenamento jurídico brasileiro as normas inconstitucionais” e também de suprir a omissão inconstitucional, como, por exemplo, nos casos de Ação Direta de

Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e Mandado de Injunção (MI). Desta forma, “caberia ao poder Legislativo à função de criar novas normas jurídicas, atuando como legislador positivo” (PINHEIRO, 2006, p. 21).

Porém, verificando-se algumas situações na prática, a postura adotada pelo Supremo tende a revelá-lo como legítimo legislador positivo, dado que a atual demanda expedida pela sociedade tem lhe conferido maior “abertura” para inovar em algumas temáticas, ora ainda não regulamentadas pelo Congresso Nacional, ora contrárias ao já previsto, que quando passadas pelo trânsito em julgado, tem seu campo de afetação expandido para além das partes de determinado processo, configurando-se a Corte, assim, com uma clara postura ativista - postura essa que se apresenta por meio de diversas atitudes.

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público (BARROSO, 2009, p. 6).

A problemática maior encontra-se no fato de que juízes e tribunais não foram democraticamente eleitos pelo povo para representar suas vontades, portanto, as suas decisões ativistas, que não passam pelo apreço do Congresso Nacional, tendem a representar uma certa ameaça ao regime democrático e à soberania popular.

Segundo Juliano Monteiro (2010, p. 170), a falta de participação política, já que o povo não elegeu os magistrados, a alienação popular, o “clientelismo”, tendo em vista que o acesso ao judiciário não é amplo a todos, o enfraquecimento dos poderes constituídos e a ausência de critérios objetivos para as decisões seriam alguns pontos negativos ocasionados pelo ativismo judicial.

De certo, as deficiências do Poder Legislativo são evidentes, mas não se mostram totalmente suficientes para justificar uma possível usurpação de sua legítima função pelo Poder Judiciário, “como se houvesse um vácuo político a ser ocupado pelo Supremo Tribunal Federal”, assim argumenta o deputado Nazareno Fonteles, nos motivos da PEC 33/2011 (2011, p. 14). Continua ele, em sua justificação, afirmando que o fato de os legisladores serem inclinados pela pressão da maioria não os incapacita de reger sobre assuntos pautados pela vontade da minoria, afinal, foram eles próprios que, na Constituição e nas leis ordinárias, registraram tais direitos (FONTELES, 2011).

O Poder Judiciário não emprega a vontade popular para justificar suas decisões. Longe disso: o que se tem observado são atuações ativistas tomadas com fundamento em

interpretações criativas e personalíssimas que, por vezes, se aproveitam das lacunas do texto constitucional e tentam se basear no uso exacerbado de princípios - por vezes até pouco difundidos.

Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça -, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta "euforia" com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo (SARMENTO, 2007, p. 14).

Como foi dito anteriormente, a república brasileira adota a intitulada “Tripartição funcional do Poder”, para as atuações do Estado. Idealizada na obra “Do espírito das leis”, a também chamada de Teoria da Separação dos Poderes apresentou-se após o advento da Revolução Francesa, com o objetivo de se frear o abuso de poder, característico de governos absolutistas, e de se garantir a liberdade ao povo, através da não concentração em uma só mão de todos os poderes: o de legislar, o de julgar e o de executar. Isso representou um passo à frente no rumo para a constituição de um Estado moderno.

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou mesmo o Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares. (MONTESQUIEU, 2000, p. 167-168).

Atualmente, esta separação de poderes é um princípio constitucional, que se encontra como cláusula pétrea na Constituição Federal e assegura a independência dos três poderes em relação as suas funções, não existindo a proeminência de um em relação ao outro, evitando-se assim um autoritarismo, de modo que somente o poder limita o poder. Ademais, de acordo com as lições de José Joaquim Canotilho (2003, p. 487), “o princípio da separação de poderes é, como princípio organizatório estrutural, uma das grandes constantes do Estado Constitucional”.

Porém, uma crítica ao ativismo judicial, fundada meramente em uma divergência principiológica, justificada pelo fato de cada poder conter suas atuações específicas, mas atualmente adentrar também no campo dos outros poderes, não é o bastante para afastar tal prática. Isso porque hoje consta o entendimento que o poder é uno, ou seja, o que ocorre é uma

divisão de funções, porém do mesmo poder, servindo cada órgão, de acordo com sua competência, a um mesmo governo.

Nota-se que houve uma flexibilização na Teoria da Separação dos Poderes - constituída no Estado Liberal e agora afeiçoada pelo Estado Democrático do Direito - pois como afirma Paulo Bonavides (2006, p. 157), “numa idade em que o povo organizado se fez o único e verdadeiro poder e o Estado contraiu na ordem social responsabilidades que o Estado liberal jamais conheceu, não há lugar para a prática de um princípio rigoroso de separação”. Com essa flexibilização, decorrente da evolução social, compreende-se que foi admitida a interação entre os poderes.

A flexibilidade do princípio está também em que as funções dos diversos poderes, ou dos órgãos em que se transfundem ou se subdividem, repetidamente confundem-se e entrelaçam-se. É uma constatação corrente a de que as funções sempre abrangem muito mais do que possam indicar suas determinações. (PACHECO, 1990, p. 340).

Não obstante a possibilidade de representação parcial de um poder em outro ou o controle mútuo dos respectivos atos, a controvérsia encontra-se, ainda, de acordo com Alexander Hamilton (2003), no caso de uma influência dominante, sem observância ao controle de freios e contrapesos, que é o que ocorre, por vezes, no ativismo judicial, quando o Poder Judiciário excede seus limites de atuação em outra esfera, não fomentando o diálogo ou o debate com o outro poder sobre suas decisões e que dizem respeito a questões relevantes à sociedade como um todo, mas age de tal maneira que resulta na sua sobreposição em detrimento do outro poder.

Além dessa questão, os juízes, os desembargadores e os ministros não são eleitos pelo povo; portanto, eles não representam sua vontade, o que não os impede de exercer uma parcela de poder político, sendo possível até a declaração de invalidade de atos praticados pelos outros poderes. Isso, por vezes, pode gerar uma situação de conflito entre direitos fundamentais e governo da maioria, além de uma crise entre democracia e constitucionalismo.

