

UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
FACULDADE DE CIÊNCIAS SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA POLÍTICA

HUGO HENRY MARTINS DE ASSIS SOARES

**RELAÇÃO ENTRE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A PROPOSTA
DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 33/2011**

GOIÂNIA
2015

HUGO HENRY MARTINS DE ASSIS SOARES

**RELAÇÃO ENTRE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A PROPOSTA
DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 33/2011**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Federal de Goiás, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Ciência Política.

Linha de Pesquisa: Estado e Instituições Políticas

Orientador: Prof. Dr. Francisco Mata Machado Tavares.

GOIÂNIA
2015

FOLHA DE APROVAÇÃO

Dissertação intitulada **RELAÇÃO ENTRE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N° 33/2011**, de autoria do mestrando HUGO HENRY MARTINS DE ASSIS SOARES, defendida e aprovada em ____ de março de 2015, pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

Prof. Dr. Francisco Mata Machado Tavares (PPGCP/UFG)
Orientador

Profa. Dra. Marjorie Correa Marona (PPGCP/UFG)
Membro titular

Profa. Dra. Denise Paiva Ferreira (PPGCP/UFG)
Membro titular

AGRADECIMENTOS

Agradeço:

À minha mãe, Marli, por todo o amor, carinho, paciência e esforço empreendidos na minha formação pessoal: humanística, familiar, intelectual. Através dos ensinamentos a mim passados, aprendi, antes de tudo, a ser um ser humano digno, com valores enraizados, base esta que me possibilitou alcançar todo o resto. Aprendi a amar, a mim e ao outro. Se hoje sou motivo de orgulho e elogio para alguns, grande parte a ela se deve.

Ao meu pai, Deusivone, por tudo que sempre representou para mim, e pelo intenso e prazeroso convívio, através do qual surgiram orientações, debates, sugestões e conversas intermináveis, pautadas sempre na tentativa de entendimento do outro, e, tudo isso, baseado em amor e sentimentos genuínos e verdadeiros.

Ao meu orientador, guru intelectual e amigo, Franck, que ao longo dessa jornada no mestrado foi paciente, me incentivou e contribuiu para a conclusão do meu trabalho. Sem ele, nada disso seria possível.

Aos meus avós, Ataídio e Maria, que participaram significativamente para que eu alcançasse todos os meus sonhos e desejos até hoje almejados, através do carinho, compreensão, questionamentos e, especialmente, pelo amor que me foi dado na condição de único neto.

À minha eterna boadrasta (e terceira mãe), Geisa, que contribuiu efusivamente para a minha criação, dando-me atenção, carinho e sendo sempre paciente comigo, especialmente quando do meu acolhimento ao retorno à Goiânia, oportunidade esta que me proporcionou maior convívio com ela, motivo de enorme prazer e satisfação, e, principalmente, com meus irmãos, Pedro, Igor e Lara, que, apesar do pouco convívio ao longo da vida pela distância, construí um amor impossível de ser medido.

Aos meus amigos, que suplantam a ideia de amizade e aproximam-se da de irmandade. Sempre confidentes, apoiadores, estimuladores, críticos, que, também, em muito colaboraram para o meu jeito e personalidade.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, pelos constantes diálogos, orientações, estímulos e momentos divertidos dentro, e fora, de sala de aula.

Aos meus colegas de mestrado que muito me ensinaram, especialmente Andrey e Rodrigo, amigos pessoais, com os quais tive (e por muito terei) o prazer de conviver e compartilhar momentos de alegria.

E, por último, à Lá, pelo apoio, incentivo, compreensão, paixão e amor a mim direcionados, que, sem dúvida, deu-me condições e estímulo para a conclusão de mais essa etapa na vida, ao me proporcionar momentos, sensações e sentimentos amorosos em minha vida que jamais sentira.

Sem todos vocês, eu não estaria aqui. Sem todos vocês eu não seria tão feliz quanto sou. Afinal, “A FELICIDADE SÓ É PLENA, QUANDO É COMPARTILHADA”.

RESUMO

Tema recente nos debates políticos brasileiros se refere a uma possível crise institucional, especificamente entre os poderes Legislativo e Judiciário, com interferências nas atribuições de cada um, em que, cita-se, como exemplo, a Proposta de Emenda Constitucional nº 33/2011, enquanto tentativa de limitação de funções concedidas ao Supremo Tribunal Federal (STF). A questão reside na prática cada vez mais corriqueira de levar à decisão do Poder Judiciário determinadas questões polêmicas e controversas da sociedade brasileira. O cerne da discussão permeia a interpretação da Constituição, em que se questiona a supremacia judicial no tocante à sua interpretação e aplicação, ou se há a possibilidade de ampliação para outros atores políticos, sem acarretar a perda do peso normativo. Dentro da atuação mais ampla do Judiciário no processo político-decisório nacional está o que a literatura especializada entende por judicialização da política. Este conceito traz consigo o papel político do Judiciário, ao pretender a efetividade dos direitos e garantias fundamentais, colaborando para a implementação de preceitos fundamentais essenciais à democracia. Pretende-se, no presente trabalho, examinar a possível relação entre a judicialização da política com a propositura da PEC nº 33/2011, e sua subsequente aprovação na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, em que se tentará compreender a relação através, principalmente, de entrevistas com os parlamentares envolvidos com a propositura e relatoria da PEC nº 33/2011, juntamente com aqueles presentes à sessão da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania quando da aprovação da referida PEC.

Palavras-chave: Judicialização; PEC 33/2011; Judiciário; Legislativo;

ABSTRACT

Recent theme in Brazilian political debates refers to a possible constitutional crisis, specifically between the legislative and judicial branches, with interference in the duties of each, in which, citing as an example, the Proposed Constitutional Amendment n. 33/2011, while attempting to limitation of the functions granted to the Federal Supreme Court (STF). The question is in practice increasingly commonplace lead to the decision of the Judiciary certain polemical and controversial issues in Brazilian society. The core of the discussion permeates the interpretation of the Constitution, questioning judicial supremacy regarding its interpretation and application, or if there is the possibility of expansion to other political actors, without causing the loss of normative weight. Within the broader role of the judiciary in national political decision making process is what the literature meant for judicialization of politics. This concept brings the political role of the judiciary, to claim the effectiveness of fundamental rights and guarantees, contributing to the implementation of essential fundamental precepts of democracy. It is intended in this study to examine the possible relationship between the judicialization of politics with the initiation of PEC n. 33/2011 and its subsequent approval by the Commission of Constitution and Justice and Citizenship, which will be trying to understand the relationship mainly through interviews with parliamentarians involved in PEC n. 33/2011 proposition and rapporteur, along with those present at the session of the Committee on Constitution, Justice and Citizenship upon approval of said PEC.

Key-words: Judicialization; PEC 33/2011; Judiciary; Legislative.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIACÕES

ADC - Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ANC - Assembleia Nacional Constituinte

AP - Ação Penal

CCJC - Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania

CF - Constituição Federal

CNS - Conselho Nacional de Saúde

CONEP - Comissão Nacional de Ética em Pesquisa

DEM - Democratas

MP - Medida Provisória

PDT - Partido Democrático Trabalhista

PEC - Proposta de Emenda Constitucional

PMDB - Partido do Movimento Democrático Brasileiro

PP - Partido Progressista

PR - Partido da República

PSD - Partido Social Democrático

PSDB - Partido da Social Democracia Brasileira

PSOL - Partido Socialismo e Liberdade

PT - Partido dos Trabalhadores

PTB - Partido Trabalhista Brasileiro

STF - Supremo Tribunal Federal

TSE - Tribunal Superior Eleitoral

RESUMO	5
ABSTRACT	6
LISTA DE SIGLAS E ABREVIACÕES	7
1 INTRODUÇÃO	10
2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	16
2.1 PERSPECTIVAS HISTÓRICO-FILOSÓFICAS SOBRE O PAPEL DO JUDICIÁRIO NO ESTADO	16
2.1.1 Críticas ao modelo de separação rígida de poderes	24
2.1.1.1 Canotilho e a separação dos poderes	24
2.1.1.2 A tese das funções predominantes de cada ramo de governo	26
2.1.1.3 As críticas à primazia do Judiciário na interpretação constitucional: Häberle e Tushnet	29
2.2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	31
2.2.1 Surgimento e conceito de judicialização da política	33
2.2.2 A inserção do debate no Brasil	34
2.2.3 Judicialização da política para além do seu surgimento	39
2.2.3.1 A ideia de supremocracia	50
2.2.4 Condições para existência da judicialização da política	55
2.2.5 Ativismo judicial	61
2.2.6 Visão habermasiana sobre a dicotomia: soberania popular x direitos individuais	66
2.2.6.1 Concepção liberal	66
2.2.6.2 Concepção republicana	68
2.2.6.3 Teoria do discurso	69
2.2.7 Para além da interpretação judicial: ampliação do rol de intérpretes da Constituição e abertura da interpretação constitucional	73
2.2.8 Posição adotada quanto ao ativismo judicial e à judicialização da política	77
3 ANÁLISE SOBRE O PROCESSO LEGISLATIVO CONSTITUCIONAL E A PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N° 33/2011	80

3.1	PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N° 33/2011	80
3.1.1	Procedimento	80
3.1.2	Aspectos técnicos e alterações propostas	81
3.1.2.1	Modificação na atual regra da quantidade de votos necessários nos tribunais para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público	82
3.1.2.2	Condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e demais regulamentações	85
3.1.2.3	Submeter ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição	86
3.1.3	Tramitação	87
3.1.4	Motivos apresentados para proposição da PEC	92
3.1.4.1	Justificação da PEC	92
3.1.4.2	Entrevistas esparsas do proponente	95
3.1.5	Motivos para aprovação na CCJ e demais debates	99
3.1.5.1	Parecer do relator	99
3.1.5.2	Votos em separado	100
3.1.5.3	Aprovação da matéria na CCJC	101
3.1.5.4	Debates parlamentares	103
3.1.6	Entrevistas realizadas pelo discente	104
3.1.6.1	Explicações iniciais	104
3.1.6.2	Conteúdo e análise das entrevistas	107
4	CONCLUSÃO	118
	REFERÊNCIAS	121
	APÊNDICES	126
	Apêndice A - Questionário	126
	Apêndice B - Entrevistas	128

1 INTRODUÇÃO

Não há dúvida quanto ao relevante papel que o Poder Judiciário tem no sistema político brasileiro, tendência essa que está em constante aumento como se pode verificar, por exemplo, no crescimento da cobertura midiática sobre o tema (FALCÃO; OLIVEIRA, 2013). Diante desse cenário, necessário se faz estudo pormenorizado sobre a temática de expansão da atuação do Poder Judiciário sobre a política nacional, especialmente quando da realização do controle de constitucionalidade.

A referida atuação, e expansão, em questões políticas nacionais, acarreta o que a literatura especializada trata como judicialização da política. Este conceito traz consigo o papel político do Judiciário com a sua responsabilização, inclusive, sobre o processo de transformação social, com a efetividade de direitos e garantias fundamentais, colaborando para a concepção de um Estado eficiente na implementação desses preceitos.

Diante da insatisfação dos poderes representativos com essa expansão do Judiciário, medidas e discursos têm sido adotados contra o Supremo Tribunal Federal, em uma possível tentativa de retaliação às decisões recentes¹ advindas deste órgão.

Uma dessas medidas refere-se à Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 33/2011, apresentada pelo parlamentar Nazareno Fonteles (PT/PI). Em suma, a referida PEC intenta por estabelecer controle sobre algumas decisões judiciais pelo Congresso Nacional, especialmente no que tange ao controle de constitucionalidade.

O estudo em tela tem por justificativa a obtenção de uma melhor compreensão sobre a relação atual entre os poderes Legislativo e Judiciário, a partir de uma análise aprofundada sobre a Proposta de Emenda à Constituição n. 33/2011, em que se tentará empreender esforços no sentido de compreender a(s) causa(s) para sua proposição e subsequente aprovação na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados.

¹ Cita-se como exemplo a união estável homoafetiva, aborto de feto anencefálico, distribuição dos royalties do petróleo, verticalização de coligações partidárias, dentre outras.

Justifica-se a escolha do objeto pelo fato de a referida PEC se tratar de uma primeira² ação advinda do Legislativo contra o Judiciário no pós Constituição de 88, numa tentativa de suprimir funções, ou mesmo dificultar a concretização delas. Muitas foram as proposições no sentido de regulamentação de subsídios, ou mesmo para inclusão de funções, mas, como mecanismo de diminuição, a PEC nº 33/2011 foi pioneira.

A pergunta que se faz é: de que maneira a judicialização da política no Brasil contemporâneo, a partir do controle de constitucionalidade concentrado, exercido no Supremo Tribunal Federal, contribui para a proposição da PEC nº 33/2011 e sua subsequente aprovação na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania?

A importância do presente trabalho deriva de uma tentativa de se compreender a recente relação entre os poderes Legislativo e Judiciário, a partir de um caso em específico, como meio de entendimento do cenário político.

Dito isso, pretende-se analisar se a judicialização da política, enquanto atuação mais ampla do Poder Judiciário sobre determinadas questões e o ativismo judicial, enquanto atividade interpretacionista proativa e expansiva realizada pelo magistrado, são, de fato, fatores para explicar a apresentação da Proposta de Emenda Constitucional nº 33/2011, conforme sugerida pelo seu proponente, Nazareno Fonteles.

No primeiro capítulo, realiza-se um breve apanhado histórico sobre a atuação e importância do Poder Judiciário em questões políticas, perfazendo um caminho a começar pela obra de Montesquieu, dentro da noção de separação de poderes, passando por Tocqueville e culminando com o momento precursor do controle de constitucionalidade quando da discussão *Marbury x Madison* nos Estados Unidos da América.

Posteriormente, há um mapeamento da literatura existente sobre judicialização da política e ativismo judicial, especialmente no que tange às posições contraditórias sobre o assunto, em que, de um lado está a defesa das decisões tomadas pelo Poder Judiciário, e de outro, a crítica ao movimento de ampliação em sua atuação, ou seja, elencar-se-ão as posições

2 Conforme pesquisa realizada no banco de dados do sítio da Câmara dos Deputados, em que se buscou pelos termos “Supremo Tribunal Federal”, “Supremo” e “STF”. http://www.camara.leg.br/sileg/Prop_lista.asp?Pagina=1&formulario=formPesquisaPorAssunto&Ass1=Supremo+Tribunal+Federal&co1=+AND+&Ass2=Supremo&co2=+AND+&Ass3=STF&Submit2=Pesquisar&sigla=&Numero=&Ano=&Autor=&Relator=&dtInicio=&dtFim=&Comissao=&Situacao=&pesqAssunto=1&OrgaoOrigem=todos

favoráveis à atuação ampla do Judiciário e aquelas desfavoráveis, que entendem pelo extrapolamento do papel de julgador a ele colocado originariamente.

Logo após, no segundo capítulo, pormenorizar-se-à a Proposta de Emenda Constitucional nº 33/2011, com o seu trâmite e respectivos documentos, através do tipo de pesquisa estudo de caso, em que se utilizará de análise documental, análise dos discursos e, principalmente, das entrevistas realizadas pelo pesquisador com alguns dos parlamentares envolvidos.

E, por fim, pretende-se estabelecer uma conexão entre os pontos acima descritos, ou seja, verificar se a judicialização da política e o ativismo judicial são fatores para uma melhor compreensão da PEC nº 33/2011.

Dentro de um enfoque de tipo de pesquisa, pretende-se a realização de estudo de caso. Justifica-se a escolha pelo fato de o tipo se propor a um exame detalhado de aspectos de um episódio histórico (GEORGE E BENNETT, 2005), no caso, a proposição e trâmite da PEC nº 33/11, especialmente na CCJC, para desenvolver ou testar explicações históricas. A pesquisa fornecerá condições de estudos de um caso específico, com o necessário aprofundamento que a questão necessita, colocando-se a dúvida sobre de que maneira a judicialização da política influenciou, e ainda influencia, a proposição e tramitação da PEC.

Relevante se faz a coleta de dados, com análise documental sobre legislações e documentos produzidos no Congresso Nacional, e dos discursos e sessões lá realizadas, para que se tenha uma visão ampliada da temática, mas, principalmente, a realização de entrevistas em profundidade com alguns dos parlamentares presentes à sessão da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, a fim de se verificar os reais motivos para sua aprovação, e, claro, se a judicialização da política, enquanto processo expansionista do Judiciário (ou o que eles entendem por ela), é, de fato, relevante para todo o processo legislativo envolto à PEC.

Justifica-se a escolha por entrevistas em profundidade por se tratar de um método de coleta de dados em que se tem como objetivo o aprofundamento em determinado objeto a partir da captação dos fatos através de respostas fornecidas pelos atores sociais diretamente envolvidos, em que serão exploradas as suas visões como forma de aprimoramento do conhecimento e compreensão de algum fato social (POUPART, 2008).

A apreensão do objeto em estudo se deu a partir da interação entre entrevistado e entrevistador, uma vez que, apenas com um roteiro de perguntas, e o conhecimento sobre a técnica utilizada, o entrevistador poderá percorrer caminhos de forma profunda, sem um questionário fechado, inclusive com a possibilidade de conduzir a entrevista de forma que atenda aos seus objetivos iniciais e foque no que é verdadeiramente relevante e necessário para o desenvolvimento da pesquisa.

Portanto, utilizou-se de entrevista não dirigida, em que, após as instruções iniciais, poderia o entrevistador orientar e conduzir a entrevista, concedendo ao entrevistado o máximo de liberdade, como forma de aprofundar no tema e extrair o maior número de dados e informações, para que fossem fornecidas respostas a visar uma pesquisa completa e com seus objetivos preenchidos.

As entrevistas foram gravadas por meio de gravador de áudio, para que o seu conteúdo pudesse ser transcrito de forma idêntica, até para evitar qualquer problema com distorções de material. Caso o entrevistado desejasse, poderia ser fornecida cópia do áudio para si. Não houve captação de imagens durante a entrevista.

O que se pretende é entender um dado acontecimento, relevante para o cenário político, social e jurídico, a partir da perspectiva dos próprios envolvidos, a fim de obtenção dos melhores resultados tanto para a pesquisa em desenvolvimento quanto para o conhecimento acadêmico.

Para tanto, a pesquisa qualitativa serve como método para aprofundar a compreensão das práticas e interações entre os atores, e a utilização da entrevista como técnica para apreender o sentido dado por eles às suas condutas (POUPART, 2008, p. 217).

A relevância da pesquisa qualitativa, especificamente através de entrevista, dá-se sob três vértices:

O primeiro é de ordem epistemológica: a entrevista de tipo qualitativo seria necessária, uma vez que uma exploração em profundidade da perspectiva dos atores sociais é considerada indispensável para uma exata apreensão e compreensão das condutas sociais. O segundo tipo de argumento é de ordem ética e política: a entrevista de tipo qualitativo parece necessária porque ela abriria a possibilidade de compreender e conhecer internamente os dilemas e questões enfrentados pelos atores sociais. Destacam-se, por fim, os argumentos metodológicos: a entrevista de tipo qualitativo se imporia entre as “ferramentas de informação” capazes de elucidar as realidades sociais, mas, principalmente, como instrumento privilegiado de acesso à experiência dos atores (POUPART, 2008, p. 216).

Realizaram-se entrevistas em profundidade com os parlamentares envolvidos com a aprovação da Proposta de Emenda à Constituição nº 33/2011 na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, cujo teor apresenta-se em apêndice.

Desta forma, o critério de inclusão da pesquisa circunda os parlamentares presentes àquela sessão na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, em que foi admitida a constitucionalidade da Proposta de Emenda à Constituição nº 33/2011.

Abordou-se os parlamentares previamente via email, ou contato telefônico, de forma que se obteve o agendamento para a realização da entrevista. Importante ressaltar que nesse contato prévio restou devidamente explicado que os entrevistados estariam dotados da mais completa autonomia, liberdade e anonimato, e que a entrevista só seria utilizada caso houvesse o devido consenso.

Por essas condições para a realização da entrevista, autonomia, liberdade, anonimato e consensualidade, puderam os entrevistados se eximir de responder àquelas questões que lhe fossem particularmente desconfortáveis, até pelo fato de o objeto em estudo ser polêmico e controverso, em que perguntas causariam algum mal estar por envolver relação entre o Legislativo e Judiciário. Para sanar qualquer desconforto, foram muito bem explicitados os termos da entrevista, estando o entrevistado livre para responder aquilo que desejasse.

Para isso, foi fundamental a apresentação do entrevistador, instituição a que está vinculado, objeto de investigação e o que pretendia com a entrevista, em que se manifestou a necessidade de o entrevistado se expressar o mais claro e profundo sobre o tema, a fim de se obter o maior número de informações e percepções, também para relatar a importância do entrevistado para o desenvolvimento da pesquisa e para o conhecimento sobre o tema em estudo e que se trata de uma investigação útil para uma melhor compreensão do sistema político nacional e conseqüente relação entre os poderes.

