

SEPARAÇÃO DOS PODERES E O IMPACTO DA PEC Nº 33/2011 NAS RELAÇÕES ENTRE OS PODERES LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO

SEPARACIÓN DE PODERES Y EL IMPACTO DE PEC N º 33/2011 ENTRE LOS PODERES LEGISLATIVO Y JUDICIAL

Naíma Worm
Murilo Braz Vieira

Resumo

O artigo propõe discutir a separação dos poderes sob a ótica do exercício da democracia, propiciando controle constitucional sobre as instituições e os agentes políticos, com ênfase nas alterações propostas pela PEC nº 33/2011 que limita os efeitos do controle de constitucionalidade e das Súmulas Vinculantes expedidas pelo Supremo Tribunal Federal repassando os efeitos da decisão ao Congresso Nacional e, em último caso, à consulta popular. O texto se propõe a discutir os limites da interferência dos Poderes Legislativo e Executivo na independência do Poder Judiciário, com foco em uma crítica às alterações propostas no projeto de emenda à Constituição que busca limitar a atuação da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal em delimitar os efeitos das decisões de controle de Constitucionalidade e cercear o alcance dos efeitos das Súmulas Vinculantes, importante avanço da reforma do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Separação dos Poderes; PEC Bolivariana; Súmula Vinculante.

Abstracto

El artículo se propone discutir la separación de poderes desde la perspectiva del ejercicio de la democracia, proporcionando control constitucional de las instituciones y actores políticos, con énfasis en los cambios propuestos por el PEC nº 33/2011, que limita los efectos de la judicial y los precedentes vinculantes emitidos por Supremo Tribunal Federal de pasar los efectos de la decisión al Congreso Nacional y, en última instancia, la consulta popular. El texto tiene como objetivo discutir los límites de la interferencia de los poderes Legislativo y Ejecutivo de la independencia del poder judicial, con un enfoque crítico sobre los cambios propuestos en el proyecto de enmienda a la Constitución que trata de limitar el papel de la jurisdicción constitucional de la Corte Suprema en la definición del efectos de las decisiones de control de

constitucionalidad y reduciendo el alcance de los efectos de los precedentes vinculantes, importante reforma avance del poder judicial.

Palabras clave: Separación de Poderes; PEC Bolivariana; Precedente vinculante.

Introdução

O objetivo principal do artigo é demonstrar que as propostas estampadas no Projeto de Emenda Constitucional nº 33/2011 ferem a separação dos poderes por atingirem as funções típicas do Poder Judiciário, bem como criam mais mecanismos de falsa participação popular nas decisões, fortalecendo os Poderes Executivo e Legislativo em face da separação harmônica e independente entre os três poderes.

Como objetivos específicos, propõem-se apresentar a separação dos poderes como exercício de democracia, aspectos importantes da separação dos poderes e confrontar o controle de constitucionalidade atual com as mudanças apresentadas na PEC nº 33/2011, de autoria do Deputado Nazareno Fonteles e outros parlamentares.

A metodologia empregada será a bibliográfica, com estudo do referencial teórico sobre o tema central, com ênfase no Projeto de Emenda Constitucional nº 33 de 25 de maio de 2011, comparando à legislação vigente acerca do controle de constitucionalidade e a doutrina mais conceituada sobre a matéria.

1 Separação do Poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário e a fragilidade da Teoria dos freios e contrapesos

A vida em sociedade, como necessidade natural do homem, tem como finalidade o bem comum, conformando-se em uma sociedade política, o Estado, cujo objetivo maior é servir de meio para a efetivação dos objetivos gerais e particulares dos seus membros, estabelecendo regras objetivas e exigindo o seu cumprimento por meio do monopólio da violência. Questão que surge é saber como ocorrerá, modernamente, o exercício do poder, sem que um subverta o outro.

O Estado brasileiro, a partir da constituição de 1891, a segunda do Brasil e primeira da República, dividiu o poder em três – Legislativo, Executivo e Judiciário, com a finalidade primeira de equilibrar o exercício do poder de forma que nenhum se sobreponha ao outro, harmônica e independentemente. Esse equilíbrio se dá a partir do estabelecimento de funções típicas e atípicas, dentro da Teoria dos Freios e Contrapesos, no qual um Poder exerce naturalmente suas funções típicas e, para a manutenção do equilíbrio, funções atípicas. Exemplo da teoria citamos o processo de *impeachment*, no qual o Poder Legislativo processa e julga o Presidente da República, quando naturalmente caberia ao Poder Judiciário a tarefa de julgar. Nesse modelo, um poder se imiscui nas funções do outro, sem que isso represente usurpação de tarefas, a fim de manter o equilíbrio e limite reciprocamente.