Essa controvérsia não é nova; ela aparece com o nascimento das constituições, mas intensifica-se com a atual propensão de se judicializar as relações políticas e sociais. Assim, assevera Lenio Streck (2009, p. 17):

A Constituição nasce como um paradoxo porque, do mesmo modo que surge como exigência para conter o poder absoluto do rei, transforma-se em um indispensável mecanismo de contenção do poder das majorias. É, pois, no encontro desses caminhos contraditórios entre si que se desenha o paradoxo do constitucionalismo.

A explicação para possível antagonismo, haja vista parte do poder político ser conferido a agentes públicos não eleitos, está no fato de que a natureza das decisões judiciais é

essencialmente imparcial, sem um obrigatório compromisso para com a vontade popular, cabendo aos detentores do Poder Judiciário, então, somente a aplicabilidade da Constituição e das leis ordinárias para fundamentar suas vontades pessoais, e também políticas, que não são inteiramente próprias, mas também do legislador. Objetiva-se, com isso, a contenção do poder das maiorias, desenvolvendo assim uma forma de equilíbrio entre os direitos.

A democracia, portanto, não se basta no princípio majoritário; ela é mais ampla e mais complexa do que isso. O desejo da maioria, como ensina Peter Häberle (2007), não é absoluto; ele possui algumas importantes limitações, inclusive trazidas pelo próprio texto constitucional, justamente com a finalidade de que o princípio majoritário não seja utilizado para lesionar os direitos das minorias.

O equilíbrio entre deliberação majoritária e Constituição é fundamental para que um governo não esteja totalmente imobilizado pelo texto constitucional, o que gera assim a chance de certos progressos conseguintes da vontade da maioria, no entanto, sem que, para isso, seja preciso vitimar as garantias e os direitos fundamentais.

A imanente tensão dialética entre democracia e Constituição, entre direitos fundamentais e soberania popular, entre Jurisdição Constitucional e legislador democrático, é o que alimenta e engrandece o Estado Democrático de Direito, tornando possível o seu desenvolvimento, no contexto de uma sociedade aberta e plural, baseado em princípios e valores fundamentais. (MENDES, 2009, p. 58).

Pode-se entender que a legitimidade da jurisdição constitucional está condicionada à conciliação do “governo da maioria”, com a supremacia da Constituição e com a defesa dos direitos fundamentais. Essa legitimidade possibilita ao Poder Judiciário agir contramajoritariamente; ou seja, de encontro à vontade da maioria, pois, como bem aplica Miguel Reale (2015, p. 197), “a opinião da maioria não traduz, de forma alguma, a certeza ou a verdade no mundo das estimativas”. Ademais, na hipótese de divergência entre o princípio majoritário e a Constituição, esta deve triunfar.

Como visto, denota-se que uma jurisdição constitucional bem exercida não representa um risco à democracia. Mas, há de se ressaltar que a competência de intérprete maior da Constituição Federal não deve suprimir a vontade da maioria, nem o ofício do Legislativo, mas sim ser deferente para com ambos. Senão daquilo que seja crucial para conservar a democracia e os direitos fundamentais, ao que diz respeito a tudo mais, os principais operantes da vida política devem ser os que têm votos.

A Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo

da maioria e a alternância no poder. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos (BARROSO, 2009, p. 11).

O ponto em que a legitimidade democrática entra em questão, pela atuação ativista do Poder Judiciário, se manifesta quando juristas passam a ir além do constituinte, de tal forma que se evidencie o pouco apego aos textos legais. A supervalorização dos princípios em detrimento da aplicação das normas e o ato de desmerecer o debate conjunto com o Legislativo transformam o Tribunal Constitucional numa instância autoritária, pelo fato de menosprezar a normatividade do que já estava previsto - e que foi exposto por representantes que atuaram consoante a vontade popular.

De certo, uma das prerrogativas da Corte Constitucional brasileira é a de sobrepor sua decisão àquela do Legislativo e do Executivo, por meio do controle de constitucionalidade. Por outro lado, é de grande importância que o julgador desenvolva o que representa estes princípios e não apenas aplique-os de forma a integrá-lo num contexto mais amplo que o necessário.

O uso abusivo da discricionariedade judicial na solução de casos difíceis pode ser extremamente problemático para a tutela de valores como segurança e justiça, além de poder comprometer a legitimidade democrática da função judicial. Princípios como dignidade da pessoa humana, razoabilidade e solidariedade não são cheques em branco para o exercício de escolhas pessoais e idiossincráticas. (BARROSO, 2009, p. 392).

No contexto do ativismo, segundo Glauco Moreira (2009), os magistrados usufruem de teorias interpelativas, tal qual um neoconstitucionalismo normativo, acabando por dilatar ao máximo o alcance da normatividade constitucional. Os juízes ativistas, assim, embora objetivando garantir os direitos das minorias e as liberdades civis, acabam substituindo a parcela de vontade que advém do legislador pela própria. Disso são resultado as ações afirmativas por exemplo, sobre a fidelidade partidária e a união homoafetiva.

Nesse aspecto, o Poder Judiciário estaria, então, numa atuação antidemocrática, usurpando da competência do Poder Legislativo, por não ser deferente com as deliberações do Congresso Nacional nem com a vontade do legislador. É problemática essa atuação a qualquer custo para se suprir toda omissão legislativa, pois para ser juridicamente sindicável, segundo José Joaquim Canotilho (1998, p. 917), a omissão há de se relacionar ao descumprimento de uma exigência constitucional concreta de ação. Pode-se perceber nisso, um exemplo de

critério de prudência à atividade do Judiciário em questões de responsabilidade do Poder Legislativo.

A ponderação e o debate conjunto são primordiais para tratar os problemas de cunho político com possíveis soluções jurídicas, pois o impacto das decisões pode futuramente resultar em consequências catastróficas, não só em detrimento da legitimidade democrática, mas também sobre a segurança jurídica.

A segurança jurídica trata-se de um princípio constitucional que estabelece a atribuição da maior previsibilidade que seja possível, às relações humanas, o que acaba por contribuir bastante com a democracia e por garantir a estabilidade das relações jurídicas. “Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída” (SILVA, 2006, p. 133).

Desse modo, fica estabelecido que uma nova lei não confira prejuízo a casos já consolidados sob a vigência de uma lei anterior; ou seja, a segurança jurídica equivale a uma proteção das decisões já estipuladas e dos direitos que já tenham sido conquistados. Percebe-se, então, que este princípio está vinculado ao Estado garantidor de direitos, uma vez que não é possível dar-se credibilidade a um ordenamento que está, em tempo integral, sofrendo alterações, sem que haja o cuidado ou a preocupação de como irá afetar a sociedade.