Uma primeira preocupação se dá com o fato de os dados obtidos através da entrevista em profundidade com determinado ator social, no presente caso, deputados federais integrantes da CCJC, presentes àquela determinada sessão, serem significativos para interpretar e coletar informações não somente referentes àquela pessoa, mas também em relação ao grupo em que está inserida, compreendendo-se de maneira mais robusta o que se passa dentro daquele órgão a que pertence.

Especificamente, verificar-se-á se o entendimento adotado pelos parlamentares foram meramente subjetivos, ou seja, a partir de percepções estritamente formais, ou se houve alguma orientação da bancada para que adotassem determinada posição na votação, fato este que há de ampliar a visão sobre o objeto em estudo.

Outra preocupação essencial a permear o questionário está no que o parlamentar entende por “judicialização da política” e “ativismo judicial”. Se são conceitos sinônimos, há diferença de significado, se sim, quais as principais diferenças. Por se tratarem de conceitos amplos, em que não há um consenso na academia sobre os seus significados, importante para a interpretação das demais questões, conseguir entender o que o parlamentar está a considerar, até para que se possa estabelecer uma possível relação entre judicialização e a PEC.

Assim, construiu-se um roteiro de perguntas que permeou a entrevista em profundidade, cujo benefício, para além da conclusão da dissertação de mestrado, está na melhor compreensão e entendimento sobre um tema tão controverso aos mais variados autores e atores sociais, uma vez que envolve diretamente relação de poderes, inclusive, sendo colocada contemporaneamente como produto de crise entre o Legislativo e Judiciário. Elementos empíricos serão produzidos para poder aprofundar no tema judicialização da política.

Importante destacar que em função das eleições nacionais realizadas em outubro e novembro, as entrevistas do presente projeto tiveram início no começo de novembro de 2014, com término em dezembro do mesmo ano.

As entrevistas se deram nos gabinetes de cada um dos deputados federais entrevistados, localizados na cidade de Brasília/DF, conforme lista em apêndice, sendo que, algumas se deram em outros locais.

Tratou-se de uma pesquisa financiada exclusivamente pelo pesquisador através da bolsa obtida quando do início do mestrado, oferecida pela CAPES, e por outros meios próprios, em que se assumiu a completa responsabilidade sobre eventuais gastos e despesas necessários ao desenvolvimento da pesquisa e consequente conclusão da dissertação de mestrado no Programa de Pós-Graduação em Ciência Política.

E, para os devidos fins, declara-se que os resultados obtidos na pesquisa, através da realização das entrevistas, serão tornados públicos, principalmente pela publicação da dissertação de mestrado do discente.

2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

2.1 PERSPECTIVAS HISTÓRICO-FILOSÓFICAS SOBRE O PAPEL DO JUDICIÁRIO

Decisões importantes para a sociedade têm sido tomadas nos tribunais em diversas partes do mundo (TATE; VALLINDER, 1995). Entretanto, este não é um movimento percebido em todas as fases da história do Estado Constitucional moderno. A (ir)relevância do Judiciário no cenário político sofreu algumas modificações com o passar dos anos, juntamente às estruturas econômicas, sociais, políticas *etc.*

Esta tendência pode ser interpretada como uma via largamente utilizada a demonstrar, ou fazer parecer, uma possível invasão de competência e atribuições, a desequilibrar a relação tradicional ou usualmente associada aos três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário.

O presente trabalho tem como uma de suas finalidades o estudo da recente relação entre os poderes Legislativo e Judiciário sob uma perspectiva política. Tentar-se-á permear o estudo com o aprofundamento do (des)equilíbrio existente, em que, a depender do tema, sobressairá a decisão de um dos poderes.

Para tanto, importante se faz a utilização de uma concepção de Estado atual enquanto que superação da noção de Estado estático, sem maiores atribuições e funções, em que a teoria da separação de poderes se deu justamente como uma forma de contenção do poder político, evitando, assim, os abusos e excessos dos detentores do poder, tanto à época do absolutismo, em que o poder concentrava-se no monarca, quanto do Estado liberal, com posituação de direitos e garantias individuais, mas sem a devida prestação positiva desses direitos pelo Estado.

Um Estado amplo, como resultado da atividade legislativa, a partir da posituação de direitos e garantias fundamentais, através da criação de legislação nas mais diversas áreas, vincula o governo a implementar o que positivado, especialmente, na Constituição Federal, percebendo-se neste movimento uma tentativa de se submeter tudo ao Direito, ou seja, tipificar/regulamentar as situações cotidianas da sociedade, a “agigantar” o Estado, que deverá dar respostas aos anseios populacionais, com o subsequente re-arranjo do aparato estatal.

Assim, com o passar dos anos, exigiu-se a mudança do próprio Estado, com rearranjos, e um deles está justamente na noção de separação de poderes. É necessário, portanto, um aprofundamento nesse ponto, para melhor compreensão do objeto proposto. Separação de poderes esta que teve em Locke um de seus precursores.

Locke (1994) baseou a fundamentação do poder político legítimo do Estado no consentimento dos indivíduos no que tange à sua criação e em relação à escolha da forma de governo; na garantia de direitos, especialmente o de propriedade; na supremacia do Legislativo sobre o Executivo e no controle da sociedade sobre o governo por meio do estabelecimento de direitos e garantias.

Tentou estabelecer uma divisão do poder do Estado em diferentes poderes. Defensor da ideia parlamentarista, reconhecia poder supremo ao Legislativo, enquanto delineado pela regra da maioria, com supremacia diante dos demais poderes, quais sejam, Executivo, ocupado pelo monarca, e Federativo, referente às relações exteriores. Estes poderiam ser ocupados por uma só pessoa, como o monarca.

A supremacia concedida ao Legislativo adivinha do princípio de ser ele o órgão a representar a população, por dispor da atribuição de controle do poder político a partir do momento em que cabe ao parlamento a aprovação das leis. Outro ponto é a própria submissão do governo (Estado) à legislação criada, como mecanismo de freios dos abusos e excessos governamentais. A legislação, portanto, adviria das liberdades individuais, e não, o contrário.

Diante da teoria bipartite, em que não haveria equilíbrio entre os poderes, pela supremacia do Legislativo enquanto poder próximo à população, receava-se que ele não conseguiria governar pela vulnerabilidade existente, principalmente no tocante à capacidade do povo em governar.

Desta forma, a tentativa de separação do poder, com a divisão em funções e atribuições, teve por objetivo a limitação do controle estatal a fim de serem tuteladas as liberdades individuais.

No que se refere à separação do poder do Estado em poderes e instituições, destaca-se, sobretudo, a obra de Montesquieu, por ter especificado e desenvolvido uma suposta limitação ao poder estatal, como mecanismo de contenção, em que haveria um controle recíproco entre os três poderes por ele elencados, de forma que o poder não mais seria absoluto, mas sim, limitado pelo próprio poder, a considerar, também, o Judiciário como um dos poderes. O autor

não o enxergava como essencial ao Estado, em posição um pouco contrária à vista em Locke, que sequer o elenca como um dos poderes existentes.

Montesquieu (2005), especificamente no capítulo XI de sua principal obra, desenvolve a sua teoria sobre a existência e distribuição do poder do Estado em determinadas instituições enquanto forma de conter os abusos cometidos pelos detentores desse poder. Para tanto, propõe uma organização da sociedade política, com as devidas limitações entre os poderes, uma vez que seria a referida separação o cerne da defesa e garantia das liberdades individuais, a partir do momento em que existiria um controle, enquanto mecanismo de freio e contenção, ao poder político. A sua preocupação circundava a estabilidade dos governos e a liberdade.

Para ele, a liberdade política advinha das garantias e segurança proporcionadas pelo estabelecimento de um ordenamento jurídico. Tratava-se de um mecanismo de estabilidade. Desta forma, a junção do poder do Estado na mão de apenas uma pessoa representaria um perigo à estabilidade, uma vez que haveria o desaparecimento das liberdades e garantias individuais, com a conseqüente abolição da liberdade política. Em caso de detenção do poder por somente um indivíduo, os cidadãos ficariam indefesos, sem condições de proteção e defesa frente às possíveis ameaças e opressões. Montesquieu salientou que os príncipes despóticos surgem com a concentração de “todas as magistraturas em sua pessoa”³.

Portanto, especifica o princípio da separação do poder como uma forma de moderação aos excessos e abusos do poder absolutista, detentor de vícios e erros pela denegação e opressão às liberdades humanas. Para que não houvesse abuso, seria necessária a contenção do poder pelo poder. Preconizava a existência de um Estado moderado, em que existisse a capacidade de um poder conter o outro, a fim de se garantir a liberdade aos cidadãos.

Diante disso, Montesquieu distribuiu o poder do Estado em três poderes: legislativo, executivo das coisas que dependem do direito das gentes (ao qual denominou tão somente executivo) e executivo daquelas que dependem do direito civil (posteriormente chamado de “poder de julgar” ou judicial).

³ Sob este vértice se pode estabelecer uma relação com o objeto em estudo, qual seja, a proposição e aprovação na Comissão de Constituição de Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados da Proposta de Emenda à Constituição nº 33/2011, em que caberia ao Congresso a revisão do controle de constitucionalidade realizado pelo Judiciário, historicamente atribuído a este poder. Ou seja, há a pretensão de concentração de diversas atribuições nas mãos do poder Legislativo, numa tentativa de freamento da atual relevância política atribuída aos tribunais.

Ao legislativo atribuiu como função a criação de leis, bem como correção e ab-rogação das existentes. Ao executivo, determinar a paz/guerra, segurança, prevenir invasões, ou seja, tratar de questões ligadas à soberania do Estado. E, por fim, ao judicial, a punição de crimes e julgamento das questões dos indivíduos, poder de julgar.

Em que pesem as afirmações no sentido de que ele pretendia a completa autonomia e independência dos poderes, com o respectivo distanciamento, Montesquieu considerava que estavam em constante movimento, não sendo, portanto, imobilizados, de forma que se esperava que fossem harmônicos, com a devida implantação daquilo que a filosofia política anglófona definiria posteriormente como *checks and balances* (freios e contrapesos). Para ele, os “três poderes deveriam formar um repouso ou uma inação. Mas, em virtude do movimento necessário das coisas, eles são obrigados a caminhar, assim como forçados a caminhar de acordo”. Não há, assim, a ideia de separação rigorosa entre os poderes na obra de Montesquieu, uma vez que deveriam ser cooperativos, harmônicos e equilibrados entre si (ALBUQUERQUE, 2006).

No próprio Montesquieu pode-se perceber um construto teórico de interdependência entre os poderes, bem como de conexão entre suas funções. O que pretendeu foi defender a noção de controle, em que um contraditória o outro. O problema aqui é de correlação de forças e não de organização de funções (ALBUQUERQUE, 2006, p. 120).

Dentro da lógica de controle e fiscalização, Montesquieu (2005, p. 170) elabora os conceitos de faculdade de estatuir e faculdade de impedir. O estatuir seria o direito/capacidade de elaboração do ordenamento por si próprio, ou seja, a criação de legislação. Poderia se referir também à correção do que foi elaborado por outro poder. Por outro lado, a faculdade de impedir⁴ seria justamente a realização de controle sobre os atos tomados por outro poder, dentro do direito/capacidade de anular determinada resolução.

As referidas faculdades eram aplicadas tão somente aos poderes Legislativo e Executivo, uma vez que Montesquieu entendeu o Judiciário como um poder nulo, em que os tribunais funcionariam temporariamente, portanto, não permanentes, em que nunca aplicariam mais que o próprio texto da lei, com nenhuma possibilidade interpretativa e expansionista.

⁴ Em que pese Montesquieu ter atribuído ao Judiciário papel nulo, a faculdade de impedir contemporânea do Judiciário pode ser enxergada nas decisões sobre os atos dos demais poderes quando da realização do controle de constitucionalidade, ao declarar a inconstitucionalidade e ilegalidade de atos oriundos do Executivo e Legislativo.

Para ele, os juízes nunca seriam “mais que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta lei não podem moderar nem a força e nem o rigor” (MONTESQUIEU, 2005, p. 172).

A teoria da separação de poderes foi amplamente adotada pelos mais diversos Estados, principalmente através da promulgação de Constituições a conter dispositivos aderentes ao princípio, em que, cito como exemplos, as Constituições brasileiras de 1891, em seu artigo 15, a de 1934, artigo 3º, a de 1946, artigo 36, em 1967, constante do artigo 6º e, por fim, a Constituição de 1988, no artigo 2º⁵.

Esta visão montesquiana, de Judiciário nulo, sem relevância sobre o cenário político, vai ser alterada a partir do caso *Marbury x Madison*, no ano 1803, considerado, inclusive, como a primeira e principal referência ao controle de constitucionalidade realizado por tribunais. A importância do caso está na realização, pelo Judiciário, de um controle ao Legislativo, com a limitação ancorada na possibilidade de revisão dos atos por meio de preceitos constitucionais.

À época, derrotado na disputa presidencial pelo candidato Thomas Jefferson, o então presidente dos Estados Unidos da América, John Adams, às vésperas de deixar o poder, nomeou para os cargos de juízes federais diversas pessoas próximas, dentre os quais, William Marbury.

Muitos deles foram empossados, entretanto, alguns não conseguiram pelo fato de a nomeação não ter saído a tempo, de forma que a de Marbury foi suspensa por determinação do novo presidente, Thomas Jefferson, ao secretário de Estado, James Madison.

Diante da não nomeação, Marbury recorreu e requisitou informações à Madison numa tentativa de ser nomeado, não logrando êxito. Resolve, então, impetrar uma ação judicial, *writ of mandamus*. A ação foi sobrestada pelo tribunal responsável, Suprema Corte, por um período de dois anos.

⁵ Constituição de 1891: “Art. 15 – São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si”. Constituição de 1934: “Art. 3º – São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si”. Constituição de 1946: “Art. 36 – São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si”. Constituição de 1967: “Art. 6º – São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Constituição de 1988: “Art. 2º – São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Apesar de a Constituição de 1937 estabelecer a divisão de atribuições aos poderes, não há nenhum dispositivo específico que expresse a separação.

Quando da decisão da Suprema Corte, o *Chief Justice* Marshall ponderou sobre dois pontos: o primeiro no sentido de ilegalidade do ato de Jefferson ao denegar a posse de Marbury; segundo, a Suprema Corte não poderia conceder o *writ* pelo fato de a competência a ela atribuída através da seção 13 do *Judicial Act* de 1789 ser contrária à Constituição, numa ampliação das atribuições da Suprema Corte.

A Corte não poderia se valer de uma atribuição claramente inconstitucional, mesmo que advinda do Legislativo, a partir do momento que, de acordo com a própria Constituição, as atribuições só poderiam ser modificadas ou ampliadas através de Emenda à Constituição, que não fora a forma utilizada.

Através do magistrado Marshall, decidiu-se que aquele caso não poderia ser julgado por aquela Corte, pelo fato de ser a referida lei (que lhe concedia atribuição de julgamento do *writ of mandamus*) contrária à Constituição, sendo, portanto, inconstitucional.

Assim, abriu-se um precedente no sentido do controle de constitucionalidade de atos advindos do poder político ser exercido pelo Judiciário, reconhecendo-se à Suprema Corte a “última palavra” no tocante ao sentido interpretativo da Constituição.

Em uma aproximação com o caso acima apresentado, no que tange à relevância do Judiciário para o processo político, e, em sentido contrário ao apresentado por Montesquieu, está Tocqueville, especialmente, em sua obra “Democracia na América”.

Tocqueville (2005) enxergou, no cenário político americano, a transformação de questões políticas em legais, a permearem a legislação existente, inclusive a Constituição, salientando não haver questão política a emergir nos Estados Unidos que não fosse resolvida, cedo ou tarde, como uma questão judicial. Aspectos referentes às considerações legais e constitucionais, assumem, portanto, uma relevância, até então, pouco existente na história do Estado.

O autor desenvolve seu discurso arrolando os poderes existentes no Estado, com suas nuances e competências próprias. Divide o corpo legislativo em duas casas, o Senado e a Câmara dos Representantes. Reconhece a existência de outras funções nestas casas que não aquelas originárias, como a realização do corpo administrativo e judicial pelo Senado, e expõe que essas questões estão intimamente ligadas à Constituição vigente.

Em momento posterior, Tocqueville começa a eplicar a sua teoria sobre a participação do Judiciário no Estado, e, como ele se tornou um grande poder político, ou seja, o autor

reconhecia o relevante papel desse poder para o desenvolvimento do Estado, a dedicar, inclusive, um capítulo específico.

Logo ao início da sua exposição sobre o Judiciário, assume a sua importância política e a necessidade de discorrer melhor sobre essa temática, uma vez que, aos olhos dele, não havia nenhuma nação no mundo que tivesse constituído o Judiciário da mesma forma que os americanos. Entretanto, apesar da dificuldade em se entender a organização judiciária nos Estados Unidos, salienta o Judiciário, através de seus representantes, os juízes, como uma das primeiras forças políticas presentes no Estado e menciona não haver acontecimento político em que não exista a autoridade do juiz.

Para tanto, invoca algumas características presentes. Pode-se resumi-las no fato de os juízes servirem de árbitros, ou seja, para que haja decisão se faz necessário o processo (TOCQUEVILLE, 2005, p. 112). Neste sentido, percebe-se a noção de ator passivo incorporada ao Judiciário, uma vez que deve ser acionado para que haja a produção de decisões com efeito político para a sociedade e Estado. Portanto, só há ação quando o Judiciário é chamado ou provocado.

Inclusive, lista uma possível “invasão” de competências, a partir do momento em que o Judiciário, ao se pronunciar sobre uma lei, o faz sem partir de um processo, saindo completamente de sua esfera e penetrando na do Legislativo.

Para Tocqueville (2005), o poder político do Judiciário advém da fundamentação das decisões dos juízes consubstanciada na Constituição e não em leis, e argumenta a possibilidade de não aplicação daquelas leis aparentemente inconstitucionais. Para isso, reconhece condição vinculante à Constituição, ou seja, a valer para todos, desde os poderes do Estado até a sociedade, admitindo a sua mutabilidade, a ser alterada de acordo com a vontade do povo.

Emerge, então, a questão do Judiciário ser o “guardião da Constituição”, dotado de imenso poder político e que fundamenta suas decisões não nas leis ordinárias, mas na Constituição vigente, ou seja, aos juízes é permitido deixar de aplicar determinada lei se lhe julgar inconstitucional.

Pode-se dizer que há o reconhecimento em Tocqueville (2005) da relevância de existência de um controle entre os poderes, a fim de se efetivar a questão democrática, ao expor sobre a importância de estar o juiz ligado às questões constitucionais e técnicas, e, caso

se desvincule dessas questões, torna-se um perigo à sociedade, por objetivar unicamente seus interesses individuais.

Em Tocqueville, a existência de uma Constituição e de leis, colabora para a conciliação entre igualdade e liberdade, pois estabelece uma proteção das liberdades fundamentais. A Constituição há de prever um amplo rol de direitos e garantias fundamentais, dentre diversos outros dispositivos que visam a contenção do poder estatal, em prol dos direitos individuais e estabilização do Estado Democrático e do sistema político nacional. Cabe ao Judiciário, portanto, a interpretação e aplicação da Constituição enquanto norma superior dentro do ordenamento jurídico de determinado Estado.

Reconhece à corte suprema o *status* de tribunal situado no local mais alto, tanto pela natureza de seus direitos quanto pela espécie de seus jurisdicionados, assim como dá ao povo a constituição e atribuições do Judiciário. Cumpre aos magistrados da Suprema Corte fazer valer o que disposto na Constituição e prezar pelos interesses do povo, respeitados os direitos fundamentais. Objetiva-se a realização e satisfação da questão democrática enquanto possibilidade de os cidadãos terem seus direitos efetivados.

A relevância da Suprema Corte reside no fato de as suas decisões versarem sobre questões de extrema importância para o Estado, a valerem para todos. Não se trata de decisão proferida apenas para as partes, mas sim para toda a nação diretamente interessada nos assuntos constantes das pautas de julgamento.

A partir do momento que algum ator político, devidamente legitimado, leva à decisão do Judiciário determinado tema polêmico e controverso da política nacional, em que não houve uma tomada de decisão pelos poderes representativos, Executivo e Legislativo, ou, que tal tomada de decisão fere algum dispositivo constitucional, pode-se dizer que há, nesse momento, uma expansão do processo interpretativista, com uma ampliação no papel e atuação do próprio Judiciário. Neste momento, exsurge a possibilidade de revisão dos atos emitidos pelos poderes representativos no Judiciário, especificamente através das cortes supremas.