Nesse sentido, Ferreira Filho esclarece

O próprio Montesquieu abria exceção ao princípio da separação ao admitir a intervenção do chefe de Estado, pelo veto, no processo legislativo. A organização, todavia, dos três Poderes na Constituição envolve sempre uma certa invasão de um Poder na função reservada a outro. (2009, p. 137).

A proposta de constituir-se o Estado brasileiro em federação, abandonando a roupagem de império estabelecida na Constituição de 1824, rompeu a concentração do poder nas mãos do imperador – Poder Moderador – abrindo caminho para a formação do Estado Democrático, cujo um dos principais pilares é a desconcentração do poder, conforme assinala Ferreira Filho, essa concentração é inconveniente à liberdade individual e à democracia

À luz da experiência, porém, essa concentração aparece inconveniente para a segurança do indivíduo, por dar a alguém a possibilidade de fazer de todos os outros o que lhe parecer melhor, segundo o capricho do momento. Embora tenha ela a vantagem da prontidão, da presteza de decisões e de sua firmeza, jamais pode servir à liberdade individual, valor básico da democracia representativa. (2009, p. 134).

A divisão do poder consiste em repartir o exercício do poder político por vários órgãos, diferentes e independentes, de tal sorte que nenhum órgão isolado possa agir sem ser freado pelos demais. Ela estabelece, pois, um sistema de freios e contrapesos, sob o qual pode desenvolver com maior força a liberdade individual. (FERREIRA FILHO, 2009).

A vontade de constituir um Estado que se auto limite precede a Montesquieu podendo ser visualizada em Aristóteles, ainda na Antiguidade

A ideia de uma divisão de Poderes aparece já na Política de Aristóteles, com a defesa de um governo misto, pressupondo funções distintas a atores diferentes no processo político. No entanto, é importante entender os objetivos de Aristóteles. Sua conhecida classificação de regimes entre monarquia/tiranía, aristocracia/oligarquia e

democracia/demagogia pressupunha uma natural degeneração dos tipos de governo, e, para evitar essa degeneração, Aristóteles propõe um governo com elementos de cada tipo, um governo misto. Os controles colocados à natural tendência de abuso de poder tinham por escopo a manutenção dos regimes virtuosos. A noção de equilíbrio decorrente do governo misto está, portanto, muito vinculada à ideia de manutenção de um regime, de evitar a sua degeneração. (ABRAMOVAY, 2012, p. 08 e 09).

A teoria da divisão do poder em poderes também se fez presente na Idade Média, no âmbito do poder eclesiástico, denominado de movimento conciliarista, ao discutir a submissão do poder dos Papas aos concílios da Igreja, reconstruindo o debate sobre as maneiras de se controlar a autoridade instituída pela Igreja Católica ao líder maior – o Papa. Os Bispos, que também dispunham de parcela do poder, queriam que o Papa também se submetesse às regras da Igreja, e evitar que atentasse contra o *status quo* do clero. A divisão ou equilíbrio de Poderes teria o propósito de “preservar” e impedir grandes transformações. (ABRAMOVAY, 2012).

Já na Idade Moderna, John Locke ao criticar a teoria do poder divino dos monarcas, proposta por Thomas Hobbes, inicia a construção das bases da separação dos poderes, limitando o poder real nas leis civis e naturais. O ápice da teoria nasce com Montesquieu, *O espírito das leis*, cuja instrumentalidade foi detalhada com mais minúcias, ganhando repercussão e sendo relida até os tempos atuais.

Ferreira Filho ressalta a separação dos poderes como base da organização das democracias ocidentais, com destaque a estrutura de estado Inglesa, que apesar de não ter como base a tripartição de poderes, vez que parlamento e monarquia dividem a gestão do Estado, percebe-se um limitação ao abuso do poder

A divisão funcional do poder – ou, como tradicionalmente se diz, a ‘separação de poderes’ – que ainda hoje é a base da organização do governo das democracias ocidentais, não foi invenção genial de um homem inspirado, mas sim é o resultado empírico da evolução constitucional inglesa, qual consagrou o *Bill of Rights* de 1689. De fato, a ‘gloriosa revolução’ pôs no mesmo pé a autoridade real e a autoridade do parlamento, forçando um compromisso que foi a divisão do poder, reservando-se ao monarca certas funções, ao parlamento outras e reconhecendo-se a independência dos juízes. (2009, p. 135).