Assim dizendo, o ato de modificar a legislação de acordo com a concepção de cada magistrado estaria comprometendo e arriscando a confiança implantada pela população em seu governo eleito. Nesse sentido, visualizando-se o atual cenário de imposição judiciária, entende-se que ele vai de encontro a esse princípio. O ativismo judicial sem parâmetros tem gerado a sensação de insegurança jurídica, gerada pelo fato de o agente público se expressar de maneira solipsista, visto não haver uma subordinação mais dominante do que sua própria razão, como assim explica Lenio Streck (2010, p. 30):

O “decidir” de forma solipsista encontra “fundamentação” – embora tal circunstância não seja assumida explicitamente – no paradigma da filosofia da consciência. Essa questão assume relevância e deve preocupar a comunidade jurídica, uma vez que, levada ao seu extremo, a lei – aprovada democraticamente – perde(rá) (mais e mais) espaço diante daquilo que “o juiz pensa acerca da lei.

O contínuo ato de pronunciamento ampliativo, buscando-se preencher lacunas e fundamentando-se na omissão do Poder Público, e o contínuo subjetivismo existente nas decisões proferidas, aplicando-se as normas de forma diversa da interpretação e da aplicação desenvolvidas pelo Poder Legislativo, sinalizam uma possível ruptura institucional, como assim

abordam Clarrisa Tassinari e Giancarlo Copelli (2020) em artigo publicado na Revista Consultor Jurídico:

Assim como nossos representantes eleitos, os Juízes falam em nome do Estado, como agentes públicos, com compromissos públicos. E, quando, em nome do Estado, justificam seus pronunciamentos a partir de suas próprias convicções políticas (ou ideológicas), morais e econômicas em casos complexos – em especial naqueles sensíveis à sociedade, que geram controvérsias capazes de dividir radicalmente o corpo social em opiniões -, estamos diante de uma ruptura institucional grave.

Sobre essa tal prática, característica do fenômeno do ativismo, assevera Daniel Sarmento que (2007, p. 14):

ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiosincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico.

Com isso, entende-se que o ativismo judicial, por admitir ao juiz que ele exceda o limite da letra da lei e imponha suas interpretações em seus julgados, torna-se perigoso a partir do momento em que não há o controle ou a limitação de sua atuação proativa, transfigurando-se essa para uma postura padrão e, assim, provocando uma insegurança jurídica.

Na análise do ministro Antônio Saldanha Palheiro, do Superior Tribunal de Justiça, assentir esse tipo de prática condiz a “dar um cheque em branco” ao magistrado. O ministro continuou expressando suas ideias ao afirmar que a carência de segurança nas resoluções do Poder Judiciário, às demandas que aparecem cotidianamente aos tribunais e o demasiado protagonismo em comparação aos outros poderes são um indício de atraso: “o Judiciário sendo protagonista mostra que o país não está indo bem” - desse modo informou o magistrado durante evento que debateu o ativismo judicial e a independência dos juízes, na sede do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília (PALHEIRO, 2017).

Como visto, acerca dessa ingerência do Poder Judiciário em outras áreas, cabe com urgência ter-se um desenho institucional que vise à concretização de todas as funções dos poderes, de maneira coesa e condizente com o ordenamento, sem depreciar qualquer um dos outros dois poderes. O desenho institucional compreende no melhor procedimento para, de algum modo, fazer a Constituição funcionar. Ou seja, o melhor desenho institucional é aquele que dispõe de certo potencial para colaborar com a maior efetividade constitucional, dispondo de forte vinculação com a democracia.

Outro pressuposto que deve ser levado em conta compete à intencionalidade da mudança institucional, ou seja, o sentimento coletivo de que a mudança é plausível e

fundamental. “O desenho institucional não pode estar baseado apenas no melhor desenho possível do ponto de vista dos princípios abstratos, mas deve ser compatível também com os desejos, crenças e oportunidades políticas dos principais atores naquele contexto específico” (BAGGIA, 2014, p. 78).

Visto isso, essencial se entende haver uma forma de desenho institucional que intencione a real valorização de cada poder, que fomente o diálogo entre essas instituições, para que elas se relacionem harmonicamente - o que, por consequência, conduzirá a legitimidade democrática para as decisões judiciais sobre questões afirmativas, além de serem confirmadas pela Constituição Federal. Este é o argumento que consta na exposição de motivos da PEC 33/2011, um planejamento que propõe alcançar esse objetivo. De acordo com o deputado Nazareno, “precisamos, pois, resgatar o valor da representação política, da soberania popular e da dignidade da lei aprovada pelos representantes legítimos do povo, ameaçadas pela postura ativista do Judiciário” (FONTELES, 2011, p. 5).

3 A PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL 33/2011: ORIGEM, FINALIDADES, PROPOSIÇÕES E DESDOBRAMENTOS

Como visto anteriormente, o ativismo judicial trata da relação entre as instituições. Entendendo isto, é importante saber também até que ponto a Constituição permite, ao juiz, fazer ou não fazer algo com o conteúdo da decisão que ele emitiu, porque decisões judiciais que extrapolam em gênero e grau o sentido das normas constitucionais são as tomadas como ativistas, e também equivocadas, visto que divergem de forma considerável do significado que revela o texto constitucional. Como afirma Clarissa Tassinari (2013, p. 148), “o problema do ativismo judicial é de cunho interpretativo, de observar se a intervenção do Judiciário ocorreu dentro dos limites constitucionais, questionando sua legitimidade a partir de critérios igualmente jurídicos”.

Tratando sobre modelos institucionais, Boaventura Santos (1999, p. 126-127) refere que:

Tanto a sociedade democrática como o Estado Democrático só se justificam a partir do reconhecimento de suas naturezas multiformes e abertas, constituindo-se ambos num campo de experimentação política emancipadora, permitindo que diferentes soluções institucionais e não-institucionais coexistam e compitam durante algum tempo, com caráter de experiências-piloto, sujeitas à monitorização permanente de organizações sociais, com vista a proceder a avaliação comparada dos seus desempenhos e levando em conta aquelas políticas constitucionais, o envolvimento de toda a comunidade se faz necessário à concreção dos direitos em geral. (...) Estado só é genuinamente experimental na medida em que às diferentes soluções institucionais são dadas iguais condições para se desenvolverem segundo a sua lógica própria.