Em resumo, em Tocqueville viu-se a consideração da relevância do Judiciário para a política, dentro da lógica de controle entre os poderes, noção esta compartilhada por Montesquieu. Para ambos, a separação e revisão entre os atos e decisões proferidas pelos poderes seriam necessárias, de forma que, em caso de descumprimento, estar-se-ia defronte às

várias desigualdades e perigos de ingerências e poder excessivo em posse de determinada pessoa ou instituição.

Desse modo, o Judiciário seria um importante ator no processo de minimização do risco existente em uma sociedade de massa, ao menos em forma potencial, de que a homogeneização da cultura conduza a comunidade política a um ambiente no qual a possibilidade da coexistência da maioria com minorias e seus diversos meios de expressão estejam aniquilados.

2.1.1 Críticas ao modelo de separação rígida de poderes

Conforme excertos dos próprios Montesquieu e Tocqueville, o princípio da separação de poderes não pode ser considerado como algo estritamente rigoroso, por serem os poderes dinâmicos, a sofrerem modificações e adaptações ao longo da história.

Como visto anteriormente, o Judiciário era concebido como um poder nulo dentro do cenário político, sem possibilidade interpretativa e que, com o tempo, foi adquirindo relevância e *status*. Desta forma, importante uma análise da literatura contemporânea, a fim de solidificar o estudo e fornecer um aparato sobre o atual papel do Judiciário na sociedade.

2.1.1.1 Canotilho e a separação dos poderes

Para Canotilho⁶ (2003, p. 250), o Estado pode ser entendido sob dois prismas. O primeiro, classificado como ordenação subjetiva, em que o ponto central é o indivíduo, entende o Estado a dispor e implementar garantias e direitos fundamentais aos cidadãos,

⁶ Inicialmente, o tema da separação de poderes, e dos respectivos limites, será apresentado a partir de uma visão constitucionalista (quase estática, jurídica), para, em seguida, ser entendida no contexto das relações de poder (dinâmicas, políticas). Daí a relevância na utilização de constitucionalistas, em que figura como um dos principais o português J.J Gomes Canotilho.

concedendo a eles *status* jurídico. Em seguida, a dimensão objetiva abarca o princípio da constitucionalidade, em que resta acolhida a divisão de poderes.

Em seguida, discorre que o princípio da separação de poderes pode ser visto sob dois vértices. O primeiro deles, concebido como “divisão de poderes”, sob uma dimensão negativa, abrange a divisão, controle e limite do poder, com a intenção de garantir e proteger os indivíduos e evitar a concentração de poder por determinado poder, pessoa ou instituição. Já a dimensão positiva, “separação de poderes”, cuida da organização, constitucionalização e ordenação do poder do Estado enquanto forma de tomada de decisões eficazes e justas. Há a adequada ordenação das funções do Estado, com distribuição de competências, funções, responsabilidades etc.

Ainda sobre a relação entre os poderes, o autor parte da ideia de um princípio normativo autônomo, correspondente a uma separação orgânica não rígida, dentro daquela concepção anteriormente exposta de interdependência, em que cabe a cada um deles o exercício de atividades originariamente atribuídas aos outros, desde que respeitado e garantido o núcleo essencial.

Canotilho (2003) refere-se a um núcleo essencial dos limites de competências designadas aos poderes, de forma que, caso ele seja objeto de violação, todo o sistema de legitimação, controle e sanção, estará em jogo. Atribuições, funções e competência de cada um deles correlacionadas a um titular principal. Evidente que essa tarefa, de designação das funções, não é fácil, mas já é um avanço pensar que não existe função a ser exercida exclusivamente por algum dos poderes, e, em caso de outro a exercer, o ato estar dotado de ilegitimidade.

Para Canotilho (2003, p. 251), os desvios do princípio da divisão de poderes só são legítimos se respeitarem o núcleo essencial da ordenação constitucional de poderes, dentro da ideia de repartição horizontal entre Executivo, Legislativo e Judiciário, em que há a diferenciação funcional, delimitação institucional de competências e relações de controle e interdependência recíproca, para que se impeça, principalmente, a criação e manutenção de um “superpoder”, em que “através da criação de uma estrutura constitucional com funções, competências e legitimação de órgãos, claramente fixada, obtém-se um controlo recíproco do poder (*checks and balances*) e uma *organização jurídica de limites* dos órgãos do poder” (CANOTILHO, 2003, p. 251).

Portanto, Canotilho apresenta uma defesa pela inexistência de uma separação absoluta de funções, e coloca a Constituição como protetora do núcleo essencial do princípio da separação, a partir da preocupação com o esvaziamento das atribuições concedidas a algum poder pelos demais. Reconhece a dificuldade no estabelecimento desse núcleo essencial, mas concebe aos aspectos dogmáticos e históricos um bom ponto de partida.

Sob essa lógica, o que se pretende com a PEC nº 33/2011 afronta veementemente o núcleo essencial atribuído ao Judiciário, especificamente ao Supremo Tribunal Federal, pelo fato de ter sido a ele concedido, ao longo da história e na Constituição, a função de realização do controle de constitucionalidade sobre os atos dos demais poderes, pelo fato de que “o princípio da separação exige, a título principal, a correspondência entre órgão e função e só admite exceções quando não for sacrificado o seu núcleo essencial” (CANOTILHO, 2003, p. 559).

Outras vertentes, como a esposada por Magill, visualizam que todos os três ramos do Estado exercem as três funções originárias, de legislar, executar o que legislado e julgar casos específicos. A mera tentativa de distribuição e atribuição de determinada função a algum dos ramos já aparece como inútil ou pouco útil pela atual distribuição do poder do Estado pela sociedade como um todo.

2.1.1.2 A tese das funções predominantes de cada ramo de governo

Magill (2001, p. 604) disserta sobre a dificuldade na identificação e separação dos poderes governamentais, especialmente quando se tratar de casos contestados, em que a linha separadora das funções e atribuições dos ramos, e seu núcleo essencial, é muito tênue e complicada de ser enxergada. Avalia que, nesses casos, não há como identificar as diferenças de poderes e manter o equilíbrio entre os ramos.

A questão permeia a dificuldade, ou mesmo, impossibilidade, de medição da distribuição do poder governamental entre os ramos Executivo, Legislativo e Judiciário em qualquer ponto, do mesmo modo que não há algum método que possa predizer o efeito de

determinado arranjo institucional, e, conseqüentemente, a prevalência de algum ramo sobre os demais.

Para a autora, a separação de poderes circunda a noção da intensidade em que cada um dos ramos deve exercer determinado poder em específico, em teoria designado a si, em que as diferentes abordagens sobre essa temática têm por objetivo o confinamento do poder estatal pela sua fragmentação em três distintos e potentes ramos do governo, ou seja, três funções sendo exercidas separadamente pelo ramo do governo correspondente. Pretende-se que um ramo não domine os demais, a prevenir, portanto, o engrandecimento de um às custas dos outros.

Como citado em momento anterior, a problemática de existência de três funções governamentais, exercidas por três ramos distintos do governo, com mecanismos recíprocos de freios e contrapesos, advém da própria Constituição enquanto forma de controle do poder político.

Em Magill (2001, p. 605), a completa separação trata-se de abordagem incoerente, ou mesmo inútil, a partir do momento em que o equilíbrio entre os ramos assume que eles são entidades unitárias, com interesses mútuos, fato este não condizente com a realidade. Enxerga a fórmula tão utilizada de três poderes em três ramos como errônea, até pelo fato de que a autoridade do governo é difusa entre um diverso grupo de tomadores de decisão, a exercerem o poder do Estado.

A utilização da obra de Magill se faz relevante, por apresentar uma contraposição às análises chamadas por ela de “convencionais”, preocupadas com uma separação entre os poderes do Estado em três diferentes ramos, quais sejam, Executivo, Legislativo e Judiciário, com a respectiva preservação do equilíbrio entre eles, de forma que nenhuma instituição controle muito o poder estatal (MAGILL, 2001, p. 603).

Cumprе mencionar que poder para a autora refere-se aos poderes executivo (implementar as normas promulgadas pela legislatura), legislativo (fazer normas gerais que regem os direitos e obrigações das partes fora da legislatura) e judicial (aplicação das referidas normas em casos específicos, individuais) (MAGILL, 2001, p. 614). Tratam-se de atividades a serem exercidas pelos tomadores de decisão, dentre eles, ramos Executivo, Legislativo e Judiciário, sendo que alguns exercícios específicos desses poderes podem circundar vários desses ramos.

Assim, a diferenciação entre poder e ramos se faz necessária a partir do momento em que não há como designar determinado poder (seja ele executivo, legislativo ou judicial) a algum ramo em específico (Executivo, Legislativo ou Judiciário), uma vez que, como dito, os três ramos exercem as três formas de poder concomitantemente ⁷.

Em contraposição ao que exposto por Canotilho (2003), Magill argumenta que, mesmo que se assuma a existência de um núcleo essencial para cada um dos poderes e ramos, sua existência é de pouca ajuda e utilidade em casos contestados, de maior complexidade, por não se poder medir, de fato, a designação dos poderes. Reconhece, entretanto, que é importante a separação institucional das três funções, para que, em caso de falha de alguma delas, não haja prejuízo à sociedade.

Esforços em delimitar as atividades a serem desenvolvidas por cada um dos ramos podem parecer inócuos, uma vez que, a depender do caso, um ramo será mais ou menos competente para a resolução, juízo este de árdua especificação e detalhamento. Para Magill (2001), a dificuldade em se identificar as competências institucionais específicas dos ramos advém de que eles são entidades complexas, com numerosas e diferentes subpartes, sendo que as análises sobre a separação entre os poderes acabam por tomar um rumo errado⁸.

Para Magill (2001, p. 633), o engrandecimento de algum dos ramos pode vir a ser mais útil do que a formulação sobre o equilíbrio, uma vez que não se faz necessário medir o quanto determinado poder é utilizado pelas mais diversas instituições, como também não é relevante o estabelecimento de uma referência para ser utilizada na avaliação de cada arranjo. A análise partiria tão somente de detectar se algum dos ramos estará mais empoderado ou não por aquele arranjo específico, como aparentemente está o Judiciário na contemporaneidade, em

⁷ A autora menciona (p. 608-611) em sua obra duas abordagens comumente adotadas pelos autores que tratam de separação dos poderes. A primeira delas, caracterizada como formalista, tenta identificar o tipo de poder exercido e relacioná-lo ao ramo apropriado para seu exercício, ou seja, o ramo Executivo a realizar o poder executivo, o Legislativo responsável pelo poder de legislar e o Judiciário pelo poder judicial. A outra abordagem, chamada de funcionalista, questiona o arranjo institucional e se algum deles, em específico, contraria o equilíbrio entre os ramos, a permitir um possível comprometimento do núcleo de algum pelos outros, ou seja, refere-se à sobreposição dos poderes pelos ramos, considerados separados.

⁸ “(...) pelo menos alguma gama de casos, há um caminho de classificar a autoridade do governo em três categorias e asseguram que as funções são exercidas por instituições distintas. Entretanto, não possuímos método para tal, sendo que não faz sentido reorientarmos nossas energias para desenvolvermos cada vez mais refinados caminhos para classificar a autoridade do governo em uma das três categorias. Gastar tempo tentando caracterizar a autoridade do governo é responder à pergunta errada. O foco das discussões deveria ser em conceituar separação de poderes de uma forma a não depender tanto de distinções entre as três funções governamentais (tradução própria)” (MAGILL, 2001, p. 626).

que se pode medir o poder entre as instituições a partir da frequente ocorrência dos resultados desejados por alguma em específico.

Poderia se argumentar sobre a impossibilidade em detectar esse (não) empoderamento. Entretanto, a simples comparação com o arranjo/patamar anterior já seria suficiente para a extração de resultados significativos. Pela preferência a este ou aquele arranjo, a depender do cenário, restará a um ou outro ramo, maior empoderamento, até pelo fato de que a “alocação de autoridade do governo entre os ramos não é estática, é fluida” (MAGILL, 2001, p. 634).

O principal argumento adotado por Magill (2001) contra a ideia de divisão e distribuição dos três poderes em três ramos está na difusão e pulverização do poder e autoridade do governo em um amplo número de tomadores de decisão, e não somente um indivíduo ou instituição a exercer toda a autoridade, partindo-se da premissa que a autoridade governamental é altamente fragmentada. Tal ideia alinha-se ao risco da ocorrência de abusos e excessos quando do controle do poder por um, ou poucos atores, preocupações trazidas desde Montesquieu.

Dessas elaborações, se se pulveriza a distribuição do poder entre diversos atores, pode-se conceber a ideia de a interpretação da Constituição e, conseqüentemente, o controle de constitucionalidade, ser realizada também por outros atores que não somente o Judiciário, especificamente a Suprema Corte.

Emerge-se ainda, a discussão colocada por alguns autores (TUSHNET, 1999; HÄBERLE, 1997) de que a interpretação/aplicação constitucional não deve ser de exclusividade do Judiciário, ao deter o monopólio sobre o entendimento da Constituição, dando sempre a última palavra.

2.1.1.3 As críticas à primazia do Judiciário na interpretação constitucional: Häberle e Tushnet

Sobre essa ampliação do processo interpretativo constitucional, de extremo relevo uma breve menção à teoria elaborada por Peter Häberle, que desenvolveu sua tese pela adoção de

uma hermenêutica constitucional adequada à sociedade pluralista (sociedade aberta⁹). Tendo em vista o papel fundante da Constituição para a sociedade e para o Estado, assenta Häberle que todo aquele que vive da Constituição é seu legítimo intérprete, em que, cito como exemplo, forças produtivas de interpretação, cidadãos, grupos de interesse, órgãos estatais, sistema público e opinião pública. Esta ideia contrapõe-se à noção apresentada por ele de sociedade fechada, em que a interpretação é realizada através dos juízes e procedimentos formalizados (HÄBERLE, 1997).

Objetiva-se, portanto, a democratização da interpretação constitucional, conceituada como hermenêutica constitucional da sociedade aberta. Tem-se a interpretação constitucional pela e para uma sociedade aberta, em que os métodos de interpretação são voltados para o atendimento do interesse público e do bem-estar geral.

Portanto, o foco está em como o poder será exercido, a partir de uma análise dos atores políticos tomadores de decisão, do processo em que serão tomadas as decisões e suas respectivas restrições e da organização das instituições nas quais estão inseridos (MAGILL, 2001, p. 659).

O que se pode conceber pelo apresentado é que a discussão sobre a validade e legitimidade de determinadas decisões tomadas pelo Supremo não devem permear a separação de poderes, enquanto poderes divididos e equilibrados entre si, em que, diante de algum arranjo institucional, há o desequilíbrio da relação, com “invasão” das atribuições destinadas aos outros.

O que se deve pensar é que o poder do governo é difundido entre vários atores políticos e não somente entre aqueles três poderes apontados pela doutrina convencional, quais sejam, Executivo, Legislativo e Judiciário.

As atividades de legislar, implementar leis e julgar litígios estão presentes em cada um dos três, de forma que faz mais sentido analisar a tomada de decisão de algum ator em específico, e não do poder, para analisar a sua validade.

⁹ Häberle entende que “(...) quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la (...). Toda atualização da Constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada. Originariamente, indica-se como interpretação apenas a atividade que, de forma consciente e intencional, dirige-se à compreensão e à explicitação de sentido de uma norma (de um texto)”. E prossegue “todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem da norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição” (HÄBERLE, 1997, p. 13-15).

A depender do arranjo institucional, haverá uma disparidade entre os poderes do governo, uma vez que caberá à algum o crescimento às custas dos outros, sendo que os seus resultados serão mais facilmente obtidos, justificados na não equivalência de forças entre os poderes.

O Supremo, ao tomar determinadas decisões, aparentemente contrárias ao Legislativo, dentro da noção de judicialização da política, com respectivas acusações¹⁰ de invasão de competência, exerce a sua atividade de legislar na intenção de determinar direitos e garantias fundamentais aos cidadãos, não contemplados pelos demais poderes. Não há que se pensar que ao Judiciário cabe exclusivamente a função de julgar litígios, mas, pode exercer, também, a de legislar e de implementar leis.

A análise deve permear os atores a tomarem tais decisões, em vez de se limitar ao plano institucional, de que determinada função/poder será específica de alguma instituição. Para tanto, passa-se à uma análise conceitual e fática sobre a referida judicialização da política.

2.2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Há um esforço patente em se definir judicialização da política, especialmente quando pensados os atributos para sua existência. Casos elencados como judicializados apresentam elementos em comum, e, em alguma medida, diferenças entre si.

O que se pode dizer é que a literatura até então existente apresentou condições genéricas para sua ocorrência (TATE; VALLINDER, 1995), direcionadas principalmente a mudanças institucionais, com consequentes previsões constitucionais.

Certo é que existem inúmeros atributos necessários à ocorrência de judicialização da política, não se podendo enxergar nenhum como suficiente, ou seja, somente com determinado atributo haverá judicialização. Em maior ou menor medida contribuem para a existência do fato social, mas nenhum por si só basta para tal.

¹⁰ <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/105925-congresso-reage-a-stf-e-acirra-cria-entre-poderes.shtml>

Conforme visto anteriormente, o Estado sofreu algumas modificações com o passar dos anos, principalmente no que se refere ao seu papel em relação à sociedade, em que, prezava-se pela proteção de direitos individuais, e, posteriormente, requer-se dele uma posição mais ativa, de consecução, implementação de direitos e garantias fundamentais, inclusive, sob a perspectiva coletiva, social.

O Estado assume sua função de promover direitos, com a prescrição e execução de programas específicos, com a necessidade de maior participação e intervenção na sociedade. Para tanto, não é suficiente a mera proteção aos direitos e garantias, em que se evita a violação, mas, também se faz necessária a implementação destes direitos.

Ocorre que, para isso, as instituições também sofreram alterações como uma forma de adequar-se à esse movimento do Estado, e, diante de uma impossibilidade dos poderes representativos frente às exigências populacionais, restou ao Judiciário um papel mais efetivo quando da implementação dos direitos e garantias fundamentais. Trata-se de uma expansão na atuação desse poder frente à dos demais.

A discussão sobre a relevância das decisões judiciais em determinado Estado circunda a tensão existente entre parlamento e cortes, ou seja, quem deveria ter a última palavra sobre os conflitos de direitos fundamentais.

Na controvérsia sobre o governo do povo e o assegurar que o poder tenha limites, para além de uma discussão existente entre duas instituições, existe a de ideal a ser defendido. Para a existência do conflito, basta a presença de uma Constituição escrita, um poder legislativo representativo e uma corte constitucional a exercer o controle de constitucionalidade das leis (MENDES, 2008).

A referida expansão no papel do Judiciário abarca dois fenômenos, quais sejam, judicialização da política e ativismo judicial, dentro da acepção de atuação ampliada do Poder Judiciário sobre o cenário político, social e econômico, em que se espera desse poder decisões sobre questões essenciais à sociedade, de forma que se especificará com mais detalhes a judicialização da política, sem deixar de apresentar as diferenças em relação ao ativismo judicial.

2.2.1 Surgimento e conceito de judicialização da política

O termo judicialização da política surge na obra conjunta de alguns autores e editada por Neal Tate e Torbjörn Vallinder, *The Global Expansion of Judicial Power*, a partir da qual se verificou não se tratar de um fenômeno isolado a acontecer tão somente nos países ocidentais, mas com aplicações e efeitos em todas as regiões do mundo.

Percebeu-se uma expansão do Judiciário, enquanto fenômeno de magistrados a participarem em políticas públicas que anteriormente ficavam a cargo dos demais poderes.

Na referida obra, Torbjörn Vallinder (1995, p. 14) entendeu judicialização da política dentro de duas vertentes: a primeira, classificada como judicialização de fora, pode ser entendida como expansão da jurisdição das cortes em detrimento dos políticos, com a consequente transferência da tomada de decisão dos poderes representativos para as cortes. E, a segunda, judicialização de dentro, refere-se à utilização de métodos judiciais fora da seara judicial, ou seja, no setor administrativo.

Reconhece-se que a principal¹¹ forma de utilização da judicialização da política se dá no controle de constitucionalidade, com a revisão dos atos dos poderes representativos, a partir de uma Constituição codificada, com as devidas limitações ao poder público, e a dispor direitos e garantias fundamentais como forma de proteção da população aos abusos e excessos do poder político. Inclusive, há que se considerar o ajuste feito pelos poderes majoritários, Executivo e Legislativo, quando da consecução e execução de políticas públicas a uma possível decisão das cortes constitucionais.