Atualmente é mais correto se falar em repartição de funções de Estado que em repartição de poderes, uma vez que o poder é uno, cuja titularidade pertence ao povo o qual o exerce direta ou indiretamente por meio de seus representantes. A tripartição das funções do Estado são vislumbradas nas funções legislativas, administrativa (ou executiva) e jurisdicional, sendo que essas funções são atribuídas a três órgãos, ou grupos de órgãos, reciprocamente autônomos, que as exercerão com exclusividade, função típica, ou como meio de freio aos outros poderes, atipicamente. Assim, cada Poder possui sua função típica, não há supremacia entre eles, são

todos autônomos, mas todos se controlam, segundo o sistema de freios e contrapesos – funções atípicas.

A separação dos poderes e a consolidação do Estado democrático propiciam uma fértil arena para o maior controle entre os agentes que exercem o poder, além de permitir, em maior ou menor grau, o controle popular das decisões governamentais. A partir da democracia estabelece-se uma constituição que permite o exercício dos direitos políticos, o acesso e destituição do poder, bem como, limita os poderes estatais e garante, entre os cidadãos, por intermédio dos direitos e garantias fundamentais, a observância obrigatória dos direitos indispensáveis ao exercício da cidadania.

No Brasil, a separação dos poderes está prevista no artigo 2º da CRFB e consagrado como cláusula pétrea no artigo 60, § 4º, inciso III, independentes e harmônicos entre si.

No plano fático, as relações entre os poderes não se apresentam com tamanha independência e autonomia. As relações entre Legislativo, Executivo e Judiciário retratam a tentativa constante, de um poder se sobrepor ao outro.

Vários exemplos podem ser elencados como mostra de força de um poder em sobrepor o outro, mas daremos ênfase à PEC 33/2011, também chamada de PEC Bolivariana, a qual prevê na ementa

Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. (BRASIL, Câmara dos Deputados, Projeto de Emenda à constituição nº 33 de 25 maio 2011).

O projeto de emenda à Constituição prevê, em linhas gerais, alteração da quantidade mínima de votos para a declaração de inconstitucionalidade das Leis pelo Supremo Tribunal Federal, bem como desloca a decisão final obre os efeitos ao Congresso Nacional, que discordando da decisão do STF, repassará a decisão final ao povo, por meio de consulta popular.

As súmulas vinculantes passariam a ter seus efeitos controlados pelo Congresso Nacional e não mais pelo Supremo Tribunal Federal, bem como não admitiria mais cautelar em controle de constitucionalidade quanto o objeto for emendas à Constituição.

A atividade estatal é legitimada quando se encontra adequada à sua finalidade maior, qual seja, o favorecimento do desenvolvimento social amplo e equilibrado, com os poderes limitados pelo texto constitucional e refletindo as aspirações populares e a própria evolução do Estado. Os mecanismos de controle dos poderes entre si são essenciais e estão definidos no texto constitucional, revelando-se como instrumento de segurança jurídica. A fragilidade se revela quando a Constituição é modificada a fim de propiciar a sobreposição de um poder sobre o outro, quebrando a harmonia e independência entre eles.

O controle de constitucionalidade existe a partir da previsão constitucional de mecanismos sancionatórios aos atos contrários a Constituição. Para isso são necessários alguns pressupostos que garantam à Constituição um status de norma hierarquicamente superior, não podendo nenhum ato jurídico ser incompatível a ela, bem como sua rigidez, ou seja, somente ser alterada por procedimento solene, reconhecida a sua força normativa.

2. Sistema Constitucional de Controle de Constitucionalidade das leis e atos normativo, Súmulas Vinculantes e os efeitos da PEC nº 33/2011

O Controle de Constitucionalidade possui importante papel ao proteger e fiscalizar os atos dos Poderes Públicos, verificando se estes estão dispostos de acordo com o texto Constitucional, carta hierarquicamente superior aos demais documentos legislativos, dotada de força normativa capaz de onerar de nulidade qualquer texto que com ela não se compatibilize. Trata-se de hierarquia vertical do processo legislativo, cujo guardião a própria constituição designou o Supremo Tribunal Federal.

A Lei n. 9.868/99 dispõe sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade, conferindo, dentre outras atribuições, expressamente à Suprema Corte legitimidade para restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, ou fixar termo para início da eficácia dessa declaração. A li reforça o disposto na CRFB como competência exclusiva da Corte.

Como atividade inerente ao Poder Judiciário, o controle de constitucionalidade das leis e ato normativos decorre da própria necessidade de guarnecer toda ordem jurídica alguns instrumentos de segurança.

Para alterar a Constituição o próprio texto exige um procedimento mais solene, dificultoso em relação às demais leis e atos normativos, e assim não poderia dispor contrariamente, pois não faria sentido algum um controle de constitucionalidade sobre atos inferiores, cujo procedimento de aprovação exige menos requisitos formais que as emendas, sendo que essa lei poderia alterar ou revogar a constituição.