O ativismo judicial, pelo que foi visto até o momento, tem se mostrado mais do que uma ferramenta de correção da omissão ou da obscuridade legislativa. A entrada do Poder Judiciário na seara política, de forma indiligente como tem ocorrido algumas vezes, encaminha a sociedade para várias consequências negativas, dando margem aos problemas supracitados no capítulo anterior. A fim, portanto, de preservar o equilíbrio e a independência entre os poderes e configurar credibilidade e justiça nas decisões do judiciário em geral, se faz mais do que necessário o surgimento de novos desenhos institucionais para conter a situação.

É para esse objetivo que aponta a PEC 33/2011, tendo em vista o controle do protagonismo do Poder Judiciário, que tem agravado a harmonia entre os poderes, colocando em questão a legitimidade democrática e trazendo complicações afins. De acordo com a justificação contida na PEC, “precisamos, pois, resgatar o valor da representação política, da soberania popular e da dignidade da lei aprovada pelos representantes legítimos do povo, ameaçadas pela postura ativista do Judiciário” (FONTELES, 2011, p. 5).

Essa PEC foi apresentada, em 25/5/2011, pelo deputado Nazareno Fonteles (PT/PI), com a finalidade de contornar as proporções tomadas por um Judiciário ativista, contudo, sem impedir que ele aja conforme sua competência, tanto típica como atípica. Em outros termos, a função substancial da PEC 33/2011 é restabelecer o equilíbrio entre os poderes, criando um controle externo ao Poder Judiciário e permitindo a ingerência simultânea do Congresso Nacional nas matérias jurisdicionais de cunho político (BRASIL, 2011).

Em relação ao seu contexto-político, são perceptíveis duas situações sobre o surgimento e a elaboração dessa PEC. O primeiro momento diz respeito a ela ter sido apresentada precisamente 20 dias depois da decisão do STF que, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceu a união estável para casais homoafetivos. Com isso se especulou à época que a apresentação da PEC fosse uma resposta da bancada religiosa da Câmara dos Deputados, a qual é muito forte, em represália à essa decisão do Supremo.

O segundo momento diz respeito à filiação partidária do autor da PEC, Nazareno Fonteles. Na época, em 2011, ano da sua propositura, o deputado era membro e representante do Partido dos Trabalhadores (PT). A PEC foi apontada, por parte da mídia, como a PEC do PT, havendo afirmações de que tal proposta surgira como uma reação à decisão do STF, na ação penal (AP) 470, que, em 3 de fevereiro de 2011, adotou medidas contra as manobras protelatórias, antes de finalizar a fase de instrução, em 9 de junho de 2011. Isso fez surgirem dúvidas de que a PEC seria meramente uma desafronta da bancada governista à derrota que o partido do deputado sofrera no que tinha sido decidido pelo julgamento do Mensalão.

Contudo, para o professor Fernando Limongi, a análise das justificativas da PEC deixa claro que o que se busca é uma regulamentação na relação entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, que tem sido problemática. Para esse fim, a PEC 33/2011 busca alterar a sistemática na forma como é exercido o controle de constitucionalidade das leis, ao sujeitar as decisões do STF ao controle posterior do Congresso Nacional. “É bastante comum ouvirmos a afirmação de que a Suprema Corte cabe a ultima palavra sobre a Constituição, ou ainda, a Constituição é o que o Supremo diz que ela é. Na verdade, deve caber ao povo dizer o que é a Constituição” assim argumenta o autor da PEC (FONTELES, 2011, p. 5).

Por meio desta proposta de emenda busca-se especificamente trazer para prática três alterações, referentes aos artigos 97, 102 e 103-A da CF. Tais alterações mostram-se bastante significativas, no âmbito dos desenhos institucionais que vigoram atualmente, dado que modificam pontualmente alguns atos do Poder Judiciário que colaboram para a exacerbação do ativismo judicial e até mesmo sobre a judicialização.

Pelo fato de englobar tamanha complexidade, visto que diz respeito à certa dependência de um poder em relação ao outro, a PEC 33/2011 está tramitando por um tempo que já completa 10 anos. Em 2013, ela foi aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), que é o colegiado da Câmara dos Deputados que avalia toda proposição em relação à sua constitucionalidade, bem como, verifica se uma proposta está em acordo com os princípios de nosso sistema jurídico; e não obedecendo isso, a proposição é então arquivada, não sendo capaz nem de ser submetida mais a voto. No caso presente, após apreciada na CCJ, a PEC 33/2011 foi admitida nos termos do voto do relator, Deputado João Campos (REP/GO).

Essa primeira aprovação já trouxe grande espanto para a classe dos magistrados, os quais interpretaram a proposta como uma ameaça de uma possível guerrilha institucional, assim como defendeu Alexandre de Moraes, na Revista Consultor Jurídico (2013), quando afirmou que “o Supremo Tribunal Federal não pretende ser o ‘arquiteto constitucional’, como referido pela CCJ, função esta exercida pela Assembleia Nacional Constituinte, mas jamais poderá recusar sua mais importante competência, de ser o guardião da Constituição”. O ministro Gilmar Mendes, durante sessão do STF, também fez intensas críticas a tal atitude.

É recomendado que haja cautela em relação a isso. O que ficou entendido nesse episódio é o fato de uma matéria dessa gravidade ter sido aprovada por aclamação, por votação simbólica, sem uma manifestação em sentido contrário. É constrangedor, eu acredito, por uma comissão que se chama de Constituição e Justiça. Onde está a constituição e a justiça nesta comissão? (MENDES, 2013).

Essa inquietação se justifica no fato de que o conteúdo da PEC em questão propõe uma revisão sistemática dos atos deliberados pelo Poder Judiciário, visto que tais atos acabam, muito facilmente, anulando os atos do Poder Legislativo que, em contrapartida, são ações que passaram por um processo bastante árduo, para se concretizar, além de terem sido idealizados, em sua maior parte e em teoria, com respaldo na vontade popular.

Pensando em remediar esse claro desequilíbrio, a ideia inicial contida na PEC se refere à modificação do art. 97 da CF, de modo a reformular o quórum mínimo para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Ou seja, no primeiro momento, a PEC determina o aumento da maioria obrigatória de ministros para ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que tenha sido aprovada pelo Parlamento.