Neal Tate (1995, p. 28) assume a existência de uma expansão do poder judicial ao redor dos sistemas políticos no mundo e se refere a tal movimento como judicialização. Segue, para tanto, o conceito dado por Vallinder, ao inferir que a judicialização da política sugere dois significados, quais sejam:

1. o processo pelo qual cortes e juízes tendem a fazer, cada vez mais, para dominar as decisões de políticas públicas que eram tomadas previamente (ou se acredita que deveriam ser tomadas) por outras agências governamentais, especialmente legislativas e executivas e 2. o processo pelo qual negociações não judiciais e fóruns de tomada de decisão são dominados por quase-judiciais (legalistas) regras e procedimentos (tradução livre).

¹¹ Trata-se a “judicialização de fora”, inclusive, como a adotada no presente trabalho

Para Tate e Vallinder (p. 33) a judicialização está ancorada em duas formas de ação dos magistrados:

1. participar do processo decisório, ao invés de relegar aos demais poderes.
2. substituir o conteúdo das decisões tomadas por outras instituições, especialmente as majoritárias.

O que se constata é a relevância, ou exclusividade, dada ao resultado do processo decisório, em que se considera tão somente a decisão tomada por determinada instituição, não se fazendo importante o procedimento (processo político) a desencadear alguma tomada de decisão. Outro ponto a ser destacado, em uma análise dos verbos presentes nas duas formas, se refere à intenção e vontade de o Judiciário se inserir no processo decisório. A partir da definição dada, em que deve haver participação e substituição, constata-se um perfil proativo na conduta dos magistrados quando da tomada de decisão.

2.2.2 A inserção do debate no Brasil

O tema foi trazido por Marcus Faro de Castro (1997), para o qual o fenômeno tem dois componentes semelhantes aos apresentados por Tate e Vallinder, quais sejam, a expansão aos tribunais de determinadas questões até então reservadas aos poderes representativos, e a utilização de procedimentos jurídicos e “parâmetros jurisprudenciais” pelos políticos e autoridades administrativas.

Na transição para o regime democrático no Brasil foi pensada, discutida e promulgada uma carta de direitos, Constituição Federal de 1988, a prever e proteger direitos e garantias fundamentais, também como mecanismo de defesa dos cidadãos frente aos abusos e desmandos do poder político, tão bem vislumbrados à época da ditadura.

Prezou-se por uma Constituição ampla, analítica, para que os cidadãos se sentissem protegidos e que o poder político respeitasse ao menos alguns princípios e dispositivos norteadores para a estabilidade do regime político e, principalmente, do Estado.

Além disso, nesta mesma Constituição foram incorporados elementos de controle de constitucionalidade contidos tanto no sistema estadunidense quanto no europeu, o que faz com que no Brasil tenhamos um regime misto ¹².

Algumas características apontadas por Tate e Vallinder (1995), e corroboradas por Castro (1997), como responsáveis pela expansão do Judiciário sobre o processo político, estiveram presentes no Brasil, culminando com o atual cenário de um Judiciário, especialmente Supremo Tribunal Federal, forte e influente sobre o sistema político como um todo, em que decisões importantes são ali tomadas.

Castro (1997) considera que a judicialização da política ocorre em espaços onde os poderes representativos apresentam-se como falhos, insuficientes ou insatisfatórios, em que, inclusive, deve haver disposição sobre a interação entre os poderes, uma vez que a judicialização só é vista em regimes democráticos, cujo desdobramento é justamente a transformação da jurisdição constitucional que passa a ser integrante do processo de formulação de políticas públicas.

Assim, a judicialização da política, enquanto papel político dos juízes, sobretudo dos tribunais constitucionais, apresenta os seguintes componentes:

a. disposição de tribunais judiciais no sentido de expandir o escopo das questões sobre as quais eles devem formar juízos jurisprudenciais: o que se deve ressaltar na presente definição é a utilização do termo “disposição”, a indicar um movimento calculado e quisto

¹² Apesar de não ser o objeto do presente trabalho, importante se faz mencionar brevemente a necessidade de separação entre as formas de controle de constitucionalidade quando do detalhamento de judicialização, por se tratarem de procedimentos e efeitos diferentes ao ordenamento jurídico e político. Dentre muitas, a diferença mais relevante para um melhor entendimento se dá quanto ao efeito das decisões dos magistrados. Enquanto no controle difuso a decisão sobre a inconstitucionalidade, em regra, será *inter partes*, ou seja, se restringirá às partes presentes naquele procedimento judicial, justamente por não ser o objeto principal da ação, no controle concentrado, que tem como objeto central a inconstitucionalidade, o efeito será, também em regra, *erga omnes*, ou seja, declarará a inconstitucionalidade ou não de determinada norma jurídica, decisão esta que afetará todo o ordenamento jurídico e que valerá, portanto, para todos. A distinção acima proposta se situa na perspectiva de se pensar a judicialização da política enquanto expansão do Judiciário sobre áreas até então dominadas pelos demais poderes, expansão essa que se dá, especialmente, através de decisões sobre questões de controvérsia nacional a valerem para todos (*erga omnes*) e decididas em sede de controle concentrado de constitucionalidade, principalmente através das ações diretas de inconstitucionalidade, em contraposição a determinadas reivindicações de direitos, de cunho personalista, realizadas em controle concreto/difuso. Em regra será *inter partes*, uma vez que, para que a decisão, em sede de controle abstrato, tenha efeito *erga omnes* necessária se faz a suspensão do ato pelo Senado Federal, conforme se verifica na Constituição Federal: “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Entretanto, em que pese tal determinação constitucional, o Supremo Tribunal Federal decidiu, em um claro caso de ativismo judicial, que cabe ao Senado tão somente dar publicidade ao entendimento judicial, nos termos do julgamento da *Reclamação* 4335-5/AC de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Para melhor compreensão do tema, artigo de Lênio Streck, Marcelo Cattoni e Martônio Lima, disponível em <<http://www.anamatra.org.br/index.php/artigos/a-nova-perspectiva-do-supremo-tribunal-federal-sobre-o-controle-difuso-mutacao-constitucional-e-limites-da-legitimidade>>.

pelo Judiciário, ao se dispor à tomada de determinadas decisões, com vistas à expansão das questões ali decididas, cujo comportamento é institucional.

b. adoção pelas autoridades administrativas de procedimentos semelhantes ao processo judicial e parâmetros jurisprudenciais em suas deliberações: restaria aos órgãos administrativos a inserção em seu sistema burocrático de procedimentos cuja essência é judicial, em que, cita-se como exemplo, as Comissões Parlamentares de Inquérito, formada por membros do Executivo e Legislativo, mas que incorporam elementos jurídicos, principalmente processuais penais, em todo o seu processo.

Para o autor, a referida expansão do Judiciário sobre determinados setores e processos decisórios apresenta-se como resultado de algumas características (algumas outras são elencadas, de forma que, as principais para o entendimento do cenário brasileiro são as abaixo relatadas):

a. Reação democrática pela proteção de direitos e garantias fundamentais e contra as práticas autoritárias adotadas em determinados Estados em certos períodos de suas histórias, que ocasionou, inclusive, com cartas de direitos a abarcar e prever inúmeros direitos e garantias individuais e sociais; b. Influência da Suprema Corte norte-americana, especialmente no período 50/60, com a Warren Court; c. Tradição europeia de controle de constitucionalidade (kelseniana), advinda do Tribunal austríaco; d. Organizações internacionais a defenderem os direitos humanos.

Castro (1997) enxerga o papel assumido pelo Judiciário dentro do cenário político sob duas vertentes. Se por um lado há atuação através de ações não jurisdicionais, ou políticas, em que os magistrados adotam discursos e declarações, pronunciando-se, e, tomando posição, sobre determinados temas, ou seja, exercício informal, não vinculado necessariamente às atribuições e funções previamente concedidas, por outro lado estão as ações jurisdicionais, diretamente relacionadas ao exercício da competência e da autoridade judicial, portanto, de cunho formal, especialmente através de tomadas de decisão em acórdãos, sentenças, votos, despachos *etc.*

Trazidas para o contexto brasileiro, constata-se a participação dos magistrados em ambos os sentidos. É comum verificar em canais de comunicação o pronunciamento sobre as mais variadas questões políticas, sociais, culturais e econômicas. Castro (1997) vislumbra um

efeito político relevante nesses pronunciamentos não jurisdicionais em relação a interação entre o sistema político e o judicial.

Pode-se, inclusive, citar o recente discurso¹³ do ministro do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski, quando de sua posse como Presidente da Casa, em que se pronunciou sobre a interação entre os poderes da República, posicionando-se contrariamente ao fato de

¹³ Em sua posse como presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), o ministro Ricardo Lewandowski proferiu um discurso que deve ser analisado se pretendemos entender o atual cenário político brasileiro, especialmente quando se trata da relação do Judiciário com os poderes majoritários, Executivo e Legislativo. O mais novo presidente do STF inicia seu discurso a relatar os cada vez mais frequentes estudos e análises, tanto pelo meio acadêmico quanto pela mídia, do papel do Judiciário sobre o processo político decisório nacional. Dispõe sobre uma expansão em sua atuação, ao que o ministro relata como “protagonismo mais acentuado - ou até mesmo exagerado - do Poder Judiciário, em particular do Supremo Tribunal Federal” e, para tanto, menciona termos como “judicialização da política” e “politização da justiça” como anunciadoras de avaliações negativas sobre a referida atuação e expansão judiciária. Por um lado, pode-se começar por um equívoco na fala do ministro. De fato são empreendidos imensos esforços no que se refere à judicialização da política e ao que ela realmente significa ou representa, especialmente no meio acadêmico, em que análises são realizadas tanto sob o enfoque jurídico quanto político, a clarear a importância do tema para a compreensão do sistema político-jurídico nacional. Fato é que, contrariamente ao que dito pelo ministro, nem sempre judicialização da política e politização da justiça são enxergadas em uma conotação pejorativa ou negativa. Muitos são aqueles que enxergam no movimento conceituado como judicialização da política uma possibilidade imprescindível de consecução de direitos e garantias fundamentais dispostos no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente na Constituição Federal de 1988, bem como na implementação e execução de políticas públicas, originariamente, a cargo dos poderes representativos. Ainda, caberia ao Judiciário, em maior medida por meio do sistema híbrido de controle de constitucionalidade adotada pelo Brasil, em que se realiza tanto o controle difuso, incidentalmente no processo judicial, quanto o concentrado, através de ações específicas, assumir um novo papel a partir da incapacidade do Executivo e do Legislativo em assegurar os preceitos básicos dos cidadãos. Desta forma, percebe-se a busca pelas instituições judiciais em detrimento das políticas para a consecução de direitos. Por outro lado, em momento posterior no seu discurso, o ministro fornece alguns indícios para resolução dos recentes embates entre os poderes (exemplificado na Proposta de Emenda à Constituição n.33/2011, que tenta por modificar, ou até mesmo diminuir, algumas atribuições do Supremo), sendo, inclusive, referidos como crise entre os poderes, com discursos inflamados de ambas as partes, numa tentativa de proteção da competência de cada um. No discurso em análise, há uma tentativa de defesa de respeito à independência e harmonia entre os poderes, sinalizando aos magistrados do país que devem adotar uma posição de autocontenção frente às questões políticas surgidas, com a atuação restrita para “suprir eventual lacuna normativa ou inércia administrativa, em caráter excepcional e provisório”. O ministro preza, ao menos em seu discurso de posse, por uma prevalência da tomada de decisão dos poderes representativos quando se tratar de temas controversos e essencialmente políticos. Entretanto, em sentido contrário à um possível entendimento, Lewandowski levanta um ponto que provavelmente será objeto de conflito e tensão entre os poderes. Trata-se da edição de súmulas vinculantes. Aos olhos do ministro, deve-se “facilitar e ampliar a edição de súmulas vinculantes, que fornecem diretrizes seguras e permanentes aos operadores do direito sobre pontos controvertidos da interpretação constitucional, por meio de enunciados sintéticos e objetivos”. Tal assertiva confronta diretamente a recente tentativa do Legislativo, especificamente Câmara dos Deputados, através da Proposta de Emenda à Constituição n.33/2011, proposta pelo parlamentar Nazareno Fonteles, PT/PI, de condicionar o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e demais regulamentações. Um dos pontos da PEC nº 33/11 é justamente a alteração das regras vigentes para a edição de súmulas vinculantes. Pretende o Congresso Nacional, com a aprovação da referida PEC, aumentar o quórum necessário à criação das súmulas vinculantes de dois terços para quatro quintos dos membros do STF, bem como submeter ao próprio Congresso a sua aprovação, em que terá o “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”. Por ora, não pode haver nenhuma conclusão ou prognóstico do que decidirá a Corte nos próximos anos, quando estiver de frente aos temas polêmicos e controversos, até mesmo pela necessidade em se considerar as posições adotadas pelos seus demais membros, mas já se tem mais um ponto para (tentar) entender a recente relação entre os poderes e como cada um lida com os embates e conflitos existentes. O caminho é esperar pela posição adotada em alguma decisão a envolver questões políticas, sendo que, um primeiro caso pode ser justamente o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5159, ajuizada por determinado partido político, para questionar a distribuição do horário de propaganda eleitoral entre os partidos.

questões relevantes e políticas serem decididas no Judiciário. É certo que ação como esta influencia diretamente na tomada de decisão e postura dos representantes dos demais poderes e de outros órgãos e instituições.

Do mesmo modo, ações jurisdicionais, principalmente de controle de constitucionalidade, demarcam confrontos institucionais, a partir do momento em que decisões judiciais são tomadas em contrariedade às posições e interesses do governo, de partidos políticos, dentre muitos outros.

Portanto, para uma melhor compreensão da expansão do Judiciário sobre a política nacional, e do impacto causado nos demais poderes, importante se fazem análises endógenas, cujo ponto de partida é dado pelos seus próprios membros, bem como exógenas, em que a força judicial está presente no resultado, na tomada de decisão, através dos mais variados tipos de decisão ali tomados.

A posição adotada por Castro (1997) é de que, em que pese as ações não jurisdicionais e concessão de liminares nos diversos processos judiciais terem algum impacto sobre o Legislativo e Executivo, o mesmo não se pode dizer da produção jurisprudencial oriunda do uso de garantias constitucionais, especialmente ações diretas de inconstitucionalidade, cujo impacto sobre os outros atores políticos não é certo, inclusive com questionamentos da seguinte ordem: “O tribunal tem decidido predominantemente a favor ou contra as políticas governamentais? Tem favorecido algum tipo de interesse?”.

Não está pacificada a ideia de o Brasil ser um Estado judicializado, apesar de conter elementos e características tidas como essenciais para o enquadramento nos mais variados conceitos dados para judicialização da política.

Para tanto, Castro (1997) conclui que, a partir da análise de alguns acórdãos do STF, com exceção das políticas tributárias, este órgão não desenvolve jurisprudência em proteção aos direitos individuais, inclusive colocando-se a favor das políticas governamentais, uma vez que, no período avaliado pelo autor, direcionou-se à proteção de interesses privados, com impacto negativo sobre as políticas públicas. Percebe-se uma concentração dos estudos empreendidos no resultado obtido através das mais variadas ações judiciais, em que coloca-se o procedimento de lado.

2.2.3 Judicialização da política para além do seu surgimento

A expansão, e ocupação, de tomadas de decisão originárias dos poderes majoritários (judicialização da política), não se trata de uma questão de ambição do Judiciário, de pretender o aumento de seu poder. Refere-se, na verdade, às mudanças ocorridas desde o segundo pós guerra, em que, principalmente, foram elaboradas Constituições programáticas e indeterminadas a visar a vinculação do poder político, constando valores fundamentais que necessariamente haveriam de ser respeitos pelo governo. Conjuntamente a isto, a previsão de caber ao Judiciário a revisão daqueles atos emanados pelo Legislativo e Executivo que estivessem em dissonância com o texto constitucional.

Diante desse novo papel assumido e relegado ao Judiciário, assumem os magistrados a posição de legisladores implícitos, a tratarem e decidirem sobre casos concretos referentes à indeterminação da Constituição, cabendo-lhes a interpretação sobre o texto normativo, provocando um novo contexto político no tocante à relação entre os três poderes, em que “a invasão do direito sobre o social avança na regulação dos setores mais vulneráveis, em um claro processo de substituição do Estado e dos recursos institucionais classicamente republicanos pelo judiciário”. (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007).

Maciel e Koerner (2002) também consideram um aumento da participação de instituições judiciais na democracia brasileira, especialmente a partir da transição política verificada no país. Judicializar a política seria “valer-se dos métodos típicos da decisão judicial na resolução de disputas e demandas nas arenas políticas em dois contextos”. Um primeiro, ampliação da atuação e poder através da revisão judicial de atos legislativos e executivos, dentro da perspectiva de constitucionalização de direitos e mecanismos de controle entre os poderes, e a inserção ou expansão de procedimentos essencialmente judiciais no Executivo e Legislativo.

A judicialização da política estaria permeada por um papel mais positivo adotado pelos membros do Judiciário, ao participarem diretamente do processo político, a desejar a tomada de decisão sobre questões importantes, ao invés de deixá-las a cargo dos demais poderes, a caracterizar o papel político envolto na decisão judicial.

O termo é utilizado para descrever um maior protagonismo envolto às decisões judiciais sobre temas e questões controversas da política. No Brasil, especialmente após as mudanças constitucionais no pós-88, em que o Judiciário toma para si a responsabilidade sobre políticas públicas, efetivação de direitos *etc.*

Ainda, consubstanciado em Tate e Vallinder, Carvalho (2004) define judicialização da política como “reação do Judiciário frente à provocação de um terceiro e tem por finalidade revisar a decisão de um poder político tomando como base a Constituição”. O Tribunal Constitucional serviria como mecanismo de controle aos demais poderes. Para além das negociações políticas entre governo e Legislativo, deve-se atentar para o cumprimento, ou o não infringir, da Constituição Federal, quando da tomada de decisão, sob o risco de ver o ato invalidado pelo Judiciário.

O surgimento dessa arquitetura institucional facilitou o processo de expansão do Judiciário, ou mesmo proporcionou condições para a sua inserção no processo decisório, ou seja, acrescenta-se um ator político no processo decisório nacional a partir do momento em que lhe é concedida a atribuição de fiscalização dos atos dos demais poderes.

Carvalho (2004) assume que a judicialização da política pode ser enxergada sob duas perspectivas:

a. normativa, em que serão estabelecidos parâmetros pela supremacia da Constituição sobre os demais atos normativos, inclusive decisões advindas dos poderes representativos majoritários.

b. analítica, cujo enfoque é a relação entre os poderes, e, conseqüentemente com o ambiente político institucional.

O autor revisita, ainda, as condições presentes em Tate e Vallinder para a existência de judicialização da política em algum Estado contemporâneo, e reconhece que no Brasil todas elas estão devidamente presentes e apresenta dois tipos de judicialização:

a. from without - reação do Judiciário à provocação de terceiro em que se visa a revisão judicial sobre atos advindos dos poderes majoritários, cuja essência é verificar a (in)compatibilidade do ato com a Constituição Federal vigente.

b. from within - inserção de procedimentos e mecanismos judiciais na administração pública.

A maior utilização da judicialização da política se dá no primeiro caso, ou seja, casos em que se verifica a constitucionalidade ou não de algum ato oriundo dos poderes políticos. Até para o sistema político como um todo, a judicialização referente ao controle de constitucionalidade apresenta maior relevância, principalmente pelos efeitos previstos nas decisões específicas.

O autor reconhece a dificuldade em se conceituar, caracterizar e medir o processo de judicialização da política, uma vez que é, em muitas vezes, apresentada como efeito e resultado do aumento no número de processos. Assume que há um movimento cíclico em que todos os elementos referentes à judicialização estão diretamente relacionados. Através das causas da expansão judicial aparecem condições institucionais para o seu surgimento, que provocará um aumento da litigância processual e, assim, restará presente a judicialização da política, que fornecerá meios e condições para a consequente expansão judicial e assim por diante.

Desta forma, conforme apresentado, um conceito amplamente utilizado de judicialização da política refere-se à expansão das cortes e juízes em detrimento dos políticos e/ou administradores, ou seja, uma transferência das tomadas de decisão do Legislativo e Executivo às cortes, a partir de determinadas condições políticas.

Hirschl (2009, p.139-140) apontou “uma transferência de poder de instituições representativas para Tribunais”, em que a judicialização da política é definida como o “recurso cada vez maior a tribunais e a meios judiciais para o enfrentamento de importantes dilemas morais, questões de política pública e controvérsias políticas”. Há o deslocamento para os tribunais de questões políticas centrais e polêmicas, de extrema relevância à democracia de determinado Estado.

Para além do aspecto substancial da judicialização, referente à tomada de decisão do magistrado em relação à algum tema específico, existe o procedimental, cujo enfoque está na vontade do magistrado em participar efetivamente do processo político, dentro da concepção de exercício de papel político na sociedade, ou seja, as preferências políticas devem ser considerados para melhor contextualização da judicialização. Para muitos, tal ato de vontade refere-se ao ativismo judicial, conforme se verificará em momento posterior.