São várias as vantagens decorrentes do princípio da rigidez constitucional, protegendo a Constituição contra reformas inoportunas e garantindo-lhe estabilidade e superioridade frente aos demais textos legais.

A Constituição brasileira de 1988 é classificada quanto à alterabilidade como rígida, permitindo que o STF exerça fiscalização material e formal de todos os documentos normativos. A compatibilidade material é medida a partir do conteúdo das normas, enquanto que a formal verifica os aspectos procedimentais.

Clèmerson Merlin Clève alerta que a supremacia constitucional, requisito imprescindível ao controle de constitucionalidade, não é simplesmente um aspecto nominal, mas decorre da fonte que elabora o texto – Poder Constituinte – e do reconhecimento da sua força normativa,

A supremacia constitucional é dependente, em princípio, da rigidez constitucional. Mas a rigidez não é capaz, por si só, de assegurar a supremacia da Constituição. De fato, caminhe-se para o campo da história, e então compreender-se-á que a real primazia de uma Constituição depende de sua efetividade (eficácia social). Sem efetividade (Constituição normativa) não há verdadeira preeminência. Mas mesmo no campo estritamente jurídico, a supremacia imprescindível de uma certa consciência constitucional, de modo peculiar de cuidar e de compreender a Constituição (1993, p. 202).

Luís Roberto Barroso recorda que os atos e as normas jurídicas comportam análises em três planos distintos e inconfundíveis: existência, validade e eficácia, sendo que apenas a validade importa ao controle de constitucionalidade, pois analisa vícios de construção (formal) e de conteúdo (material) da norma. A existência, ligado ao plano fático da norma, requer a presença dos elementos constitutivos elencados na lei, tais como: objeto, agente e forma. Já a eficácia refere-se à aptidão da norma para produzir os efeitos, sendo que a norma inválida não possui força para produzir efeitos.

A resposta oferecida pelo controle de constitucionalidade a uma norma que apresenta vício é a anulabilidade ou a nulidade. Hans Kelsen entende que dentro de uma ordem jurídica não pode haver algo como a nulidade, que uma norma pertencente a uma ordem jurídica não pode ser nula, mas apenas pode ser anulável. Conforme entendimento de Kelsen, a lei é válida até a sua anulação e não nula desde o início. A decisão não tem caráter simplesmente declarativo, mas constitutivo. (1998).

Assim, inicialmente, a conclusão que se impõe reforça que um ato marcado por valores inconstitucionais é nulo, devendo ser retirado do ordenamento com efeito *ex tunc*, ou seja, desde o surgimento do ato viciado. Essa é a regra constitucional, flexibilizada pela modulação de efeitos, o qual, em nome da segurança jurídica ou excepcional interesse social, o STF confere efeitos partir da declaração de nulidade ou para o futuro.

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado (BRASIL, Lei n. 9.868/99).

O Ministro Celso de Mello reforça, como regra geral, nulidade *ex tunc*, asseverando em lei nula não consegue produzir atos válidos

[...] O repúdio ao ato inconstitucional decorre, em essência, do princípio que, fundado na necessidade de preservar a unidade da ordem jurídica nacional, consagra a supremacia da constituição. Esse postulado fundamental de nosso ordenamento normativo impõe que preceitos revestidos de "menor" grau de positividade jurídica guardem, "necessariamente", relação de conformidade vertical com as regras inscritas na carta política, sob pena de ineficácia e de conseqüente inaplicabilidade. Ato inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em conseqüência, de qualquer carga de eficácia jurídica. A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do poder público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe - ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos - a possibilidade de invocação de qualquer direito (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 652-MA).

A inconstitucionalidade consiste na contrariedade dos atos públicos ou privados com os ditames da Constituição. Logo, a inconstitucionalidade não deriva somente por ofensas causadas à Constituição pelo legislador, mas também por condutas públicas e/ou privados que

burlam, maculam ou até mesmo neguem direitos constitucionalmente garantidos. Pressupõe, no entanto, uma Constituição rígida, dotada de supremacia e força normativa.

Nesse sentido Jorge Miranda leciona que

De modo pré-sugerido, resultam do confronto de uma norma ou de um acto com a Constituição, correspondem a atributos que tal comportamento recebe em face de cada norma constitucional. Não se trata de relação de mero carácter lógico ou intelectual. É essencialmente uma relação de carácter normativo e valorativo, embora implique sempre um momento de conhecimento. Não estão em causa simplesmente a adequação de uma realidade a outra realidade, de um *quid* a outro *quid* ou a desarmonia entre este e aquele acto, mas o cumprimento ou não de certa norma jurídica (1988, p. 311).