O processo legal que vigora hoje determina que para ser aprovado um projeto de lei, ele deve ser apreciado em dois turnos, com o quórum para votação de maioria absoluta, ou seja, de 257 deputados, sendo aprovado por maioria simples. Ocorre que, após todo esse trâmite, os tribunais podem declarar sobre tal lei aprovada, um Mandado de Injunção (MI), uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ou uma Ação de Inconstitucionalidade da Lei (ADI), consistindo às vezes em um processo mais simples do que o necessário para aprovação da lei em questão. A título de exemplo, a ADI, que conta com um quórum de apenas 6 votos dos juízes para ser efetivada.

A ADI é a ação que tem por objetivo declarar que uma lei ou alguma parte dela é inconstitucional, isto é, que contraria a Constituição Federal. O processo que vigora atualmente regula que a decisão acerca da inconstitucionalidade da lei apenas é tomada se encontrarem-se presentes, na sessão de julgamento, no mínimo oito ministros. Para o julgamento em si, é necessária a maioria absoluta dos membros, ou seja, pelo menos 6 votos dos 11 ministros.

Como mecanismo de ajuste para essa expressiva assimetria entre o processo de decisão do STF e o processo de aprovação de lei pelo Poder Legislativo, a PEC indica o aumento para 4/5 dos membros dos tribunais quando se buscar a declaração de ADI. “No caso do Supremo, será necessário o voto de nove ministros e não apenas seis para que seja declarada a inconstitucionalidade de leis aprovadas no Congresso Nacional. Terá de haver nítida e clara homogeneidade no entendimento da Suprema Corte” (FONTELES 2011, p. 6).

Essa primeira proposta se embasa no fato de que os magistrados, que são nomeados e não eleitos, por mais cultos que eles sejam, não deveriam deliberar, por meio de processo tão folgado, sobre matéria tratada por representantes do povo. Com a aprovação da PEC, o Poder Judiciário ainda atuaria de acordo com sua aptidão, mas por um método mais proporcional ao do Poder Legislativo.

A segunda alteração que a PEC 33/2011 apresenta diz respeito à súmula vinculante. A súmula é um mecanismo que foi instituído no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 2005, sendo posto a serviço do Poder Judiciário pelo Poder Legislativo, para racionalizar o grande volume de processos repetitivos, ou seja, ela objetiva a agilidade e a efetividade das decisões judiciais.

A súmula vinculante é reconhecida como a possibilidade de construção de enunciados que sintetizam a posição anterior do tribunal constitucional sobre um determinado assunto, entendimento este que vinculará todas as outras decisões futuras sobre a matéria (TAVARES, 2005, p. 108).

Porém, segundo o relator da PEC, o uso da súmula atualmente não está em equivalência com a Constituição Federal e ela, por vezes, tem sido empregada pelo STF como se fosse um “cheque em branco”, sendo um dos argumentos para tal entendimento o atual desapego aos contornos dos casos precedentes. Sabe-se que para a adoção das súmulas vinculantes devem ser consideradas as circunstâncias fáticas dos casos anteriormente julgados. Tendo em vista a controvérsia, a PEC propõe a revisão das regras desse considerável instrumento de racionalização dos julgamentos.

Como resultado, portanto, um dos ajustes tidos como imprescindíveis pela PEC é a modificação do Art. 103-A da Constituição Federal, que passará a conter a apreciação do Congresso Nacional em relação à súmula proposta pelo STF. Essa apreciação irá avaliar a observância dos casos precedentes que foram reiteradamente decididos e os então eventuais “excessos legislativos”, já que, em grande parte dos casos, as leis casuísticas podem trazer complicações para o sistema jurídico.

A partir disso, a súmula poderá enfim ter seu efeito vinculante operante, desde que submetida à aprovação do Congresso Nacional. Do contrário, se for o efeito vinculante rejeitado, a súmula será considerada ordinária da Corte. Detalha ainda Fonteles (2011, p. 8) que, “para não prejudicar a agilidade da decisão, assina-se o prazo de noventa dias, com a aprovação tácita no caso de não se ultimar a votação no prazo estabelecido”.

Ainda dentro da mesma temática, outra alteração é sugerida pela PEC: o aumento de dois terços, quórum atual, para quatro quintos dos membros, da maioria obrigatória para aprovação da súmula vinculante. Sendo assim, seria exigida a concordância de no mínimo 9 ministros do STF para uma súmula vinculante ser aprovada. A PEC, em respeito à súmula, objetiva - tanto com a elevação do quórum de aprovação quanto com a necessidade de uma aprovação do Congresso - torná-la mais legítima e comedida, prevenindo, assim, a hipertrofia dos poderes do Supremo Tribunal Federal, haja vista o grande alcance da súmula e seu efeito

vinculante acerca das decisões administrativas e judiciárias, chegando a recair sobre os cidadãos e as pessoas jurídicas.

Para finalizar, a terceira reformulação que a PEC propõe diz respeito novamente às Ações Diretas de Inconstitucionalidade, entretanto com outro viés. A terceira e última alteração, referente ao Art. 102 da Constituição Federal, traz à tona uma submissão ao Congresso Nacional sobre as decisões de mérito proferidas em ADI que declarem a inconstitucionalidade de emendas à Constituição.

Em outras palavras e mais detalhadamente, essa mudança pretendida atinge as decisões proferidas do STF, em sede de ADI, que analisam a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição. A PEC reformula, consoante o seu art. 3º, que tais decisões, “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” (FONTELES, 2011, p. 2).

Como pode-se perceber, o autor da PEC parte do mesmo pressuposto, colocado em relação às súmulas vinculantes, porém é também acrescido a isso outro ponto pertinente, quando se fala em “consulta popular” no desfecho da modificação do art.102 §2º-A. Sugere-se, com essa proposta, resgatar o valor da soberania popular em seu sentido realmente literal, visto que recomenda a convocação da população para opinar sobre a direção a ser seguida; ou seja, a realização de uma espécie de plesbicito, havendo a hipótese de divergência entre o posicionamento do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal.

Continuando ainda sobre a questão da apreciação do Congresso Nacional, a PEC caracteriza como se deve dar sua manifestação: em sessão conjunta, por 3/5 de seus membros, e no prazo de 90 dias. No caso de findado o prazo estabelecido, predominará a decisão do STF que declarar a inconstitucionalidade de emenda à Constituição, inclusive seu efeito vinculante e a eficácia “erga omnes”.