Sob perspectiva constitucional, a judicialização está inserida em um contexto de novo regramento (estatuto) sobre direitos fundamentais e de superação do modelo de separação dos

poderes, em que é permitido ao Judiciário o avanço e expansão sobre as atribuições e funções dos demais, especialmente com o sistema híbrido de controle de constitucionalidade.

Em Arantes (1997), a partir de uma nova disposição constitucional e institucional, o Judiciário assume um papel de regulamentador do cenário político, pela realização do controle de constitucionalidade, em muito proporcionado pela adoção no Brasil de um sistema híbrido, portanto mais amplo, condicionando ao Judiciário a revisão de inúmeros atos normativos, tendo como base a necessidade de respeito e garantia dos preceitos asseguradores dos direitos e garantias fundamentais.

Pode-se colocar o surgimento da judicialização da política a partir do momento que há uma transformação ocorrida no Direito com a promulgação de um novo texto constitucional (TASSINARI, 2013, p. 31), dentro da noção de constitucionalismo enquanto forma de se limitar o poder político através da disposição de direitos e garantias fundamentais aos cidadãos, realizada por meio jurídico, com a promulgação de uma Constituição a abarcar os elementos acima mencionados.

A judicialização pode ser vista como um problema contemporâneo advinda das diversas transformações sociais, políticas e, principalmente, jurídicas, no Brasil especialmente com o advento da Constituição de 1988, que trouxe consigo um amplo rol de direitos. Para além disso, ratificou-se o modelo anteriormente adotado de possibilitar ao Supremo Tribunal Federal o controle dos atos dos poderes representativos, inclusive, com dispositivo específico a tratar o Supremo como “guardião da Constituição”, cabendo a interpretação em casos concretos, o que pode vir a caracterizar o juiz como um “legislador implícito” (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007).

Em Verbicaro (2008), a judicialização serve à aproximação da comunidade com o “sistema de valores constitucionalmente assegurado”. Tem-se um fundamento democrático concebido como a plena realização dos direitos fundamentais, e não somente legitimidade à atuação dos poderes representativos advinda das urnas, pela regra representativa. Por isso, o jurídico (Judiciário) passa a prevalecer sobre o político (poderes majoritários), justamente pela proteção e induzimento à respeitabilidade dos direitos fundamentais e da própria Constituição.

Para a autora, o protagonismo judicial advém da promulgação da Constituição de 1988, ao prever que a proteção aos direitos fundamentais e núcleos constitucionais incumba

ao Judiciário, em que o conteúdo constitucional o legitimou para “atuar na arena política para a proteção do extenso rol de direitos fundamentais”. Inclusive, qualifica como legítima a atuação do Judiciário sobre a arena política, ao reforçar a lógica democrática, justamente pela garantia dos direitos fundamentais ali realizada.

Alguns autores atribuem a existência de judicialização da política à ação do legislador, ou mesmo ausência dela, em que, ao Judiciário caberia o preenchimento de lacunas deixadas pelos demais poderes (CASTRO, 1997). Há a visão de que ela é fruto de um maior envolvimento e vontade advindos do próprio Judiciário, se tratando, portanto, de um movimento endógeno (KOERNER; FREITAS, 2013). Atribui-se também a judicialização não só às atividades desempenhadas pelos três poderes, mas também por outros atores políticos, como o Ministério Público (ARANTES, 2002), a partir do momento que remetem os conflitos ao crivo do Judiciário, inclusive, ali encontrando uma arena decisória importante para proteção e consecução de direitos e garantias.

A expansão no que se refere à atuação do Judiciário pode representar o necessário contrapeso, dentro da ideia presente em um sistema democrático de freios e contrapesos, à paralela expansão dos poderes majoritários, a partir, principalmente, da produção legislativa. Com o aumento na produção legislativa e ampliação no rol de direitos estabelecidos, surgiriam lacunas nos dispositivos, restando ao Judiciário a resolução das incertezas criadas (CAPPELLETTI, 1999).

Portanto, a judicialização da política está diretamente relacionada à disposição/concretização dos direitos e ao desinteresse/ineficiência do Estado em abarcá-los de maneira ampla à sociedade, resultando num aumento expressivo da quantidade de ações. Disto, afirma-se que a judicialização está diretamente relacionada à atuação e comprometimento de todos os poderes e não somente do Judiciário (TASSINARI, 2013, p. 33).

Hirschl (2009) dispõe que

quanto mais disfuncionais ou paralisados forem o sistema político e suas instituições decisórias em uma dada comunidade organizada como Estado de direito, mais provável será a presença de um Poder Judiciário expansivo. Maior fragmentação de poder entre os órgãos políticos reduz a capacidade que têm de frear os tribunais, e, conseqüentemente, aumenta a possibilidade de os tribunais se afirmarem.

Em contraposição à ideia acima apresentada, Vianna, Burgos e Salles (2007) visualizam uma ampliação do Judiciário consubstanciada na vontade dos políticos a partir do momento em que eles, ao perceberem e assumirem um distanciamento entre os representantes e representados, designam ao Judiciário, por via legislativa, maior capilaridade, de modo que consiga chegar aos mais variados contextos da vida social, em que o juiz é tido como “protagonista direto da questão social”.

Portanto, é através dos inúmeros recursos criados pelo próprio Legislativo que o Judiciário obterá condições de efetivação dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Neste sentido, relaciona-se que

O juiz torna-se protagonista direto da questão social. Sem política, sem partidos ou uma vida social organizada, o cidadão volta-se para ele, mobilizando o arsenal de recursos criado pelo legislador a fim de lhe proporcionar vias alternativas para a defesa e eventuais conquistas de direitos (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007, p. 41).

O que se pode extrair do entendimento dos autores é que há uma ação direcionada pelo Legislativo ao engrandecimento do Judiciário, por, de certa forma, reconhecer sua própria incapacidade de defesa dos direitos dos cidadãos e, portanto, delegar a outro poder a satisfação dos interesses e direitos. Refuta-se a ideia de que a judicialização da política trata-se de um movimento endógeno, partindo do próprio Judiciário, bem como da inação do Legislativo, uma vez que ele age justamente para defender os direitos dos cidadãos, mesmo que designando tal atribuição.

Ainda, a atuação do Judiciário não se limita a proferir decisões judiciais, mas, todo o contexto sob essas decisões deve ser inserido justamente por representar uma forma de atuação política.

Poder-se-ia dizer que a força atual do Judiciário é legítima¹⁴ por ter advindo do próprio Legislativo enquanto representante da soberania popular, quando do estabelecimento da

¹⁴ Questionamentos sobre a supremacia das decisões judiciais poderiam surgir. Taylor (2007, p. 247) enxerga o cumprimento de decisões judiciais pelos demais atores políticos a partir de algumas explicações, em que a uma das possíveis é “a alternância no poder, que leva o Executivo de hoje a obedecer ao Judiciário para resguardar o controle judicial para quando estiver fora do poder. Uma outra explicação (...) é que mesmo os incumbentes se beneficiam de um Judiciário independente: 1) o Judiciário pode alterar a legislação aprovada por governos anteriores e, assim, mesmo agindo independentemente, melhorar as condições para a implementação das preferências ao atual governo (...). 2) um Judiciário que contraria o governo em alguns pontos serve para legitimar as decisões desse governo em todas as outras ocasiões nas quais não se manifesta negativamente (...) em que, sob condições favoráveis, existem incentivos para que o Executivo (e por extensão o Legislativo) obedeça ao Judiciário, mesmo não precisando”.

Assembleia Nacional Constituinte e subsequente aprovação da Constituição de 1988, ao arrolar e ampliar as atribuições e funções do Judiciário.

Entretanto, Koerner e Freitas (2013) tentam demonstrar¹⁵ que o papel político exercido pelos próprios ministros do Supremo foi de extrema relevância para o que viria a constar da Constituição, em que ele foi tomado como produtor e, ao mesmo tempo, produto, da deliberação constituinte. Enquanto objeto, referindo-se justamente ao que lhe seria designado com a Constituição. Neste ponto, foi intenso o movimento para que houvesse manutenção da força da Suprema Corte, com a permanência de seus poderes, atuando os ministros como verdadeiros agentes políticos. E, como instância normativa da ordem, a partir do momento em que os parlamentares utilizaram da Suprema Corte para resolução de questões pontuais do processo constituinte, em que os autores citam, como exemplo, o mandato do presidente Sarney, se seria de 5 ou 6 anos, e se a convocação dos parlamentares era realmente originária, uma real Constituinte, ou se se tratava de mera reforma da Constituição, pelo fato de ter sido convocada por meio de Emenda à Constituição.

Desta forma, para além do jogo de interesses ali presente e forçados pelos próprios ministros, o Supremo ainda decidiu questões de extrema relevância para o andamento e continuidade da Assembleia Constituinte, na produção do “significado jurídico dos conflitos políticos sobre o processo constituinte” (KOERNER; FREITAS, 2013).

Conforme mencionado, judicialização da política é um processo de ampliação da atuação do Poder Judiciário na tomada de decisões, movimento este feito em detrimento da atuação dos demais poderes, com relevância para a compreensão do cenário político, econômico *etc.*, especialmente quando se tratarem de questões referentes à “megapolítica”,

¹⁵ Os autores dissertam sobre um duplo papel assumido pelo Supremo quando do período constituinte nos anos 1987-8. O primeiro deles aborda o Supremo como objeto da deliberação constitucional, ou seja, definição de sua competência, atribuições e funções que constariam da nova Constituição. O STF era produto da deliberação constituinte. Numa segunda abordagem, o STF seria considerado como produtor na nova Constituição, já que, no exercício da jurisdição constitucional a si atribuído, poderia decidir sobre aspectos referentes à constituinte. Neste ponto, é visto sob três vertentes, recurso estratégico, por vezes procurado pelos agentes políticos para que o Supremo pudesse sustentar seus posicionamentos, arena decisória, ao decidir litígios surgidos pelos intensos debates quanto ao que seria introduzido como texto constitucional, e instância legitimadora, a partir do momento que os próprios ministros tomam para si a posição de “opinantes constitucionais”, manifestando-se sobre as questões em debate, como tentativa de orientar e determinar o sentido jurídico-constitucional através do processo político decisório. O que se extrai do texto dos autores é que o Supremo não teve uma posição de ator passivo quando dos debates para elaboração da nova Constituição. Ao contrário, ele foi relevante não só para julgar eventuais litígios, como para inserir seus posicionamentos no processo decisório, influenciando fortemente o que viria a ser o conteúdo constitucional, contribuindo, inclusive, para o fortalecimento das instituições judiciais, especialmente se se considerar o que ele se tornaria depois, órgão extremamente influente no cenário político nacional.

enquanto “controvérsias políticas centrais que definem (e em muitas vezes dividem) comunidades inteiras” (HIRSCHL, 2009).

Pode-se extrair que trata-se de um processo externo ao próprio Judiciário, uma vez que a existência da judicialização em nada depende dele. Considera-se como uma questão social, em que o aumento (ou diminuição) da judicialização não está relacionado às possíveis medidas realizadas pelo Judiciário.

Taylor (2007) concebe a influência do Judiciário sobre o processo político mesmo antes de uma eventual tomada de decisão, ao que seus membros sinalizam preferências políticas e o rumo de possíveis decisões sobre casos em específico, seja através de pronunciamentos, ou em reuniões com os integrantes dos demais poderes. Portanto, mesmo se tratando de um ator político passivo, que deve ser acionado para decidir, possui relevância para o processo político decisório, dentro da ideia anteriormente apresentada e que presente em Castro (1997).

Para o autor,

Esse tipo de sinalização (das preferências) calculada tem efeitos que antecipam o resultado final, inserindo os juízes no jogo e alterando a política pública resultante, muitas vezes sem o Judiciário precisar utilizar seus poderes formais. (...) mesmo sem usar seus poderes formais, como os de revisão constitucional, o Judiciário pode ter um impacto no momento da deliberação, eliminando algumas alternativas e restringendo a liberdade de ação de outros atores políticos (TAYLOR, 2007).

Já em Oliveira (2005), não se pode entender a judicialização tão somente enquanto ações ingressadas no Judiciário, circunstância esta que denomina politização da justiça, mas sim a tomada de decisão final, ou seja, julgamento sobre o mérito das ações.

Concebe a judicialização em três fases (ciclo da judicialização): a. politização da justiça, enquanto ajuizamento de processos para acionar o Judiciário; b. julgamento do pedido de liminares; c. judicialização da política, entendida como tomada de decisão, julgamento do mérito da ação

Sob este entendimento, em um estudo sobre o processo de privatização de empresas públicas ocorrente no Brasil na década de 90, conclui que não é possível falar em cenário judicializado, uma vez que o Judiciário não se pronunciou sobre o mérito das ações, entendendo a autora se tratar de uma aproximação e consentimento com as políticas públicas adotadas pelo poder público, numa linha semelhante à adotada por Castro (1997).

Assim, conforme verificado ao longo do presente trabalho, não há um consenso teórico sobre a judicialização da política, a partir do momento em que os autores a interpretam de forma plural.

Pode-se dizer que há um avanço nos estudos sobre o Poder Judiciário sob perspectiva política, em que pese ainda serem insuficientes. No Brasil há uma guinada especialmente a partir da década de 90, em que existem aqueles que enxergam sob a perspectiva das instituições judiciais servirem à garantia de direitos (Arantes, 97, 02; Arantes e Kerche, 99; Taylor, 07) e os que entendem pela existência de uma diversidade de preferências, a caracterizar um conflito explícito, em que não há que se falar, portanto, em relações de poder entre as instituições, dentro de um processo de descaracterização da judicialização (Castro, 97; Carvalho, 04). A distinção está clara também no levantamento feito por Marchetti (2013)

Neste último sentido, o que se pode constatar em Oliveira (2005) é que admite-se a existência de um cenário propício à judicialização tão somente quando os magistrados pretenderem e efetivarem posições diversas daquela presentes nos poderes majoritários, em que, conseqüentemente, haverá a oposição no tocante ao entendimento sobre as políticas públicas.

Tem-se, portanto, no Judiciário um local relevante de veto às decisões políticas advindas dos poderes majoritários, em muito verificada na disposição legislativa de incorporar ao sistema os modelos estadunidense e austríaco/kelseniano.

Nos estudos jurídicos, o papel do Judiciário é tomado pelo enfoque dogmático, referente às questões constitucionais e legais de distribuição de competência e atribuições, dentro ainda de uma abordagem processual, sem o necessário acoplamento com os aspectos políticos, ora essenciais para uma maior compreensão da sua relevância para o entendimento do cenário político, jurídico, social, econômico e da democracia, em um plano mais amplo.

Arantes (2002) enxerga um novo papel assumido pelas instituições judiciárias explicado pela incapacidade de organização espontânea da sociedade civil e incapacidade dos mecanismos representativos em assegurarem direitos e garantias fundamentais para a população. Desta forma, percebe-se a busca pelas instituições judiciais em detrimento das políticas para a consecução de direitos.

Carvalho (2004) entende que não há disposição dos juizes brasileiros em intervir no processo de produção de políticas públicas. A falta de ímpeto intervencionista estaria expressa

nas baixas taxas de resposta do STF aos questionamentos de atores sociais e políticos relativos à constitucionalidade das leis.

Nesta linha, não há que se falar em judicialização no Brasil por se tratar de um movimento em que deve haver necessariamente diferença entre os atores majoritários e os judiciais, no que se refere às políticas públicas, fato este não encontrado no Brasil, uma vez que o Judiciário tende a respeitar a vontade majoritária. Esta visão está ancorada em Tate e Vallinder por se admitir a judicialização da política somente em caso de preferências díspares em relação às políticas públicas, ou seja, resultado final do processo.

Por outro lado, Marchetti (2013) entende que a competição político-partidária recente está envolta pela judicialização, em que decisões relevantes sobre o jogo político têm sido tomadas em órgãos judiciais, portanto, a exercerem atividade legiferante, prerrogativa exclusiva do parlamento, com substancial impacto sobre as regras eleitorais. O autor intenta visualizar a judicialização da política sobre a definição das regras da competição eleitoral e não sobre a formulação de políticas públicas: a judicialização da política não ocorre necessariamente no resultado final do processo, mas pode ocorrer no momento de definição das regras do jogo que irão restringir atores nas disputas políticas.

A partir da análise dos conceitos apresentados pelos mais diversos autores acima citados sobre judicialização da política, pode-se sintetizar a ideia na obra de Ran Hirschl (2009). O autor conceitua judicialização da política sob três vértices:

a. judicialização das relações sociais

Disseminação de discursos, jargões, regras e procedimentos jurídicos na esfera política e nos fóruns e processos de elaboração de políticas públicas.

Questões tratadas dentro de um contexto informal, ou mesmo não judicial, passam a ser dominadas pelos mecanismos judiciais de resolução, em que há a predominância de regras e procedimentos jurídicos, sob a lógica da juridificação da sociedade e das relações sociais.

b. Judicialização vinda de baixo, referente à justiça processual

A judicialização da elaboração de políticas públicas pelas formas “comuns” de controle judicial de constitucionalidade de leis e atos da administração pública, em que “a expansão da competência de tribunais e juízes quanto à definição de políticas públicas, principalmente por meio de decisões envolvendo direitos constitucionais e da remarcação

judicial dos limites entre órgãos do estado”. Pretende-se a substituição ou mesmo relativização da utilização de discursos e soluções políticas em prol de articulações legais e constitucionais.

Outra faceta dessa definição de judicialização está no controle judicial de atos administrativos, em que “seja por meio da jurisprudência centrada em direitos fundamentais, seja por meio da revisão judicial de atos administrativos, na maioria das democracias constitucionais de hoje a judicialização da elaboração de políticas públicas se aproxima de um verdadeiro “governo com juízes””.

Portanto, a judicialização da política aqui representada assume uma forma a ser tratada dentro de um cenário processual, em que o indivíduo aciona o judiciário para resolver algum interesse seu que esteja em conflito com o de outra pessoa, ou mesmo com alguma política pública ou decisão do Estado, e, desses interesses díspares, emerge um conflito, transformado em litígio processual.

c. a judicialização da “política pura” ou judicialização da megapolítica

A transferência para os tribunais de assuntos cuja natureza e significado são claramente políticos, incluindo importantes debates sobre a legitimidade de regimes e identidades coletivas que definem (e muitas vezes dividem) comunidades inteiras.

“Judicialização desse tipo coloca os tribunais na posição de decidir sobre alguma das mais centrais questões políticas que uma nação pode enfrentar, mesmo que a Constituição não faça nenhuma referência a esses problemas, e apesar de se reconhecer os óbvios riscos políticos envolvidos em decisões desse tipo”.

Justamente nesse ponto se constrói a dúvida sobre a legitimidade do Judiciário para tratar de temas essencialmente políticos, em que se questiona se seriam os tribunais os locais adequados para a resolução de determinados tipos de conflitos e se seriam eles os reais responsáveis pela última palavra no que se refere à interpretação constitucional, pelos rumos da sociedade e pela resolução dos “dilemas puramente políticos”, que Hirschl classifica como “questões que combinam altíssimos riscos políticos”.

A diferença entre a segunda e terceira definição está envolta do aspecto da justiça processual, em que, de um lado, o procedimento e a decisão assumem um contorno

claramente processual, e, de outro, o enfrentamento de dilemas morais substantivos e controvérsias claramente políticas.

O debate circunda a dúvida sobre o que poderia ser tratado como político, com o questionamento do que é político. Pela abrangência do termo e base conceitual, não se pode querer simplificar a conceituação de judicialização da política, de forma que, sob o contexto, da megapolítica, o político se refere à “definição autoritativa da *raison d’être* (razão de ser) de uma comunidade”. Neste ponto se situa a distinção, dentro da judicialização da política, dos primeiros dois níveis, da megapolítica.

Pela exposição de Hirschl, a megapolítica é trabalhada dentro da assunção do direito constitucional como política.

Fatores elencados como estrutura constitucional, ânimo de agir pelos magistrados (ativismo judicial) ou mesmo tribunais constitucionais ávidos pelo poder decisório, não são condições suficientes para a existência da megapolítica. Relevante justamente o “suporte tácito ou explícito de atores políticos influentes”. Ou seja, não seria possível falar em judicialização da política, principalmente megapolítica, sem se considerar a vontade, ou o anuir, dos atores políticos em relação ao cenário.

Para o autor seria ingênuo pensar que questões políticas centrais seriam levadas e decididas nos tribunais sem o mínimo de apoio por parte dos atores políticos relevantes, dentro do enfoque do “redirecionamento de culpa”, uma vez que, “do ponto de vista dos políticos, a delegação de questões políticas controversas para os tribunais pode ser um meio eficaz de transferir responsabilidade, reduzindo os riscos para eles mesmos e para o aparato institucional no qual operam”.