Importante destacar que inconstitucionalidade e ilegalidade não se confundem. Embora os dois fenômenos representem violação à ordem jurídica, diferem porque na inconstitucionalidade o parâmetro do controle está na Constituição, enquanto na ilegalidade a transgressão contraria as normas infraconstitucionais, hierarquicamente inferiores a CRFB. “Se o preceptivo atingido for da Constituição, temos uma inconstitucionalidade. Se for das leis em geral, temos uma ilegalidade”. (BULOS, 2011, p. 135).

O modelo de controle de constitucionalidade implantado pela Carta de 1988 é um dos mais avançados do mundo, principalmente em matéria de fiscalização concentrada (BULOS, 2011, p. 199). Fora construído um modelo misto, para verificar a compatibilidade das leis e atos normativos tanto no caso concreto, quanto a lei em tese. No primeiro, tem-se o controle de constitucionalidade difuso, e para atacar a lei em abstrato, o controle de constitucionalidade concentrado.

O controle difuso demanda a existência de uma lide, na qual se tenha violado, no caso *inter parts*, a constituição. Os efeitos de declaração de inconstitucionalidade repercutem a esfera jurídica dos demandantes, podendo ser estendidos na hipótese do Senado Federal, após a comunicação do STF, suspender os efeitos da lei violadora. Ressalte-se que essa lei pode ser municipal, estadual ou federal. Caso o STF queira, por si próprio, retirar os efeitos da lei, conferindo o efeito da abstrativização, poderá fazê-lo por meio de Súmula Vinculante, desde que a situação concreta se adeque aos requisitos da súmula.

A questão ainda é polêmica na corte do Supremo, uma vez que o Ministro Gilmar Mendes entende que o STF ao comunicar o Senado Federal, automaticamente está suspendendo os efeitos da lei tida por inconstitucional no controle difuso. O referido Ministro aplicou a teoria

da mutação constitucional, reinterpretando o art. 52, X da CRFB. Já o Ministro Joaquim Barbosa entende que a solução mais adequada é a edição de Súmula Vinculante, pois assim estar-se-á respeitando a separação dos poderes e o texto expresso da Constituição. Como dito, a questão é controvertida.

O outro modelo de controle de constitucionalidade observa a lei em sentido abstrato, não exigindo litigantes em um processo para ser analisada a inconstitucionalidade. O texto da lei é comparado ao texto constitucional. São as chamadas ações concentradas: Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Essas ações não serão tratadas, individualmente, nesse trabalho, mas será abordado a sistemática de processamento e os efeitos decorrentes que são suscitados na PEC 33/2011.

Os dois sistemas subsistem em harmonia, sendo que o concentrado é exercido exclusivamente pela Corte Suprema e o difuso por qualquer órgão do Poder Judiciário.

Ao reforçar a anatomia do controle concentrado, o constituinte de 1988 acabou reduzindo, mas não eliminando, o controle difuso. Quer dizer, a competência da jurisdição constitucional ordinária foi, de certa forma, atenuada, mas não extinta. Resultado: a inconstitucionalidade das leis e atos normativos passou a ser examinada, na maioria das situações de relevo, pelo Supremo Tribunal Federal. Já os juízes ficaram, praticamente, limitados, tendo em vista que a Carta de 1988 esvaziou o controle difuso de constitucionalidade. Todavia, isso não nos autoriza menosprezar o controle difuso no Brasil. Ele está ao dispor para quem desejar obter a decretação da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo no caso concreto (BULOS, 2011, p. 199).

A CRFB dispõe no art. 101 e em outros dispositivos ser competência do STF o julgamento dessas ações de maneira originária e exclusiva, ressalvada o controle de constitucionalidade feito pelos Tribunais de Justiça quando o paradigma for a lei estadual.

Mantendo o sistema misto de controle de constitucionalidade, de um lado o controle via incidental espelhado no sistema norte americano, de outro o controle via principal nos moldes do sistema austríaco, a Constituição de 1988 destacou-se por normatizar importantes inovações.

Retirando o monopólio exercido pelo Procurador Geral da República, a CRFB de 1988 ampliou significativamente o rol dos legitimados para propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade, é o que reza o art. 103 da CRFB/88.

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 Assembleia 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. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil).

Recentemente a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania aprovou a admissibilidade da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 99/11 que inclui no rol dos legitimados do art. 103 as entidades religiosas de âmbito nacional entre aquelas que podem propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o STF. A proposta de Emenda seguirá para votação. (BRASIL, Câmara dos Deputados, PEC 99 de 19 de outubro de 2011).

O Constituinte ampliou a possibilidade de outros agentes e protagonistas sociais proporem ações de controle concentrado de constitucionalidade, retirando o monopólio do Procurador Geral da República. Democratizou-se a fiscalização sem banalizar a importância do *munus* que essas ações representam à ordem constitucional.