São essas, então, as mudanças propostas pela PEC 33/2011. Agora cabe discutir se essas mudanças solucionam de fato a problemática apresentada, ou seja, se constituem ou não um desenho institucional apropriado para reequilibrar a relação tida entre os dois poderes da democracia constitucional brasileira.

4. CRÍTICA AO (DES)EQUILÍBRIO ENTRE OS PODERES NA PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO 33/2011

Como apresentado no decorrer do artigo, o ativismo judicial se mostra bastante presente no sistema organizacional brasileiro, sendo ele um problema muito mais complexo do que

meras divergências principiológicas. Sobre essa questão, Elival Ramos (2010, p. 88). fundamenta:

Não resta a menor dúvida de que as constituições principiológicas trazidas pelo constitucionalismo social-democrático e atuadas pelas Cortes Constitucionais, de um lado, contribuíram para limitar, significativamente, a liberdade de conformação do direito infraconstitucional pelo Poder Legislativo, porém, de outro, acentuaram a criatividade no exercício da jurisdição.

Para esse desequilíbrio ser compreendido demanda-se uma observação profunda, partindo-se do pressuposto daquilo que ensejou seu surgimento e que viabilizou sua permanência no atual cenário democrático do país, que está se dando, como foi exposto, por uma fragilidade do sistema institucional como um todo, levando-se em consideração todas as relações possíveis no âmbito dos três poderes.

Adentrando na propositura da PEC 33/2011, ela surge como uma forma de reaver o equilíbrio devido entre os poderes. Para isso, colocando uma margem de tolerância nas diretrizes ativistas tomadas, por vezes, pelo Poder Judiciário, além da judicialização das relações sociais. É evidente, em todo o teor da PEC, que ela pretende fortificar o Poder Legislativo, recuperando a sua competência maior de legislar de forma absoluta, além de reformular os mecanismos que o Poder Judiciário utiliza para exercitar o controle de constitucionalidade, visto que este deve estar em consonância com a democracia - como assevera Lenio Streck (2020), em artigo publicado na revista Consultor Jurídico:

Em uma democracia é desejável que se cumpram os limites semântico-hermenêuticos de um texto legal. Não posso invocar a literalidade quando me interessa; e tampouco devo ignorar os limites esses quando desgosto subjetivamente daquilo que também podemos chamar de significado convencional. O ponto: há que se ter coerência no tipo de abordagem interpretativa que define a concepção de direito que tem o intérprete.

Diante disso, pode-se perceber que tal PEC se mostra pertinente e necessária no atual cenário institucional brasileiro, que, por vezes, tende a pecar quanto à relação entre o governo da maioria e o direito das minorias, quanto à relação entre democracia e constitucionalismo, pondo a sacrifício um em favor de outro e criando, assim, uma confusão entre as competências resguardadas a cada um dos poderes.

Todavia, em contrapartida, é de conhecimento geral que o Poder Legislativo tende a fraquejar por apenas promover as necessidades tidas pela maioria. Já, o Poder Judiciário, além de seus encargos jurisdicionais, também participa de algumas outras atribuições atípicas, como a de administrar e a de legislar. Sobre isso, disserta Bruna Santos (2011, p. 34) comentando que:

A grande problemática no que diz respeito às funções atípicas é encontrar os limites para o exercício de tais funções, especialmente em relação ao Poder Judiciário que ao exercer o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público é visto por membros dos demais Poderes como usurpador da função legislativa.

Por isso, a pertinência de sempre se analisar até que ponto um pode interferir no outro sem descaracterizar suas funções primordiais. Nesse contexto, também percebe-se a importância da análise do princípio contramajoritário, que tem a finalidade de cooperar com o controle de constitucionalidade - ainda que caminhando em contradição ao anseio da maioria dos cidadãos.

Para que o corpo político se desenvolva, não basta o ato de vontade fundador da associação, é preciso que essa vontade se realize. [...] Se a administração é um órgão importante para o bom funcionamento da máquina política, qualquer forma de governo que venha a adotar terá que submeter-se ao poder soberano do povo (NASCIMENTO, 1991, p. 54).

Contudo, como referenciado anteriormente, para que possam existir os tais limites, Hübner Mendes ampara a primordialidade de haver um diálogo interinstitucional entre os poderes, algo que é declarado, todavia pouco aproveitado na argumentação dada na PEC 33/2011, não se sabendo se foi disparado apenas como argumento de retórica. Segundo esse autor, que discorre sobre essa “terceira via” debatida por teóricos americanos:

Basicamente, essas teorias defendem que não deve haver competição ou conflito pela última palavra, mas um diálogo permanente e cooperativo entre instituições que, por meio de suas singulares expertises e contextos históricos, são parceiros na busca do melhor significado constitucional. Assim, não haveria prioridade, hierarquia ou verticalidade entre instituições lutando pelo monopólio decisório sobre direitos fundamentais. Haveria, ao contrário, uma cadeia de contribuições que ajudariam a refinar, com a passagem do tempo, boas respostas para os dilemas coletivos. Separação de poderes, nesse sentido, envolveria circularidade e complementaridade infinitas (MENDES, 2011, p. 31).

Portanto, é de grande pertinência se discutir cada proposta oferecida pela PEC separadamente, se atentando assim aos detalhes e às possíveis consequências que cada uma dispõe. Com relação a dar maior rigidez no processo de aprovação do Supremo, para conhecer oficialmente a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, atingindo isso através da reformulação do quórum mínimo para tais decisões, que afetam diretamente o ordenamento jurídico brasileiro, entende-se tal proposta, como uma forma de adquirir determinada proporção ao processo árduo pelo qual passa uma lei para ser aprovada pelo Parlamento.

Tendo essa proposta específica como vigente, o conhecimento jurídico dos juízes e tribunais ainda repercutiria sobre qualquer lei, como assim lhes é disposto agir, porém, por se tratar de decisão que afeta algo que resultou da soberania popular, revela-se de bom grado que se demonstre a mesma qualificação de importância no processo também.