2.2.3.1 A ideia de supremocracia

O papel assumido pelo Judiciário, especialmente Supremo Tribunal Federal, é de tamanha relevância para o cenário político brasileiro, a ponto de se falar em “supremocracia”.

O termo surge na obra de Oscar Vilhena Vieira (2008), ao reconhecer o STF no centro do sistema político, justificado pela fragilidade do sistema representativo. Assumiria para si o

papel de criador de regras, acumulando o de intérprete da Constituição com exercício da atividade legislativa.

Há a proeminência no cenário político atual, em que sobressaem os estudos sobre a interpretação constitucional e sobre o Supremo, sob um viés mais institucionalista, em que tenta-se compreender o papel do direito no debate político contemporâneo. Desta forma, o STF aparece como um objeto de estudo privilegiado frente aos demais.

A atenção dada ao Supremo, e ao Judiciário, aparece não somente nos estudos acadêmicos políticos, ou jurídicos, ou como tema a ser abordado por especialistas. O interesse pelo Judiciário é notado também dentro da própria sociedade, que a cada dia que passa dedica mais atenção às decisões e debates ocorridos na seara jurídica, movimento este em muito facilitado pela mídia, especialmente a partir da reprodução da programação da TV Justiça, de forma que, sua criação, para alguns autores, pode ser vista como uma ação do próprio Judiciário para legitimar as decisões ali tomadas, diante de uma aproximação com a população (FALCÃO; OLIVEIRA, 2013).

Sendo assim, a população brasileira acostuma-se ao fato de que questões importantes sobre religião, política, economia, cultura, moral, serão decididas dentro de um local em que seus membros não foram eleitos e se valem de linguagem de difícil compreensão para tais tomadas de decisão.

Vieira (2008) também trata como um fenômeno de expansão do direito em detrimento dos políticos e administradores, com a conseqüente ampliação na esfera de autoridade dos membros do Judiciário, dentro da lógica apresentada por Tate e Vallinder, dentre outros autores.

Ainda, expõe que uma das razões para a expansão do Judiciário advém do mercado capitalista global, já que, para as elites e investidores, é benéfica a transferência de certas questões para o Judiciário, por se tratar de um órgão mais confiável, estável, a assegurar a estabilidade jurídica, uma vez que não suscetível aos anseios e revoltas da população.

Outra razão por ele exposta está na insuficiência do sistema representativo e sua incapacidade de assegurar proteção e direitos aos cidadãos, não cumprindo, portanto, com suas promessas de justiça e igualdade. Para tanto, “recorre-se ao judiciário como guardião último dos ideais democráticos”.

As principais causas para o descolamento do local decisório para o Judiciário são: a promulgação de uma Constituição rígida e escrita, a prever direitos e garantias fundamentais, orientadoras das ações e reações do governo, além do sistema de controle de constitucionalidade, em que cabe ao Judiciário a última palavra no tocante à interpretação do texto constitucional, ambas características originadas nos Estados Unidos. Nas palavras de Vieira, trata-se de uma “hiper-constitucionalização da vida contemporânea”.

Em sentido muito parecido, Barroso (2009) coloca três causas para a judicialização da política:

- a. redemocratização do país, especialmente pela promulgação da Constituição de 1988;
- b. constitucionalização abrangente;
- c. e, sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, ao incorporar tanto o sistema estadunidense, de controle difuso, incidental, quanto o modelo europeu, kelseniano, de controle concentrado, através de ações específicas.

O que se pode dizer é que a constitucionalização, ou hiper-constitucionalização, não é causa da desconfiança na democracia, mas sim sua consequência, uma vez que as Constituições programáticas e protetoras dos cidadãos, através da inclusão de uma ampla gama de direitos e garantias e de tribunais constitucionais fortalecidos, surgem, principalmente, como reação aos regimes autoritários a partir da II guerra mundial, e, no Brasil, no pós ditadura militar, vivenciada entre os anos 1964 e 1985, também como um “processo de mudança social”.

Sem dúvida, há de ressaltar a criação, ou mesmo ampliação, das jurisdições constitucionais, de forma que a sua institucionalização serviu para que houvesse o respeito ao texto constitucional e às normas e princípios ali presentes, como forma de estabelecimento de direitos e contenção do poder político.

Para Vieira, o movimento percebido no mundo, de expansão das jurisdições constitucionais e presença de constituições fortes, foi mais intenso no Brasil, pela ambição da Constituição de 88, e pela concentração de poderes em torno da jurisdição do Supremo, também percebida através das emendas de nº 3/93, e nº 45/05, bem como pelas leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99, “tornando-se uma instituição singular em termos comparativos, seja

com sua própria história, seja com a história de cortes existentes em outras democracias, mesmo as mais proeminentes”.

Desta forma, pela relevância que o Supremo assume no cenário político brasileiro, cria o termo “supremocracia”, visto sob duplo sentido.

O primeiro sentido, dentro da perspectiva do próprio Judiciário, pelo fato de o Supremo ser colocado como autoridade máxima em relação às outras instâncias. Então, “*supremocracia* diz respeito, em primeiro lugar, à autoridade recentemente adquirida pelo Supremo de governar jurisdicionalmente (*rule*) o Poder Judiciário no Brasil”.

Em segundo lugar, o papel no qual o Supremo foi inserido em relação aos demais poderes, dentro da concepção de controle de constitucionalidade dos atos administrativos emanados dos poderes majoritários.

A Corte desloca-se para o “centro de nosso arranjo político”, a partir do exercício da jurisdição constitucional, com a conseqüente proteção da Constituição Federal, por ser a responsável pela última palavra do sentido constitucional. Justamente pela amplitude da Constituição, muitos são os temas de cunho constitucional, fazendo com que haja, em muitos casos, o posicionamento do Judiciário.

Diante do exposto, Vieira (2008) assume que o Supremo, além do exercício da autoridade como intérprete constitucional, age no exercício de poder, por realizar a criação de regras, até então reservadas ao sistema representativo.

A supremocracia é resultado de uma Constituição excessivamente regulamentadora, a abordar as mais variadas circunstâncias da sociedade e das relações sociais, inclusive, com temas ali insertos que nada possuem de constitucional.

Desta forma, aumenta-se significativamente a litigiosidade constitucional, em que “se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno. Qualquer movimento mais brusco dos administradores ou dos legisladores gera um incidente de inconstitucionalidade, que, por regra, deságua no Supremo”.

Uma segunda causa da supremocracia é a arquitetura constitucional, com a competência, atribuições e funções designadas ao Supremo Tribunal na Constituição de 88. São abordados pelo menos três direcionamentos:

a. O Supremo enquanto tribunal constitucional, a exercer a guarda da Constituição, e o controle sobre as leis e atos advindos dos poderes majoritários que não estiverem em consonância com o texto constitucional, por meio de ações de controle de constitucionalidade.

Relevante ressaltar a ampliação dos legitimados para a propositura dessas ações desde a CF/88, cujo conteúdo partiu de exclusividade do Procurador Geral da República para, ao menos, outros oito legitimados ativos, conforme texto presente no artigo 103, CF.

Também pode se inserir a competência para julgamento de omissões inconstitucionais dos poderes representativos, através de ações específicas como ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção.

b. Na condição de foro judicial especializado, com a competência originária sobre o julgamento de determinados casos, como alguns *habeas corpus*, ações originárias, mandados de segurança, mas, principalmente, julgamentos criminais de altas autoridades, como o ocorrido na Ação Penal 470, comumente denominada de “Mensalão”.

c. E, por último, na posição de tribunal de apelação, instância recursal superior, ou seja, última instância para julgamento dos recursos judiciais, especialmente através do controle difuso de constitucionalidade.

Muitos são os temas a serem julgados e decididos pelo Supremo Tribunal Federal. Questões referentes aos direitos fundamentais, à representação política, às atribuições dos poderes do Estado, sobre a economia e o balanço federativo *etc*, são tratadas como constitucionais e, conseqüentemente, judiciais. Nas palavras de Vieira, “tudo no Brasil parece exigir uma “última palavra do Supremo Tribunal Federal”.

Segundo o entendimento de autores como Vieira (2013) e Marchetti (2013), o Supremo, atualmente, detém o exercício de legislador positivo, claramente a realizar a criação de normas, assumindo atividade legiferante.

Portanto, o Supremo vem exercendo um papel fundamental para o cenário político nacional, sendo que, em muito a sua expansão se deve ao fortalecimento do constitucionalismo e fragilidade do sistema representativo.

2.2.4 Condições para existência da judicialização da política

Ao longo do trabalho foram apresentadas algumas condições para a judicialização da política, que serão mais bem sistematizadas a seguir.

Em sua obra, Neal Tate (1995, p. 28 e seguintes) discorre sobre algumas condições para a expansão do Judiciário em detrimento dos demais poderes do governo, sendo importante ao menos demonstrá-las, para que se consiga entender o que está sob o fenômeno. Insta mencionar que as condições apresentadas não são suficientes, justamente por nem sempre estarem todas presentes, existindo ainda outras não arroladas pelo autor.

I) A primeira delas é a democracia, em que se adota a regra da maioria e responsabilidade popular, até pela dificuldade em se imaginar um Judiciário forte em um regime não democrático.

II) Separação de poderes dentro de uma perspectiva de independência constitucional dos poderes do governo, em que cabe ao Judiciário, mediante provisão na Constituição, realizar o controle de constitucionalidade dos atos dos demais poderes.

III) Políticas de direitos como codificação na Constituição de direitos e garantias fundamentais a protegerem os indivíduos e minorias dos desmandos da maioria.

IV) Uso das cortes por grupos de interesse prejudicados no processo de tomada de decisão majoritário. Reconhece-se na corte um local institucional favorável para a consecução de objetivos e direitos.

V) Uso da corte pela oposição como mecanismo de obstrução do governo, a utilizar a revisão judicial numa tentativa de concretização de interesses próprios, e que foram derrotados nas instituições majoritárias.

VI) Instituições majoritárias inefetivas, com dificuldade de desenvolver políticas públicas e tomar determinadas decisões, muitas vezes com alto custo político.

VII) Percepções das instituições formuladoras de políticas imobilizadas, ineficazes, fazendo com que se recorra diretamente ao Judiciário, também, pela desconfiança em relação aos demais poderes.

VIII) Delegação das instituições majoritárias de determinadas questões ao Judiciário, em que os poderes representativos não querem se desgastar com a sociedade.

Carvalho (2004) vislumbrou na adoção de tribunais constitucionais pelos países ocidentais, como forma de controle pelo Judiciário aos demais poderes e na existência de uma Constituição e supremacia do Judiciário em sua interpretação, elementos que contribuíram para a “participação do Judiciário nos processos decisórios”.

A principal razão elencada por Hirschl (2009) para o aparecimento e permanência da judicialização refere-se ao controle de constitucionalidade imputado aos tribunais, em que, através dele, são resolvidas inúmeras questões sobre os mais diversos assuntos. O movimento é constatado em democracias tidas como antigas, que há muito exercem o controle de constitucionalidade, como nos Estados Unidos, e em democracias constitucionais mais jovens.

O que se pretendeu foi a transformação social através do direito, em que se viu na elaboração de novas Constituições a saída para a efetivação do ideal democrático, justamente pela ampla gama de garantias, ao dispor direitos aos cidadãos, ao mesmo tempo que se limita, e regulamenta, o poder político, produto da desconfiança nos poderes Executivo e Legislativo.

Para além das questões pontuais, em casos específicos, referentes às políticas públicas, a atuação do Judiciário assume uma posição mais ampla e abrangente, a incluir “a transferência massiva, para os tribunais, de algumas das mais centrais e polêmicas controvérsias políticas em que uma democracia pode se envolver” (HIRSCHL, 2009), em que a solução dessas controversas são articuladas dentro de uma problematização constitucional, daí a possibilidade de serem levadas e decididas por algum órgão judiciário.

Hirschl (2009) relata uma “transferência de poder de instituições representativas para tribunais, tanto domésticos, quanto supranacionais”, sendo que esta transferência é percebida, principalmente, através do fato conhecido como judicialização da política, a significar “o recurso cada vez maior a tribunais e a meios judiciais para o enfrentamento de importantes dilemas morais, questões de política pública e controvérsias políticas”, e, inclusive, conceitua tal fato social como “juristocracia”.

Dentro do apresentado pelos autores acima elencados, pode-se dizer que o Brasil é um país judicializado, justamente por conter todas essas condições, a partir do momento em que adota um regime democrático, com sobreposição da regra majoritária, a partir de eleições livres e periódicas, com o estabelecimento de três poderes independentes e harmônicos entre si, Judiciário, Legislativo e Executivo, com uma Constituição analítica, ou seja, ampla na disposição de direitos e garantias fundamentais, bem como, com regras limitadoras ao poder público, dentro de uma acepção de defesa dos direitos das minorias.

Dois são os pontos cruciais para se entender a judicialização da política em território brasileiro. O primeiro é a atribuição de competência originária ao Supremo do julgamento de ações em sede de controle de constitucionalidade. O segundo é a ampliação do rol de legitimados para a proposição dessas ações a partir da Constituição de 1988, que anteriormente era designada apenas ao Procurador Geral da República.

A partir do momento que se possibilita aos mais diversos atores políticos¹⁶ a propositura de ações dessa natureza, setores da sociedade os procuram para a satisfação de seus interesses, assim como eles, por iniciativa própria, as propõem.

Ainda, há a utilização das cortes por essas minorias, por grupos de interesse e pela própria oposição, por enxergar ali um local favorável à satisfação de seus interesses (TAYLOR, 2007), dentre eles, a obstrução ao governo através de revisão judicial e controle de constitucionalidade sobre os atos públicos. O recorrer aos tribunais advém da ineficácia dos poderes representativos, em muitos momentos proposital, em dispor sobre questões importantes ao cenário político, social, econômico, cultural *etc.*, com sua resolução de maneira judicial, em que, portanto, delega-se ao Judiciário a decisão sobre essas questões.

¹⁶ Até a data de 23 de junho de 2014, mais de 600 atores propuseram ações em sede de controle concentrado de constitucionalidade no Supremo. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adj>. Acesso em 23 de junho de 2014.

Pode-se discutir sobre a atuação do Judiciário, e, conseqüentemente, judicialização da política, a partir do momento que se depara com um processo de substituição do julgamento de instituições políticas majoritárias por representantes nos tribunais superiores não eleitos de uma elite política e socioeconômica no Brasil, em geral, advinda das regiões sul e sudeste, com quase a totalidade de homens (BARBOSA; GOMES; MARONA, 2013). Ocorre que, cabe ao Judiciário, um papel contramajoritário, de contraposição aos atos tomados pelos poderes representativos.

Ferejohn (2002) assume três formas de as cortes exercerem novos e importantes papéis relativos às legislaturas:

1. limitar e regular o exercício da autoridade parlamentar, impondo limites substantivos no poder das instituições legislativas;
2. espaço para decisões sobre políticas;
3. regulação da conduta da atividade política, construindo padrões de conduta aceitáveis para grupos de interesse, partidos políticos e representantes eleitos ou indicados.

Dentro do que acima exposto, Ferejohn (2002) visualiza a judicialização sob dois aspectos: o primeiro colocado como “hipótese da fragmentação”, em que judicialização é colocada como conseqüência da ineficiência dos poderes majoritários ao proporem soluções aos mais variados tipos de conflitos. Depois, na “hipótese dos direitos”, caberia ao Judiciário a consecução de direitos e garantias, a fim de proteger importantes valores e princípios dos cidadãos contra os abusos do poder público.

Verbicaro (2008) reconhece que grande parte das condições facilitadoras à judicialização da política apresentadas por Tate e Vallinder (1995) está presente no contexto brasileiro, principalmente no pós regime ditatorial, a partir de 1985.

Ao contrário do que exposto por Carvalho (2004), Verbicaro entende ser a judicialização da política um fenômeno empiricamente verificável nas democracias contemporâneas.

Destaca os seguintes fatores presentes no Brasil:

- a. promulgação da Constituição de 1988, com mudanças valorativas ao direito, em que estão presentes direitos e valores a serem protegidos pelo Estado, e também com a

relevância dos princípios constitucionais e inserção dos fundamentos de Estado Democrático de Direito.

b. universalização do acesso ao justiça, com a possibilidade de os cidadãos tanto recorrerem às instâncias judiciais para a efetivação de seus direitos quanto terem resultados oriundos de uma justiça estruturada em bom funcionamento.

c. tripartição da organização do Estado entre poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), cuja autonomia e independência devem ser preservadas. O Judiciário assume um duplo papel na concepção da autora. Na posição de legislador negativo como limitador e controlador, em que há a suspensão da eficácia das normas e atos advindos dos demais poderes (controle de constitucionalidade) e legislador positivo ao interpretar, aplicar e definir o sentido e abrangência do texto normativo (guardião da Constituição ao obter a “última palavra” sobre o seu sentido).

d. Constituição aberta, com o devido espaçamento para uma atuação mais ampla e ativa dos membros do Judiciário, como consequência da não uniformidade e hegemonia de determinada posição política quando da elaboração do texto constitucional. Para a autora, a indeterminação do direito possibilita um “órgão julgador a descobrir o direito do caso concreto, não simplesmente por meio da formal subsunção do fato à norma, mas mediante valorações e a adaptação da norma à dinâmica da realidade social”. A indeterminação causa um Judiciário atuante, a efetivar os princípios constitucionais e direitos fundamentais, através da utilização da hermenêutica como método de “assegurar o caráter racional do processo decisório”.

e. Dentro da ideia de hermenêutica, outro fator é a crise e tentativa de superação do paradigma positivista, com interpretação estritamente formalista, a questionar a subsunção lógica e formal do texto na aplicação do direito.

f. Ampliação do Supremo Tribunal Federal, especificamente através do controle de constitucionalidade dos atos normativos, submetendo as vontades dos poderes majoritários ao crivo da instância máxima do Judiciário, dentro da competência originária, controle concentrado, ou recursal, controle difuso. Este sistema híbrido contribui para que o Judiciário assumira um papel relevante na consecução e implementação de políticas públicas e direitos e garantias fundamentais constitucionais aos cidadãos.

g. Permissão de edição de medidas provisórias pelo Executivo em casos de relevância e urgência (pressupostos nem sempre atendidos), a ampliar a possibilidade legislativa, fazendo com que os princípios constitucionais sejam mais desrespeitados e, conseqüentemente, levados à proteção pelo Judiciário.

h. Ampliação do rol de legitimados para proposição de ações de controle de constitucionalidade, bem como em ações coletivas.

i. Processo de modernização e industrialização da economia brasileira a partir da década de 1940, em que a estruturação do país não foi devidamente realizada, criando condições para crises e conflitos sociais, ocasionados, dentre outros fatores, pela desigualdade latente dentro da sociedade. Assim, reconhece-se o Judiciário como local para resolução destes conflitos.

j. Ampliação dos movimentos, grupos sociais e organizações que veem o Judiciário como o local institucional favorável para a efetivação de seus direitos.

k. Agravamento da crise econômica, explosão da crise social e procura ao Judiciário para restabelecimento dos direitos fundamentais violados e não implementados pelo poder público.

l. hipertrofia legislativa, resultado da intensificação de criação normativa pelo Estado para tentar prever e regulamentar todas as práticas sociais, como tentativa de ajustar os conflitos sociais. Proporcionou assim um problema de coerência interna no ordenamento jurídico, também pela ausência de padrão de logicidade, coesão e integração. Desta forma, os conflitos foram levados ao Judiciário para resolução e devida interpretação, numa tentativa de supressão da falta de coesão e coerência no ordenamento jurídico.

m. Ineficácia do poder público na implementação de políticas públicas, consequência de um distanciamento dos poderes majoritários da sociedade.

A autora posiciona-se favoravelmente à atuação do Judiciário, por enxergar nele um órgão de consecução de direitos fundamentais, diante da ineficácia dos demais poderes, se tratando, portanto, de um intensificador do regime democrático.

Entretanto, apesar de conter muitos dos fatores propícios, não se pode afirmar com tamanha veemência que o Brasil realmente é um Estado judicializado, uma vez que outros elementos devem ser levados em consideração. Conforme Castro (1997), à época de

elaboração e publicação do seu artigo, não se podia inferir que havia uma judicialização da política no Brasil, uma vez que, dentro do recorte realizado, muitas das ações se tratavam de políticas tributárias, cuja prevalência era dos interesses privados frente aos públicos, ou seja, as políticas públicas eram preteridas pela consecução dos interesses privados.