Desde a sua edição ocorreram mudanças na própria constituição e nas leis infraconstitucionais que regulamentam a matéria, ao qual ressaltamos a Lei nº 12.063/2009 que alterou a lei que disciplina o processo e julgamento das ações constitucionais – Lei nº 9.868/99 – com ressalva à possibilidade de suspensão imediata da eficácia do ato normativo inconstitucional, por meio de medida cautelar e responsável também por introduzir mecanismos de controle de constitucionalidade por omissão; a previsão de um mecanismo de arguição de descumprimento de preceito fundamental inovada na EC nº 3/93; a necessidade de repercussão geral como elemento de limitação à interposição de recurso extraordinário às questões constitucionais dentre outras.

As ações concentradas de constitucionalidade e o controle difuso observam a CRFB, a Lei nº 9868/99 e suas alterações, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e as leis

processuais subsidiariamente. Aqui nos ateremos a comentar o projeto que altera os dispositivos constitucionais.

A Constituição federal estabelece no art. 97 o quórum de maioria absoluta dos membros do Tribunal ou órgão especial para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo emanados pelo Poder Público. A maioria absoluta configura per si um quórum especial, por exigir a metade mais o número inteiro subsequente dos membros, ao passo em que a regra geral para aprovação dos atos do Poder Legislativo, nos termos do artigo 47, é maioria simples. Pode-se extrair que como regra geral a Constituição trabalha a maioria simples, e em situações pontuais, quórum qualificado, o qual poderá dificultar ou facilitar a aprovação.

O quórum qualificado compreende toda estipulação superior à maioria simples, a exemplo da maioria absoluta para aprovação de Lei Complementar e declaração de inconstitucionalidade; 3/5 para aprovação de emenda à constituição; 1/3 para apresentação de emenda à constituição; 2/3 para recebimento do processo por crime de responsabilidade contra o Presidente da República dentre outros.

A PEC 33/2011 prevê alteração do quórum para aprovação da declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos, com nova redação ao art. 97 da CRFB

Art. 97 Somente pelo voto de quatro quintos de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou do ato normativo do poder público. ...(NR).

Trata-se de um endurecimento ao controle de constitucionalidade feito pelo STF, exigindo que para a declaração o quórum se aproxime à unanimidade da corte, que somente poderá declarar uma lei inconstitucional com aprovação de 4/5 dos membros da casa. A escolha do quórum compete ao constituinte originário, ao construir uma nova constituição, e ao constituinte derivado no processo de reforma da constituição existente. Analisando o dispositivo dentro da reforma proposta, parece-nos como um mecanismo de encurtamento na atuação do tribunal no exercício das suas funções típicas de controle da constitucionalidade da lei. A instauração da sessão demanda a presença de oito ministros, nos termos do artigo 22 da Lei nº 9868/99, e caso seja aprovada a mudança, para a declaração de inconstitucionalidade serão necessários 9 ministros.

A segunda alteração proposta refere-se ao artigo 103 da CRFB, o qual trabalharemos detalhadamente.

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

O texto atual da Constituição traz a súmula vinculante como instituto exclusivo do Poder Judiciário, ao qual compete analisar a necessidade de edição, permanência e revogação. Atualmente o Poder Legislativo não participa do processo de construção e retirada das súmulas.

Continua a proposta de reforma ao texto constitucional:

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

Esse parágrafo primeiro não encontra correspondente no texto em vigor, limitando a edição de súmulas à situação que o ensejou, não podendo o STF abarcar situações próximas e análogas.

Com relação aos atuais parágrafos 2º e 3º da CRFB/88 o projeto não propõe mudança no texto, apenas na numeração do parágrafo.

Significativa alteração reside nos parágrafos 4º a 6º da PEC nº 33/2011

§4º O Congresso Nacional terá prazo de noventa dias, para deliberar, em sessão conjunta, por maioria absoluta, sobre o efeito vinculante da súmula, contados a partir do recebimento do processo, formado pelo enunciado e pelas decisões precedentes.

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

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

A proposta retira o eixo decisório acerca da interpretação da Constituição do Poder Judiciário para o Poder Legislativo, assemelhando-se à esquerda norte americana descrita por

Barroso como “constitucionalismo popular”. (A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo, *on line*, p. 02).

Nesse texto Barroso trabalha a visão da constituição no centro das relações sociais e institucionais, baseada no modelo liberal de Estado e vitoriosa sobre o modelo socialista, o qual tinha o *Partido* e não a Constituição no centro das relações de poder. A revolução prometida pelo socialismo “dissipou-se em autoritarismo, burocracia e pobreza”

Lembra que na França a interpretação da Constituição é um trabalho do Parlamento e não dos Juízes e Tribunais, por constituir-se um documento mas político que jurídico. O sistema europeu, de maneira geral, tem a lei na centralidade do sistema jurídico, ao passo que o sistema americano (EUA) articulou-se em torno da constituição. (BARROSO).