Partindo desse mesmo pressuposto, a recomendação de aumento da maioria necessária para aprovação da súmula vinculante mostra-se pertinente também. Quanto à questão de condicionar o efeito vinculante da súmula proposta pelo STF à apreciação e à aprovação do Congresso Nacional, denota-se o cuidado e a contemplação maior a um conteúdo de vasto campo de afetação, que, se disposto de maneira arbitrária, do mesmo modo irá recair seus efeitos sobre a Administração Pública, sobre as pessoas jurídicas e até mesmo sobre o cidadão. Portanto, justo se entende essa atuação acompanhante do Congresso Nacional na atuação do STF.

Com isso, é relevante um breve comentário sobre as mudanças recomendadas em relação às súmulas vinculantes:

As súmulas vinculantes surgem a partir da necessidade de reforço à ideia de uma única interpretação jurídica para o mesmo texto constitucional ou legal, de maneira a assegurar-se a segurança jurídica e o princípio da igualdade, pois os órgãos do Poder Judiciário não devem aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias, devendo, pois, utilizar-se de todos os mecanismos constitucionais no sentido de conceder às normas uma interpretação única e igualitária (MORAES, 2007, p. 544).

Por outro lado, nem todo o conteúdo da PEC se mostra adequado. A proposta que se refere à declaração de inconstitucionalidade de emendas à Constituição proferidas em ADI, extrapola o sentido de imparcialidade, quando se fala em devolver para o Congresso Nacional tal decisão do STF, para ele mesmo verificar se tal entendimento de inconstitucionalidade deve ser reconhecido ou não. Não parece apropriado que o próprio poder que decretou determinada emenda seja o mesmo que também julgue que ela é de fato constitucional, fazendo com que se execute exatamente aquilo que o outro poder se propôs a anular. Nesse caso em específico, percebe-se uma tentativa clara de esvaziar a competência do Supremo.

Chega-se a essa conclusão também pelo fato de ainda se recomendar a consulta popular em casos de divergência entre as opiniões. Na PEC nº 33/2011, não há nenhuma previsão tangível sobre quando ou como se daria o pronunciamento popular sobre a emenda declarada inconstitucional pelo STF, existindo apenas a vaga menção ao dever, a mando do Poder Legislativo, de “submeter a controvérsia à consulta popular”. Importante salientar que essa

consulta popular poderia delongar vários anos, não havendo, nesse ínterim, efeito vinculante na deliberação expressa pela suprema corte.

Nesse ponto, não está sendo criticada a ideia de uma democracia direta, pois a participação ativa seria talvez uma boa solução para as relações institucionais, como exposto no sentido dado por Paulo Bonavides (2001, p. 51):

Não há democracia sem participação. De sorte que a participação aponta para as forças sociais que vitalizam a democracia e lhe assinam o grau de eficácia e legitimidade no quadro social das relações de poder, bem como a extensão e abrangência desse fenômeno político numa sociedade repartida em classes ou em distintas esferas e categorias de interesses.

Todavia, para haver isso, seria necessária uma melhor elaboração, com mais detalhes de como funcionaria essa consulta popular sugerida pelo autor, pois, pela forma vaga que a PEC a expõe, torna-se carente de entendimento. Faz-se fundamental haver um procedimento específico sobre a maneira que a consulta se daria, como consta, por exemplo, nas outras formas participativas já previstas na Constituição Federal: referendo e plebiscito (art. 49, inciso XV) e iniciativa popular (art. 29, inciso XIII; e art. 61, parágrafo 2º).

Porém o principal motivo de a PEC 33/2011 ser relevante não diz respeito apenas às alterações que propõe, mas sim ao significado total que engloba; ou seja, a problemática que ela expõe e procura reparar, que é o ativismo judicial e a judicialização da conjuntura política e social instituída no Brasil. Ainda que sendo motivo de debates e críticas por vários anos, dificilmente se observam, na prática, tentativas concretas de preponderar ou amenizar esse atual cenário - e a PEC em questão resgata isso.

Contudo, a forma como a PEC é posta apresenta algumas falhas, como, por exemplo, a falta de justificativas mais fortes e de maiores incentivos de diálogos entre as partes relacionadas, tendo em vista o atual momento, que é de evidente apatia dos poderes políticos. Conclui-se, com isso, que a PEC em apreço se mostra inoportuna em algumas passagens de seu conteúdo.

Fica evidente, portanto, que alguns pontos da PEC se mostram certamente necessários, pois propõem que os poderes executem melhor suas funções, tanto típicas como atípicas, de maneira mais legítima. Porém, é preciso extrair esses quesitos que a proposta apresenta e afastá-los daquilo que representa uma afronta ao STF - órgão ao qual são mais direcionadas as alterações propostas.

5 Conclusão

Pela observação dos aspectos analisados, a PEC n. 33/2011 procura dar nova estrutura ao controle de constitucionalidade das leis, com vista a frear a sobreposição do Poder Judiciário em detrimento dos outros poderes, evitando-se assim os perigos que seu protagonismo desenfreado desencadeia. Entretanto, mesmo sendo pertinente, a mencionada proposta é inadequada, porque emergiu sem uma justificativa mais vigorosa e sem um debate mais categórico, em que os sujeitos envolvidos fossem convocados para dialogar. Ademais, ela surgiu em um momento bem alvoroçado na sociedade.

A PEC sinaliza o alto grau de déficit de credibilidade dos parlamentares e tenta resgatar isso. Porém, modificar a forma procedimental do controle de constitucionalidade, para privilegiar o Poder Legislativo, demanda mais comprometimento com a guarda do texto constitucional e apreço com os cidadãos e outros poderes. Para que as legislaturas sejam de fato relevantes, elas devem buscar se aperfeiçoar.

De qualquer maneira, mesmo apresentando complicações, a PEC n. 33/2011 não é de toda inapropriada, sendo possível tirar algum aproveitamento dela, pois fomenta um debate adormecido em que desfaz alguns mitos. Ela faz com que os poderes vislumbrem melhor suas funções e suas responsabilidades, buscando a ascensão de um diálogo interinstitucional. Resta, no caso então, a proposta passar por um ajuste no seu texto, que verdadeiramente busque aprimorar as instituições de forma respeitosa e harmônica.

Referências

BAGGIA, Francesca. **Desenho institucional, democracia e participação: conexões teóricas e possibilidades analíticas**. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2014, p 78.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p 392.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed 4. Janeiro/Fevereiro 2009, p 6.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed 4. Janeiro/Fevereiro 2009, p 11.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p 157-158.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 51.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CAMBI, Eduardo, **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. – Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo : RT, 2009. P 211.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Brasil, GEN, Editora Forense, 2014, p 21

CANOTILHO, J.J Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed, p 487. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-2106-5.