Segue o entendimento acima Carvalho (2004), ao prescrever que ainda não há como realizar uma análise precisa do funcionamento desse poder (Judiciário) no Brasil, apesar de reconhecer a grande contribuição dada pelo Supremo aos estudos do processo de judicialização no Brasil, especialmente a partir do aprofundamento dos mecanismos causadores do processo de expansão e da maior diversidade nas abordagens. A dúvida que exsurge é saber se isso se mantém, uma vez que não existem trabalhos recentes neste direcionamento.

2.2.5 Ativismo judicial

Existe um embate entre alguns autores no que se refere a uma possível distinção entre judicialização da política e ativismo judicial, se se tratam de conceitos sinônimos ou se há, de fato, alguma diferença na compreensão dos institutos.

Entende-se que há, sim, uma clara distinção. Por ativismo judicial entende-se a postura do Judiciário em que são utilizadas compreensões dos magistrados tendentes aos valores morais e políticos incorporados em si. Trata-se de capacidades interpretativas e convicções pessoais de cada um, refutando, para tanto, a vinculação a determinados fundamentos necessários quando da tomada de decisões.

Refere-se a uma compreensão subjetiva do magistrado, ou conjunto de magistrados, a tomarem determinada decisão no caso em específico, a caracterizar, portanto, aspectos arbitrários e personalistas, em que se refuta a existência de uma ideia democrática a partir do momento em que se extrapolam as competências designadas ao Judiciário, expressando "uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário" (BARROSO, 2009, p. 17).

A distinção entre ativismo e judicialização está mais clara em Barroso (2009, p. 17) ao entender:

A judicialização e o ativismo são traços marcantes na paisagem jurídica brasileira dos últimos anos. Embora próximos, são fenômenos distintos. A judicialização decorre do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais. Vale dizer: a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte. O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, *bypassar* o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso. Os riscos da judicialização e, sobretudo, do ativismo envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias.

A judicialização da política está pautada em algumas condições, conforme visto anteriormente em Tate e outros autores. Da mesma forma, a existência do ativismo judicial pressupõe algumas circunstâncias que devem estar presentes. Todas já foram devidamente tratadas no presente trabalho, mas não como um conjunto a formar um dado fenômeno: ativismo judicial.

A primeira delas é que haja um controle de constitucionalidade sobre os atos dos poderes políticos a ser realizado pelo Judiciário. Também, omissões e ineficiência legislativa, em que não há a devida regulamentação dos direitos e garantias fundamentais positivados. Por fim, as lacunas deixadas pelo processo de criação do direito em que se constata premissas vazias em alguns casos e possibilidade de várias interpretações em outros.

Em relação ao papel ativista possibilitado ao magistrado, Cappelletti (1999) admite um papel criativo dos juízes no processo judicial, denominando essa possibilidade de direito judiciário ou “jurisprudencial”, admitindo a relação entre as naturezas dos processos legislativo e judicial, pelo fato de que ambos constituem processos de criação do direito, com distinção de grau e modo de criação.

Para ele, a criatividade da função jurisdicional reside na produção do direito dos juízes especialmente através da interpretação¹⁷, ao assumir que “na interpretação judiciária do direito legislativo está insito certo grau de criatividade” (CAPPELLETTI, 1999, p. 20). Claro

¹⁷ Interpretação para o autor significa “penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-los e (...) reproduzi-los, “aplicá-los” e “realizá-los” em novo e diverso contexto, de tempo e lugar” (CAPPELLETTI, 2009, p. 21).

que existe uma separação entre certo grau de criatividade e total liberdade do intérprete, em que esta caracterizaria pura arbitrariedade, em que “criatividade jurisprudencial, mesmo em sua forma mais acentuada, não significa necessariamente “direito livre”, no sentido de direito arbitrariamente criado pelo juiz do caso concreto” (CAPPELLETTI, 1999, p. 26).

Desta forma, reconhece-se uma posição criativa aos magistrados e não somente aplicação da lei, ou completa desvinculação do processo judicial e também das questões atinentes a toda a sociedade. Supera-se o formalismo, enquanto aplicação pura e mecânica no processo jurisdicional, com a assunção de elementos discricionários, de escolha pessoal. Salienta-se que escolha, mesmo que discricionária, não importa necessariamente em arbitrariedade.

Se por um lado, enxerga-se como positiva a atuação ativista dos magistrados, sob o argumento de que podem efetivar direitos e garantias não contemplados pelos poderes majoritários, por outro lado, se pode ir contra, alegando que se trata de usurpação de atribuições, com uma clara e manifesta tentativa de sobreposição da decisão judicial às decisões políticas.

Certo é que, apesar de não haver consenso quanto aos benefícios ou malefícios do ativismo, importante se faz uma análise do seu significado, justamente para que possamos compreender e assumir um posicionamento crítico em relação à sua existência e subsequente uso.

Para tanto, ativismo judicial pode se referir 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 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, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2009).

Neste ponto pode-se questionar qual seria o oposto do ativismo judicial. Se o ativismo refere-se a uma postura ativa e atuante no que se refere a interpretação constitucional, como o magistrado deixaria de ser atuante uma vez que, a partir do momento que o litígio é colocado sobre sua mesa, é ele obrigado a posicionar-se e, conseqüentemente, decidir?

Então, a teoria discorre sobre a auto-contenção judicial enquanto movimento contrário ao ativismo judicial, de forma que, a principal diferença referir-se-à à própria interpretação do texto constitucional, uma vez que,

em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A auto-contenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas (BARROSO, 2009).

Portanto, duas seriam as possibilidades dos representantes do Judiciário. Se por um lado, a primeira delas seria seguir aquela concepção tradicional de limitação à função jurisdicional como meros aplicadores da lei, por outro lado, caberia a eles elevarem-se ao nível dos outros poderes, a incorporar o papel de controlador do legislador “mastodonte” e o leviatanesco administrador, esta última função realizada principalmente pela justiça constitucional, através do controle de constitucionalidade dos atos dos demais poderes (CAPPELLETTI, 1999).

Neste ponto, poderia-se questionar qual a razão de se delegar o controle de constitucionalidade ao Judiciário. Pode-se dizer que se dá em razão do tecnicismo e saber envoltos aos seus membros, ao necessário controle aos atos dos demais poderes, bem como, pelo caráter histórico, conforme demonstrado na exposição sobre a separação e equilíbrio entre os poderes e desenvolvimento na atuação do Judiciário, especialmente com o caso *Marbury x Madison*.

No mesmo sentido, de possibilidade criativa dos juizes, está John Hart Ely (2010, p. 57) ao assumir que a posição dominante é que a Suprema Corte “para dar conteúdo às disposições abertas da Constituição, deve identificar e impor aos poderes políticos os valores que são, de acordo com uma ou outra fórmula, realmente importantes ou fundamentais”.

Concebe-se a ideia de um Judiciário a determinar e aplicar valores e princípios de determinada sociedade em uma dada época. Submete-se a ele o papel delineador das necessidades e anseios da população.

Portanto, em que pese ambos os institutos (judicialização da política e ativismo judicial) se referirem à capacidade de atuação do Judiciário, de completa relevância uma distinção, mesmo que em termos gerais, para que não haja confusão no entendimento.

Judicialização da política há que ser discutida na relação existente entre os poderes, com necessária compreensão do federalismo e separação de poderes, vistos sob um viés eminentemente democrático, enquanto que ativismo judicial se trata de uma compreensão subjetiva do magistrado, ou conjunto de magistrados, a tomarem determinada decisão no caso em específico, a caracterizar, portanto, aspectos arbitrários e personalistas, em que se refuta a existência de uma ideia democrática a partir do momento em que se extrapolam as competências designadas ao Judiciário.

Entretanto, pode-se questionar essa atuação mais ampla do Judiciário principalmente nos casos difíceis, em que não há elementos e condições para julgar algumas questões que exigem conhecimentos além dos jurídicos.

Questiona-se, inclusive, a legitimidade do Judiciário para julgar casos dessa natureza, em que “reconhece-se que até um Judiciário inicialmente dedicado à proteção da liberdade dos cidadãos, pode terminar, malgrado seu, por se transformar em instrumento de tirania, se privado por longo tempo de legitimação democrática” (CAPPELLETTI, 1999, p. 94).

Barroso (2009) entende que essas seriam justamente as restrições à atuação do Judiciário, que ele denomina como “capacidade institucional” e “efeitos sistêmicos”. Não há a devida noção, conhecimento, *expertise*, pelos membros do Judiciário sobre algumas questões de difícil resolução, bem como do efeito macro que suas decisões podem vir a ter, ou seja, não há o conhecimento, ou procura em saber, das reais consequências das decisões tomadas por eles. Por exemplo, não importa a ele saber sobre a disposição orçamentária do Estado no que tange à saúde, se pode simplesmente determinar para que haja a prestação de algum medicamento ou tratamento médico, mesmo que essa decisão prejudique muitos outros necessitados do serviço público.

Em contraposição a essa ideia, de completo desinteresse sobre algumas questões, foram criados instrumentos a serem utilizados para (tentar) suprir essa lacuna, de ausência de suporte e informações sobre temas imprescindíveis, relacionados aos mais diversos assuntos, como economia, saúde, política urbana *etc.*, sendo que o que mais tem sido utilizado é a realização de audiências públicas em determinadas ações em trâmite no Supremo Tribunal Federal (MARONA, 2011).

2.2.6 Visão habermasiana sobre a dicotomia: soberania popular x direitos individuais

Conforme visto, a gênese do debate sobre as decisões judiciais permeia a relação entre a dicotomia soberania popular *vs.* consecução de direitos e garantias fundamentais, apresentada através de alguns autores clássicos e contemporâneos.

Diante de tal fato, faz-se relevante uma análise do que apresentado por Jürgen Habermas (2002) sobre o tema, uma vez que ele não entende a soberania popular e os direitos humanos como visões dicotômicas, enxergadas cada uma em um polo, sem intersecção. Para ele, é possível conceber um modelo de direito com junção das duas, a partir do que denomina teoria do discurso.

A questão permeia a necessidade (dificuldade) de se estabelecer um ponto em comum entre as noções de direitos individuais e o bem comum (interesse coletivo). Enquanto se protege o cidadão, pode-se esperar ações na busca pelo interesse coletivo. E tal ideia é concebida a partir da discussão e do debate, em que se utiliza a racionalidade para a produção do melhor argumento com vistas ao consenso.

O que Habermas pretende é legitimar os direitos fundamentais e superar a tensão existente entre eles e democracia, com a produção de consenso diante de uma sociedade extremamente plural e multicultural. Desta forma, o direito legítimo surge da junção entre autonomia pública e privada, com a participação e formação democrática da vontade e opinião, bem como, com a consecução de direitos fundamentais.

Para tanto, propõe a superação dos paradigmas liberal e republicano a partir da proposição de uma teoria discursiva, em que se busca relacionar direitos humanos com soberania popular, permitindo-se, assim, a existência mútua entre as autonomias pública e privada.

2.2.6.1 Concepção liberal

Para Habermas (2002), a concepção liberal refere-se, principalmente, à disposição de

direitos fundamentais aos cidadãos em face do Estado e dos demais cidadãos, de forma que o Estado há de ser voltado aos interesses da sociedade.

Portanto, os cidadãos são dotados de direitos subjetivos, enquanto direitos negativos, a garantir um espaço de ação alternativo, em que se pretende a defesa dos referidos direitos pelo e contra, o Estado. Ainda, detêm direitos políticos em um processo de validação dos interesses particulares, ora transformados em vontade política como mecanismo de exercício de influência frente à administração.

Desta forma, “ (...) os cidadãos, como membros do Estado, podem controlar se o poder estatal está sendo exercido em favor do interesse dos cidadãos na própria sociedade” (HABERMAS, 2002, p. 271). Controle este, feito por meio de direitos subjetivos e políticos.

Pode-se dizer, assim, que uma dessas formas de controle se dá dentro do próprio Estado, ao se acionar o Judiciário para defesa e satisfação dos interesses (direitos) individuais em detrimento dos poderes representativos.

Em relação à compreensão sobre direito, Habermas (2002) entende que, sob a perspectiva liberal, a ordem jurídica decorre dos direitos subjetivos, em que, uma vez que estes estão dispostos, alguns casos individuais levam à sua aplicação. Desta forma, a ordem jurídica se faz importante por poder “constatar em cada caso individual quais são os direitos cabíveis a que indivíduos” (HABERMAS, 2002, p. 273). Enxerga-se a lei jurídica como limitadora do poder, a visar ao cumprimento e permanência dos diversos e conflitivos interesses.

A formação da vontade e da opinião pública, segundo preceitos liberais, aproxima-se da formação de acordos fundamentada em princípios constitucionais liberais. Trata-se de uma política centrada no Estado, em que a democracia é vista a partir do disciplinar o poder estatal por precauções normativas¹⁸, como estabelecimento de direitos, divisão de poderes e vinculação da administração à lei (HABERMAS, 2002, p. 279).

Quanto à natureza do processo político, a concepção liberal limita-se à luta pela conquista do poder, em que a formação da vontade e da opinião pública é permeada pela

¹⁸ “O centro do modelo liberal não é a autodeterminação democrática de cidadãos deliberantes, mas sim a normatização jurídico-estatal de uma sociedade econômica cuja tarefa é garantir um bem comum entendido de forma apolítica, pela satisfação das expectativas de felicidade de cidadãos produtivamente ativos” (HABERMAS, 2002, p. 279-280).

concorrência entre atores coletivos que agem de maneira estratégica visando à tão somente a conquista ou manutenção de posições do poder. Para tanto, o êxito está quantificado no número de votos conseguidos. A legitimação da concepção liberal está contida na formação democrática da vontade a legitimar o exercício do poder político, visto sob a ótica do resultado das eleições.

2.2.6.2 Concepção republicana

Já a concepção republicana, ancorada na opinião pública e sociedade civil, advém da ideia de interdependência mútua entre os cidadãos, em que há uma vontade política horizontal, “voltada ao entendimento mútuo ou ao consenso almejado por via comunicativa” (HABERMAS, 2002, p. 270). Pressupõe-se a autodeterminação dos cidadãos, estabelecida sobre uma base social autônoma, independente do Estado (administração pública).

Em contraposição à concepção liberal, baseada em direitos subjetivos/negativos, enquanto forma de se obter liberdade em relação às coações externas, a republicana é amparada por direitos positivos, diretamente relacionados ao exercício da participação e formação da opinião e da vontade.

Ainda, exige-se o direcionamento dos cidadãos ao bem comum, ao coletivo, e não aos interesses próprios, como mecanismo de manutenção do conjunto de direitos. A partir do momento em que esses cidadãos exercem os seus direitos e liberdades, adquirem autonomia, a servir, inclusive, como forma de controle da ação estatal.

Desta forma, o direito (ordem jurídica) é enxergado pela visão republicana como precursor dos direitos individuais, pelo fato de se aplicá-lo como garantidor do “convívio equitativo, autônomo e fundamentado sobre o respeito mútuo (HABERMAS, 2002, p. 273). Portanto, os direitos subjetivos advém de uma ordem jurídica objetiva a garantir o acima citado.

Para a concepção republicana, a política trata-se da comunicação pública orientada ao entendimento mútuo, a partir do autoentendimento ético, em que esse está ancorado no

paradigma da interlocução (diferentemente do paradigma do mercado contido na liberal), com o poder comunicativo se referir à comunicação política circundada por “opiniões majoritárias estabelecidas por via discursiva (HABERMAS, 2002, p. 275). A democracia refere-se à auto-organização política da sociedade, em que se tem uma política direcionada contra o Estado.

Portanto, a fonte de legitimação da visão republicana está contida na formação democrática da vontade para constituir a sociedade sob uma perspectiva coletiva, em que se espera do governo apenas o comprometimento com determinadas políticas, podendo-se enxergar a democracia, aqui, como auto-organização política da sociedade.

Para Habermas, a visão republicana apresenta uma desvantagem, qual seja, a pressuposição de virtudes nos cidadãos voltadas para a satisfação do bem comum. Argumenta que a partir da existência do pluralismo cultural e social, há que se reconhecer a existência de ações orientadas à satisfação de interesses próprios, sem a intenção de consenso ou acordo mútuo (HABERMAS, 2002, p. 276). Desta forma, propõe uma teoria para ir além das concepções liberal e republicana, a teoria do discurso.

2.2.6.3 Teoria do discurso

Para o desenvolvimento desta teoria, Habermas reconhece a junção de elementos tanto da visão liberal, quanto da republicana, sendo que resta ela amparada por uma política deliberativa. Propõe uma solução universal em detrimento de individuais (liberal) ou comunitárias (republicana).

O conceito de política deliberativa está inserido sobre determinados aspectos, sem os quais não é possível conceber a sua existência. O primeiro deles é a necessidade de ampliação do processo, com diversidade das formas comunicativas, para se constituir uma vontade comum, com o devido equilíbrio entre os interesses divergentes e estabelecimento de acordos, em que se utilizarão instrumentos racionais direcionados à um fim específico, por meio de fundamentação moral (HABERMAS, 2002, p. 277).

Assim, a teoria do discurso, ao incorporar elementos de ambas as concepções, concede uma posição de extrema relevância à formação de opinião e da vontade ao processo político,

sem, no entanto, desconsiderar a constituição jurídico-estatal. Neste ponto, os direitos fundamentais e princípios do Estado de direito não de ser institucionalizados a partir das condições de comunicação do processo democrático (HABERMAS, 2002, p. 280).

Portanto, um dos pontos centrais é justamente a institucionalização de procedimentos que sejam capazes de possibilitar a capacidade de ação coletiva do cidadão, com a formação de redes de comunicação pela opinião pública de cunho político. Ação essa a ser realizada em uma arena de formação racional da opinião e vontade sobre temas relevantes para a sociedade, em que, de uma formação informal, passar-se-ia às decisões institucionalizadas. Portanto, a partir de um poder criado por via comunicativa, restará o poder administrativo aplicável.

Tem-se um modelo de autolegislação em que os destinatários são autores de seus direitos. Participação dos cidadãos no processo legislativo a partir da existência de um espaço destinado à racionalidade e, conseqüentemente, produção do melhor argumento, em que se espera liberdade e igualdade entre os participantes, com vistas ao consenso. Desta forma, os autores das normas seriam ao mesmo tempo seus destinatários.

A teoria do discurso apresenta-se como relevante às decisões do governo e administração pelo fato de lhes incorporar a racionalização discursiva por procedimento e pressupostos comunicacionais da formação democrática da opinião e da vontade. As decisões advindas do governo e da administração são legitimadas pelo processo comunicacional existente na sociedade, juntamente com a racionalidade inerente a ele, por condicionar ou permitir a possibilidade de uma formação democrática da opinião e da vontade.

O poder político (administrativo) resta legitimado pela formação democrática da opinião e vontade *a priori*, condicionada em determinado sentido, a partir do seu direcionamento pela opinião pública, ora transformada em poder comunicativo segundo procedimentos democráticos.

Um ponto crucial para o entendimento da teoria do discurso de Habermas é a compreensão e interpretação que ele dá ao direito. O direito, dotado de positividade e coercitividade, enquanto asseguradora de liberdades, deve permear as vontades individuais, tanto no sentido de consecução de um bem comum quanto pela restrição a determinadas ações, advindas do Estado e demais cidadãos. Considera-se a existência de leis coercivas e leis de liberdade.

Habermas (2002, p. 289) entende que o direito presta-se a “defender equitativamente a autonomia de todos envolvidos e atingidos”, em que a sua legitimidade advém do assegurar liberdades. Compreende-se, ainda, que as ordens jurídicas modernas consubstanciam-se em direitos subjetivos que tendem a desobrigar o direito de mandamentos morais. Assim, permite-se o que não seja explicitamente proibido.

O direito, juntamente com a obrigatoriedade das normas jurídicas, condiciona não somente o processo de formação de opinião e vontade, mas também, aquelas decisões coletivamente vinculativas, advindas de instâncias que aplicam e estabelecem o direito. Assim, a obrigatoriedade remonta aos autores e destinatários do direito e normas jurídicas.

Outro ponto que Habermas pretende estabelecer na relação/conexão entre as concepções republicana e liberal está no que denomina por autonomias pública e privada, a extrair a essência de cada uma das visões.

Em relação ao republicanismo, como visto anteriormente, há a preocupação com a realização do bem comum, o interesse coletivo, dentro da perspectiva da soberania popular. Dito isto, a autonomia política refere-se à auto-organização de uma dada comunidade que atribui a si mesmo suas leis, por meio da vontade soberana do povo. Ou seja, autodeterminação soberana de uma coletividade política.

Por outro lado, o liberalismo, próximo ao domínio das leis, garantido pelos direitos humanos, enxerga estes enquanto barreiras que vedariam à vontade do povo quaisquer ataques às esferas de liberdade, subjetivas e intocáveis. Uma autonomia privada em contraposição às maiorias tirânicas através, principalmente, da primazia dos direitos humanos.