O deslocamento do controle de constitucionalidade e interpretação do Poder Judiciário para o Poder Legislativo e consulta popular é temerário frente a complexidade das relações jurídicas imbrincadas, levando-se em conta que algumas questões são de difícil compreensão aos mais experientes juristas seriam inelegíveis ao homem médio. O povo seria facilmente manobrado por grupos políticos na defesa de interesses próprios.

Ainda, mesmo que sustentada num discurso de soberania popular, grupos políticos usarão esse instrumento com meio de manobra política para sobrepor seus interesses ao Poder Judiciário. Não se trata de excluir o povo das decisões constitucionais, mesmo porque o titular do poder constituinte é o povo, ele que constrói e reconstrói as constituições, mas problemas instrumentais-pontuais exigem técnica na sua solução.

A democracia, quando manipulada, é ela é excludente do processo de inserção popular nas decisões governamentais, transferindo a grupos que estão no poder legitimação para o autoritarismo. A democracia livre e séria é um processo lento de construção, o qual demanda educação, inserção no processo político, participação social como alicerce.

A palavra democracia tem origem no idioma grego, *demokratía*, como também vivenciou suas primeiras manifestações naquela cultura, que apesar de excluir mulheres, pobres, escravos e estrangeiros, representa o embrião da democracia moderna. Em linhas gerais, podemos elencar que para seu desenvolvimento se faz necessário proteção às liberdades humanas a fim que favoreçam a atuação direta ou indireta do povo nas tomadas de decisões

políticas. Etimologicamente, significa o governo do povo, baseado nos princípios da soberania popular e distribuição equitativa do poder. (PRIBERAM DICIONÁRIO, 2014).

A construção de um Estado democrático tem como fundamento a consolidação de uma comunidade política, organizada, em que os populares tenham meios de debater e decidir o processo político. Paulo Bonavides acrescenta que “democracia [...] é processo de participação dos governados nas formações da vontade governativa” (BONAVIDES, 2001, p. 57).

Questão pontual cerca a manifestação das minorias em um ambiente democrático, onde impera a vontade da maioria. O Supremo Tribunal Federal já se posicionou, na ocasião da “CPI do Apagão Aéreo”, acerca do tema, garantindo no âmbito do Congresso Nacional o direito das minorias consagrado no texto constitucional e que à época fora mitigado pelo próprio parlamento para que não fosse instaurada comissão parlamentar de inquérito contrário aos interesses do Poder Executivo. (LENZA, 2013).

Para manter o equilíbrio, o posicionamento da maioria não deverá paralisar os entendimentos minoritários, visto que as unanimidades são impraticáveis quando se leva em consideração grandes conjuntos de indivíduos e a complexidade da sociedade contemporânea.

O Estado possui pôr fim a promoção do bem público, como princípio indissociável à sua existência. Quando a maioria defende a realização de interesses privados, transforma democracia em tirania. Entre maioria e minoria existe um elo, frágil, mas indispensável à harmonização dos interesses, em prol do bem comum que conforma os interesses do Estado.

A imposição da vontade da maioria sem o devido respeito aos direitos das minorias tem sua legitimidade esvaziada por atacar liberdades públicas, que são direitos inalienáveis, inerentes à natureza do ser humano. A harmonização entre os diversos interesses emanados da comunidade caracteriza a justiça social, condição de possibilidade da democracia.

O Poder Judiciário não representa democraticamente o povo, uma vez que a escolha dos seus membros não ocorre direta ou indiretamente por meio de eleição popular.

A organização e constituição dos seus membros se dá, no primeiro grau de jurisdição, por seleção meritória, na qual os candidatos são submetidos a processo de provas, precisam demonstrar habilidade em julgar, prova oral, verificação de títulos, além de submeter-se a investigação da vida pregressa. Para os Tribunais a indicação ocorre de maneira diferente, sendo

4/5 das vagas reservadas aos membros do próprio Judiciário, classificados por antiguidade e merecimento, e 1/5 das vagas membros indicados pela Ordem dos Advogados do Brasil e Ministério Público.

O quinto constitucional, como a constituição denomina essa técnica de escolha, visa oxigenar os quadros do judiciário com a visão jurídica, política e social de membros de outras carreiras.

No Supremo Tribunal Federal a escolha se dá por indicação exclusiva do Chefe do Poder Executivo, que nomeia livremente os membros, bastando que o indicado tenha mais de 35 anos, notável saber jurídico e reputação ilibada. A Corte Constitucional já possui cunho político na sua formação, pois não há interferência do Poder Judiciário na sua composição.