D'URSO, Luiz Flávio Borges; HENRIQUE, Walter Cardoso. **INSEGURANÇA JURÍDICA TRAZ PREJUÍZOS AO BRASIL**. Artigo publicado no jornal "Valor Econômico", 2008.

FUX, Luiz; Ministro do STF; **Judiciário decide porque há omissão do Parlamento**. 1º Turma do Supremo Tribunal Federal; 2016.

HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007. ISBN 950-508-741-1

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p 482

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 31.

MENDES, Gilmar; Ministro do STF; Estudos avançados. (2009). Brasil: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. Exemplar 67, página 58.

MENDES, Gilmar; Ministro do STF; Sessão do Supremo Tribunal Federal. 2013

MONTEIRO, Juliano Ralo. **Ativismo Judicial: um caminho para concretização de direitos fundamentais**. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). Estado de Direito e Ativismo Judicial. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p 170.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **Do espírito das leis**, São Paulo : Saraiva, 2000, p.167-168.

MORAES, Alexandre de; **A PEC 33/2011 cria uma guerrilha institucional inútil**. Artigo publicado na Revista Consultor Jurídico, 26 de abril de 2013.

MORAES, Alexandre de; **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007, p 544.

NASCIMENTO, Milton Meira. **Rousseau: da servidão à liberdade**. In: WEFFORT, Franciso (Org). *Os Clássicos da Política*. São Paulo: Atica, 1991, p 54.

PACHECO, Cláudio. **Novo tratado das Constituições Brasileiras**. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1, p 340.

PADUA, Caio Matheus Santos; MOREIRA, Glauco Roberto Marques. **O Poder Judiciário E A Sua Função Contra majoritária**. 2009

PALHEIRO, Antônio Saldanha; Ministro do STJ; **Seminário “Independência e Ativismo Judicial: Desafios Atuais”**. Superior Tribunal de Justiça e Fundação Getúlio Vargas; Brasília: 2017.

PINHEIRO, Victor Manuel; **O STF como legislador negativo**. Sociedade Brasileira de Direito Público. Escola de Formação 2006. Monografia de conclusão de curso.

POSNER, Richard A. **Fronteiras da Teoria do Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo:Saraiva, 2015, p. 197.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reivindicar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós contratualismo**. In PAOLI, Maria Célia Pinheiro Machado (Org). Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e hegemonia global Petrópolis/RJ: Vozes, 1999. p. 126-127

SANTOS, Bruna Izídio de Castro. **O princípio contramajoritário como característica do controle de constitucionalidade**. 2011. 76 f. Monografia de Conclusão de Curso (Graduação)—Faculdade de Direito, Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente, 2011. P 34.

SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade Constitucional: Os dois Lados da Moeda. A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Lúmen Júris, 2007, p. 14- 27.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2006, p 133.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história, e métodos de trabalho**. 2 ed. Belo Horizonte: FÓRUM, 2014, p 27-28

STRECK, Lenio Luiz. **A "literalidade" e a falsa disputa entre "letra" e "além da letra"**. Artigo publicado na Revista Consultor Jurídico, 10 de dezembro de 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 30.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P 17.

TASSINARI, Clarissa; **Jurisdição E Ativismo Judicial: Limites da Atuação do Judiciário**. Livraria do Advogado Editora; 2013, p 148.

TASSINARI, Clarissa; COPELLI, Giancarlo Montagner; **Populismo e ativismo judicial são rupturas institucionais de mesmo tipo**; Revista Consultor Jurídico, 14 de março de 2020.

TAVARES, André Ramos. *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (dê)s estruturando a justiça: comentários completos à EC n. 45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 108.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial - Parâmetros Dogmáticos*. 1 ed. São Paulo. 2010, p. 88.

DECLARAÇÃO

Declaramos para os devidos fins, que o projeto de pesquisa intitulado: **“Ativismo Judicial e (Des)Equilíbrio Entre os Poderes: Uma Perspectiva com Base na Análise da Proposta de Emenda Constitucional Nº 33/2011”**, dos discentes **Amanda Lívia Paixão Guimarães** e **Leandro Alves de Sousa**, orientados pelo **Prof. Dr. Macell da Cunha Leitão**, foi cadastrado na Coordenação de Pesquisa, Extensão e Pós-Graduação, **sob o processo nº 10/2021**.

Teresina, 11 de maio de 2021



Profa. Dra. Adélia Dalva da Silva Oliveira
Coordenadora de Pesquisa, Extensão e Pós-Graduação do
Centro Universitário UNINOVAFAPÍ

LAUDO DE LEITURA, DE INTERVENÇÃO E DE ORIENTAÇÃO

Interessado(s): Amanda Lívia Paixão Guimarães; Leandro Alves de Sousa
Instituição: CENTRO UNIVERSITÁRIO - UNINOVAFAPÍ
Área(s): Direito
Telefone: (86) 94376865
E-mail: leandro.eu99@gmail.com
Tipo de texto: Artigo científico
Tema/Título: Ativismo judicial e (des)equilíbrio entre os poderes: uma perspectiva com base na análise da Proposta de Emenda Constitucional nº 33/2011
Idioma: Português
Data: 13/05/2021

Certifico que o arquivo contendo o texto **Ativismo judicial e (des)equilíbrio entre os poderes: uma perspectiva com base na análise da Proposta de Emenda Constitucional nº 33/2011** foi submetido à revisão, nesta data, conforme os parâmetros abaixo.

Para as ponderações, foram seguidos, em linhas gerais e no que couberam, os documentos: NBR 14724, NBR 10520, NBR 6029, NBR 6023 (da ABNT), Norma de Apresentação Tabular - 1993 (do IBGE), Decreto Federal no. 6.583, de 29/09/2008, Manual de Redação e Estilo (O Estado de São Paulo), Manual de Estilo – Editora Abril, Escrevendo Pela Nova Ortografia (PubliFOLHA), Cambridge Dictionaries Online (<http://dictionary.cambridge.org>), English Grammar in Use, Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Para as correções, foi utilizado o programa de correções do **Word for Windows**, da Microsoft, pelo qual as intervenções do revisor são observadas pelo solicitante, que deverá aceitá-las ou refutá-las.

Jorge Alves de Lima
Revisor