As decisões do STF cunham aspectos jurídicos, políticos e sociais, a propósito da repercussão geral, que exige para recebimento do Recurso Extraordinário o atendimento de requisitos que demonstrem sua relevância e amplitude. Não se trata de órgão míope, desconectado da realidade, sem interlocução social, carecedor da tutela legislativa para dar efeitos às suas decisões.

Por fim, para terminar esse breve ensaio acerca da PEC nº 33/2011 a qual submete os julgamentos do Supremo Tribunal Federal à confirmação do Poder Legislativo, registramos o conflito da proposta com a teoria da separação dos poderes, comprometendo a independência e harmonia proposta na Constituição de 1988.

Conclusão

A tripartição das funções do Estado são vislumbradas nas funções legislativas, administrativa (ou executiva) e jurisdicional, sendo que essas funções são atribuídas a três órgãos, ou grupos de órgãos, reciprocamente autônomos, que as exercerão com exclusividade, função típica, ou como meio de freio aos outros poderes, atipicamente. Assim, cada Poder possui sua função típica, não há supremacia entre eles, são todos autônomos, mas todos se controlam, segundo o sistema de freios e contrapesos – funções atípicas.

A separação dos poderes e a consolidação do Estado democrático propiciam uma fértil arena para o maior controle entre os agentes que exercem o poder, além de permitir, em maior ou menor grau, o controle popular das decisões governamentais. A partir da democracia

estabelece-se uma constituição que permite o exercício dos direitos políticos, o acesso e destituição do poder, bem como, limita os poderes estatais e garante, entre os cidadãos, por intermédio dos direitos e garantias fundamentais, de observância obrigatória pelo Estado e cidadãos.

A PEC nº 33/2011 propõe um desvirtuamento à essa independência e harmonia, submetendo as funções típicas do Poder Judiciário ao arbítrio do Poder Legislativo, manobra típica de governos autoritários que minoram as atividades do Poder Judiciário a fim de perpetuarem-se no poder. O deslocamento da competência para determinar os efeitos no controle de constitucionalidade e das Súmulas Vinculantes afronta o texto constitucional, que se sobrepõe aos poderes e decorre da manifestação legítima do povo.

A declaração de nulidade abrange a lei desde o momento da sua entrada no mundo jurídico, desconstituindo todas as relações oriundas da lei inconstitucional, pois estão eivadas de vícios insanáveis. Desde a edição da Lei 9.868/99 o Supremo Tribunal Federal trabalha a modulação dos efeitos jurídicos das decisões, nas hipóteses de garantia da segurança jurídica e excepcional interesse público. Assim, o STF poderá dar efeito a partir da decisão (*ex nunc*) ou no futuro (*pro futuro*) ou tradicionalmente a partir da edição do ato inquinado de vício.

Por fim, entendemos que o controle dos efeitos fere a separação dos poderes, representa um excesso às funções atípicas do Legislativo, vez que a Constituição conferiu essa atividade exclusivamente ao Poder Judiciário, bem como afronta a ordem democrática instituída com a Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Pedro Vieira. **Separação de poderes e medidas provisórias**. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito da FGV, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6 Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição:** Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora. 3 Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **A americanização do direito constitucional e seus paradoxos:** teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_americanizacao_do_direito_constitucional_e_seus_paradoxos.pdf. Acesso em: 19 nov. 2013.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 19 nov. 2013.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Emenda À Constituição nº 33 de 25 maio 2011. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>. Acesso em 20 nov. 2013.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Emenda À Constituição nº 33 de 25 maio 2011. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=524259>. Acesso em 20 nov. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.215-MC/PE.** Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=2215&processo=2215>>. Acesso em 22 nov. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 652/MA.** Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=652&processo=652>>. Acesso em 22 nov. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.262/TO.** Rel. Min. Sidney Sanches. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1262&processo=1262>>. Acesso em 22 nov. 2013.

BONAVIDES, Paulo. Ciência política. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CHIMENTI, Ricardo Cunha, et al.. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

FRIEDE, Reis. **Curso de ciência política e teoria geral do Estado: teoria constitucional e relações internacionais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitário, 2002.

FERRERA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito constitucional**. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6 Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15 Ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 5 Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **O controle de Constitucionalidade no Brasil**. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1237_Mendes_Gilmar_O_controle_da_constitucionalidade_no_Brasil_aula1.pdf. Acesso em 28 nov. 2013.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. t.2; 1988. t.4. Coimbra: Coimbra Editora. 1991.

_____. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

PRIBERAM, dicionário on line. Disponível em: <http://www.priberam.pt/DLPO/democracia>. Acesso em 29 nov. 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33 Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.