Habermas (2002) entende a impossibilidade de separação das duas perspectivas e enxerga a legitimidade do direito sobre dois aspectos:

- a) princípio da soberania popular, expressado nos direitos à comunicação e participação dos cidadãos que assegurem a sua autonomia pública.
- b) domínio das leis garantido pelos direitos humanos, como garantidor da autonomia privada dos membros da sociedade civil, a partir da instituição de direitos fundamentais clássicos.

Desta forma, a teoria do discurso tenta criar um caminho a partir dos direitos fundamentais enquanto provocadores da autonomia privada dos cidadãos, vista como meio para institucionalização jurídica das condições, sob as quais eles podem fazer uso de sua

autonomia pública ao desempenharem o papel de cidadãos do Estado (HABERMAS, 2002, p. 293). Há de se considerar uma pressuposição mútua entre autonomia pública e autonomia privada.

Portanto, com o estabelecimento de direitos subjetivos (e abertura de reivindicações jurídicas), surge o princípio discursivo a partir da possibilidade de comunicação com a consequente institucionalização de direitos políticos, desencadeando, assim, um código jurídico. Certo é que “não há direito algum sem a autonomia privada de pessoas do direito” (HABERMAS, 2002, p. 293).

Daí se extrair a coesão interna do direito, um ciclo em constante funcionamento entre autonomia pública e privada, portanto, entre Estado de direito e democracia. A existência da autonomia pública pressupõe suficiente independência dos cidadãos (autonomia privada), e a autonomia privada, enquanto regulamentação, coexiste a partir do uso adequado da autonomia pública/política.

Como visto anteriormente, a racionalidade deve estar constantemente presente no processo comunicacional sob risco de sua não validade e legitimação.

Há que se reconhecer que as sociedades estão envoltas em um pluralismo social e de visões do mundo. Dentro deste cenário, o direito deve surgir advindo de um processo suficientemente democrático. Desta forma, esse processo democrático deve ser concretizado por procedimentos discursivamente embasados, sob o risco de enfraquecimento, ou mesmo, sua não concretude.

O processo democrático está consubstanciado em uma racionalidade ancorada em um processo comunicativo, em que os seus participantes utilizam de discursos racionais, dentro de uma visão procedimentalista com vistas à formação da opinião e vontade, como legitimadores da criação do direito.

Portanto, a comunicação (e o processo comunicativo), encontra-se no meio de uma relação entre os direitos humanos e a soberania popular, em que a institucionalização jurídica de práticas civis do uso público das liberdades comunicativas é cumprida por meio dos direitos humanos.

Em suma, o direito alcança sua legitimidade a partir da participação e formação democrática da vontade e da opinião sob um viés comunicativo e ativo, relacionado com o modelo político representativo.

2.2.7 Para além da interpretação judicial: ampliação do rol de intérpretes da Constituição e abertura da interpretação constitucional

O que por muitas vezes foi abordado no presente trabalho é a ideia de a judicialização da política estar ancorada, dentre outros motivos, na disposição de a interpretação constitucional (última palavra no sentido da Constituição) pertencer ao Judiciário, especialmente Supremas Cortes. Através desse princípio, poderia o Judiciário exercer a sua atividade de controle aos atos emanados pelos demais poderes do Estado.

Entretanto, essa não é uma elaboração teórica unânime entre autores como Peter Habermas e Mark Tushnet, conforme apresentado em momento anterior, breve e concisamente, apenas como meio de inserção no contexto apresentado.

Habermas (1997, p. 13) propõe uma análise da interpretação constitucional para além de seus objetivos e tarefas, e métodos (regras de interpretação), comumente realizados. Pretende estender os participantes da interpretação, por entender se tratar de uma sociedade fechada, cuja necessidade é ser pluralizada, em que merece o devido destaque a expansão para outros atores que não somente os juízes e atores jurídicos “vinculados às corporações”.

A sua questão central é que deve haver transformação de uma sociedade fechada dos intérpretes da Constituição para uma interpretação constitucional pela e para uma sociedade aberta. Para tanto propõe a tese de impossibilidade em se definir o número de intérpretes, uma vez que todos aqueles atores sociais pertencentes à sociedade estão potencialmente vinculados ao processo de interpretação constitucional. Desta forma, “os critérios de interpretação constitucional há de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade” (1997, p. 13).

Nas suas proposições, o conceito de interpretação está diretamente vinculado à participação dos atores sociais em todo o processo, uma vez que “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos co-interpretá-la” (p. 13), em que o processo interpretacionista refere-se à atividade consciente e intencional direcionada à compreensão e explicação do sentido de uma norma, enquanto texto normativo.

Haberle (1997) entende que os atores sociais, cidadãos, grupos, opinião pública *etc.*, são claramente aptos a exercer e predizer o sentido que tem determinada Constituição, daí representarem forças produtivas de interpretação.

A questão é que, em que pese a última palavra pertencer à jurisdição constitucional, os atores exercem um relevante papel sobre o sentido constitucional, mesmo que na condição de pré-intérpretes, estando tal ideia vinculada e influenciada diretamente por uma teoria democrática, a partir do momento em que se assume existir uma democratização da interpretação constitucional. Para ele, “é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas” (p.14).

Portanto, a ideia central da obra do referido autor é que, a partir da vivência por algum ator social em contextos regulados por normas, está ele vinculado à interpretação dessa norma, pelo fato de que, ao ser destinatário dela, pode ser enxergado sob a condição de participante ativo do processo hermenêutico, em que, retira-se, por conseguinte, o monopólio em relação ao processo interpretativo dos intérpretes jurídicos.

O que se pode inferir do sistema constitucional é que, ao levar determinada demanda e reivindicação de direitos ao julgamento de um Tribunal Constitucional, o ator social está a exercer a sua condição de intérprete da Constituição, por expor, através de suas “falas” processuais, justamente o sentido que entende estar contido no texto normativo. Por isso, não se pode tratar o juiz como único intérprete, justamente pela necessidade nele colocada de ao menos levar a questão ao debate, dentro do próprio processo judicial, em que serão levados em conta princípios constitucionais, como contraditório, ampla defesa, dentre outros.

Interpretação constitucional não advém necessariamente das vias estatais, mas pode ser desenvolvida por inúmeros outros atores, como grupos sociais, cidadãos, opinião pública, doutrina constitucional, associações, ou seja, “forças da comunidade política”. Sendo assim, “a interpretação constitucional é, todavia, uma “atividade” que, potencialmente, diz respeito a todos” (p. 24).

Não se pode considerar o juiz, tomador de decisão dentro de um processo judicial, completamente livre e independente para julgar como bem decidir. Há de se considerar as influências a que está submetido, sendo que, tais influências podem ser vistas como legitimadoras da atuação dos demais intérpretes da Constituição, não jurídicos, que podem, inclusive, evitar o livre arbítrio da interpretação judicial, ao se pensar que “a possibilidade e a

realidade de uma livre discussão do indivíduo e de grupos “sobre” e “sob” as normas constitucionais e os efeitos pluralistas sobre elas emprestam à atividade de interpretação um caráter multifacetado” (HABERLE, 1997, p. 39-40).

Desta forma, o processo interpretativo deve ser visto sob a perspectiva democrática. Afinal, “democracia desenvolve-se mediante a controvérsia sobre alternativas, sobre possibilidades e sobre necessidades da realidade e também o “concerto” científico sobre questões constitucionais (...)” (HABERLE, 1997, p. 36). Ou seja, ele é intensificado pelos conflitos existentes entre atores, sejam eles vinculados à atividade estatal ou não, em que os mais variados entendimentos são levados à tomada de decisão do órgão judicial, que, por outro lado, não está completamente desvinculado e independente dos demais atores e interpretações.

A legitimidade do povo reside justamente na defesa e conquista de direitos fundamentais através do processo interpretativo constitucional, cuja essência é dar sentido ao texto normativo constante da Constituição, sabidamente a cumprir dois requisitos: disposição de direitos e garantias fundamentais e restrição ao poder político, a fim de evitar abusos e excessos.

Em sentido semelhante ao apresentado por Haberle, Tushnet (1999) desenvolve uma teoria consubstanciada na distribuição ampla da responsabilidade sobre a lei constitucional. Trata-se de uma teoria populista¹⁹ da lei constitucional, em que a interpretação constitucional feita pelas cortes não tem um peso normativo especial tão somente pelo fato de ter sido ali realizada.

O autor constroi o argumento de que os legisladores prestaram juramento de respeito à Constituição, e o que dela se pode extrair, e não à Suprema Corte. Para isso, afirma que o que a Constituição significa, ou representa, e o que dela constante, não é necessariamente o que a Suprema Corte afirma ser.

Reconhece se tratar de uma questão complicada de ser demonstrada, a começar pela tensão existente a partir de uma forte tradição de *judicial review* (refere-se ao modelo adotado pelos Estados Unidos da América). Então, Tushnet alude à supremacia judicial, enquanto exclusividade dos juízes na interpretação, entendimento e aplicação da Constituição.

¹⁹ Salienta-se que o termo populista aqui referido aproxima-se de algo que se define como popular, e não é o mesmo da teoria política latino-americana a tratar de populismo.

Distingue, inicialmente, a lei constitucional populista, ampliadora no rol de intérpretes constitucionais, da elitista, em que a atividade interpretativa é realizada somente pelas cortes e magistrados.

O próprio formalismo no qual está inserido o Judiciário corrobora para o seu caráter elitista, mantendo os demais atores políticos e população distantes da Constituição. Atualmente, a diretriz formalista considera apenas textos e propósitos, mas não consequências ou realidades práticas. Argumenta-se que os demais atores não seriam aptos a aplicar as regras e procedimentos que os juízes aplicam, fato este que coloca a prevalência do Judiciário quanto aos demais poderes no que tange à interpretação e aplicação da Constituição, baseada tão somente no tecnicismo.

No sentido acima, Hirschl (2004, p. 170) entende que “o empoderamento judicial através da constitucionalização e a correspondente transferência da tomada de decisão do Legislativo e Executivo para as cortes talvez se torne um atrativo para as elites que desfrutam de melhor acesso e influência nas cortes”.

Além disso, pode-se dizer que nas cortes não há a devida, e suficiente, deliberação sobre as matérias, de forma que as decisões tornam-se estritamente personalistas, de acordo com o entendimento individual do magistrado, nem sempre baseado na prudência. Por outro lado, nas casas legislativas existem exaustivos debates e arquiteturas políticas, sendo que as votações se dão nas duas casas, com sucessiva sanção presidencial. Observa-se que se utiliza da deliberação como meio para se obter um determinado resultado final. Portanto, há que se pensar na séria deliberação existente sobre as benesses à população.

A lei constitucional populista não determina o rumo das políticas controversas ou dita muito sobre políticas públicas. Ao contrário, nos orienta em como pensar sobre e discutir para onde nosso país deve ir. Para ele, o constitucionalismo populista acredita que o povo como um todo deveria (deve) participar da elaboração (modelagem) da lei constitucional mais aberta e diretamente.

A aplicação da teoria se dá através da diferenciação entre Constituição “fina” - pensada como garantidora das garantias fundamentais da igualdade, liberdade de expressão e liberdade - e Constituição “espessa” - contém um tanto de previsões detalhadas a descrever como o governo há de ser organizado.

É através da Constituição “fina” que a lei constitucional populista pode ser factível, uma vez que, por estabelecer apenas determinadas garantias fundamentais, poderá ser interpretada de uma forma mais ampla, por vários atores políticos, enquanto que o entendimento da Constituição “espessa” se dará basicamente pela Suprema Corte.

A Constituição “fina” é mais bem conduzida pelo povo, através dos locais ordinários para a discussão política. Discussões entre as pessoas, não são discussões pelas pessoas sozinhas. Políticas não podem ocorrer sem políticos, e líderes políticos têm um importante papel no desenvolvimento da lei constitucional populista. A importância dos políticos está em conduzir as discussões. Ainda, a Constituição “fina” permite possíveis alterações, a partir da constante mutabilidade da realidade social e cenário político.

Assim, no momento, a Constituição é o que a Suprema Corte diz ser. A posição desenvolvida por Tushnet faria da Constituição o que a maioria no Congresso dissesse ser e, para isso, em uma tentativa de diminuir, ou mesmo superar, a inconsistência ou incapacidade do Congresso quanto às questões constitucionais, sugere o autor a existência de um órgão específico, dentro da instituição, para tratar da constitucionalidade das propostas (pode-se assemelhar tal ideia às Comissões de Constituição e Justiça, desde que utilizadas para fins meramente técnicos e não exclusivamente políticos).

Defende-se a ideia de construção do discurso constitucional, inserido no povo a partir de determinados líderes políticos e, assim, a ampliação no entendimento dos valores constitucionais seria uma das formas de se prescindir da atuação das cortes, uma vez que o ponto central seria a Constituição. Dissipação da Constituição fina junto à população, como um papel ativo de construção dos direitos constitucionais.

2.2.8 Posição adotada quanto ao ativismo judicial e à judicialização da política

Não há dúvida que a questão do Judiciário, e, conseqüentemente, da judicialização da política e do ativismo judicial, é um problema tanto para o Direito Constitucional contemporâneo quanto para a Ciência Política, justamente pelos efeitos e nuances envoltas às decisões judiciais.

Como visto no presente trabalho, os mais variados autores tratam de forma dispare, e até ambígua, ativismo judicial e judicialização da política. Se por um lado opera-se com os termos como se fossem sinônimos, por outro pondera-se que diferenças existem.

Em algumas tentativas de diferenciar os termos, prossegue-se na ambiguidade, como em Barroso (2009), ao afirmar que judicialização e ativismo são primos, com uma identidade genética, provenientes de uma mesma família.

Entretanto, ativismo e judicialização possuem singularidades que não permitem similaridade genética. Reconhece-se a imbricação, mas sem a necessária conexão, uma vez que pode haver a ocorrência de um sem necessariamente o outro estar presente, senão vejamos.

Importante dizer que tanto a judicialização da política quanto o ativismo judicial só tem sentido se houver uma Constituição normativa e o devido controle de constitucionalidade, daí porque não se falar em judicialização para antes da Constituição Federal de 1988.

Judicialização da política advém de questões sociais e políticas, em que o Judiciário não possui o devido controle sobre elas, até por se tratar de um problema envolto à sociedade, ao vislumbrar no Judiciário um poder menos suscetível à corrupção e ao jogo político.

Desta forma, decorre de fatores que são próprios da atividade política, e, como visto, da expansão do texto constitucional através, principalmente, da positivação de mais direitos. Quanto mais direitos positivados, maiores as possibilidades de ingresso de demandas. A questão não depende de ação do Judiciário, já que tratam-se de ações em que, necessariamente, terá que responder, portanto, sem a possibilidade de controle.

Já o ativismo é inerente, e está inserido, à atividade do Judiciário. Trata-se de um problema de interpretação (hermenêutica) do direito constitucional, especificamente em relação ao texto da Constituição. Interpretação esta que a Corte dá ao caso específico. Portanto, atividade iminente interpretativa, problema hermenêutico, em que prevalecerá a posição subjetiva do magistrado, a partir de seus entendimentos pessoais.

O ativismo judicial está diretamente ligado ao desejo/vontade do órgão jurisdicional de transformar a sociedade, seja dentro de uma perspectiva a visar benefícios ou malefícios, quando do extrapolamento das atribuições, prerrogativas e competência a ele destinados.

Como exemplo do acima exposto, em muitas vezes o magistrado decide por adotar uma visão mais progressista, de modificação no entendimento sobre questões de alto custo

político e que, referem-se, principalmente, às minorias sociológicas, dentro de uma perspectiva de ações afirmativas. Ao mesmo tempo que se pode decidir pela manutenção do *status quo* e, desta forma, continuar com o entendimento até então vigente. No presente trabalho foram citadas algumas decisões, especialmente do Supremo, no sentido de conferir direitos a algumas parcelas da sociedade até então desamparadas.

Não há como afirmar com veemência que o Brasil atual trata-se de um Estado judicializado, como demonstrou Castro (1997) à sua época, em que há a predominância da judicialização frente aos meios e instrumentos legislativos. Muitas questões são levadas ao Judiciário por se enxergar nele uma instituição de satisfação dos interesses, sob um viés individual ou coletivo, ao mesmo tempo em que decisões sobre temas relevantes e importantes para a sociedade são tomadas nos poderes representativos.

Não há como se medir o que é um Estado judicializado e o que não é, justamente por não se tratar de um critério estritamente objetivo, tampouco se o Judiciário é amplamente ativista ou não, já que em momentos são adotadas estratégias hermenêuticas, de cunho subjetivo do magistrado, e em outros vale-se da auto contenção judicial.

Deve-se atentar para, e o presente trabalho o faz em certa medida, o problema e desgaste criado entre os poderes a partir do momento em que se envolve, através, principalmente, do ativismo judicial, criação de direito pelo Judiciário, realizado com discricionariedade dentro de uma ideia distorcida sobre a interpretação ser ato de vontade, o que afeta diretamente a relação entre os poderes. Daí surgem espasmos de reação do Legislativo, em uma tentativa de controle político do Judiciário, a partir, por exemplo, da PEC nº 33/2011. O que se pode dizer é que, talvez, seria ela uma forma de corrigir o ativismo judicial, já que as decisões dos ministros estariam sujeitas ao crivo do Congresso Nacional, mas não para a judicialização, que independe da vontade dos membros do Judiciário.

3 ANÁLISE SOBRE O PROCESSO LEGISLATIVO CONSTITUCIONAL E A PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 33/2011

3.1 PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 33/2011

3.1.1 Procedimento

Antes de entrar especificamente nas nuances da PEC nº 33/2011, importante um esclarecimento sobre o procedimento de produção de uma emenda constitucional. Insta mencionar que o Brasil tem uma Constituição classificada como rígida, uma vez que exige um processo legislativo especial. Tal rigidez visa dar maior estabilidade ao texto constitucional, enquanto Carta superior no ordenamento jurídico, dotada de supremacia frente às demais normas jurídicas. Desta forma, a emenda constitucional necessita de um processo legislativo mais laborioso que o das demais leis.

Nos termos do artigo 60 da Constituição Federal, a emenda constitucional prevê as seguintes fases:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

(...)

§ 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Portanto, dotada de três fases, iniciativa, constitutiva e complementar, a proposta de emenda à Constituição pressupõe uma primeira²⁰ Casa, aquela que apresenta a PEC e a segunda Casa, à qual será submetida a PEC após a votação na primeira Casa.

²⁰ Conforme excertos de Alexandrino e Vicente(2014), ao contrário do processo legislativo ordinário, nas emendas à Constituição não há que se falar em Casa iniciadora e Casa revisora, pelo simples fato de a segunda Casa não revisar, necessariamente, o texto da primeira, inclusive, não detendo liberdade para determinar o texto final do dispositivo, uma vez que, caso haja a realização de alterações significativas, o texto retornará à primeira Casa.

A fase de iniciativa é composta pela apresentação da PEC pela primeira Casa, na PEC nº 33/2011, Câmara dos Deputados, de forma que, após a apresentação, a PEC seguirá para a Mesa da Casa (no caso, Mesa da Câmara dos Deputados).

Em momento posterior, a Mesa da Casa envia à Comissão de Constituição e Justiça para que esta faça um juízo de admissibilidade e constitucionalidade da proposta. Uma vez aprovada, a PEC seguirá para uma comissão especial (antes de ser arquivada, a PEC nº 33/2011 encontrava-se nesta fase).

Essa comissão especial, de caráter temporário, elaborará um parecer sobre a PEC, sendo que, após esse momento, será encaminhada ao plenário da Câmara dos Deputados para que haja a votação em dois turnos, com quórum especial de três quintos dos parlamentares para sua aprovação.

Aprovada na primeira Casa, seguirá para a segunda Casa (no caso, o Senado Federal), que receberá a proposta através de sua Mesa, que a encaminhará à CCJ da Casa, para que também realize um juízo de admissibilidade. Posteriormente, será submetida ao plenário para votação, seguindo o mesmo procedimento e quórum da primeira Casa, três quintos em dois turnos.

Por último, em caso de aprovação nas duas Casas pelos respectivos três quintos em dois turnos, há a promulgação da nova emenda constitucional pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o número de ordem específico. Cumpre destacar que, em caso de rejeição da PEC, ela só poderá ser reproposta na próxima sessão legislativa.

3.1.2 Aspectos técnicos e alterações propostas

Em que pese o presente trabalho não ser, em essência, jurídico, importante relatar os aspectos técnicos presentes na Proposta de Emenda à Constituição nº 33/2011 para que se possa melhor compreender o objeto em estudo.

A PEC nº 33/2011 foi apresentada pelo deputado federal Nazareno Fonteles (PT/PI) em maio de 2011 com a seguinte 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.

Insta destacar que a PEC nº 33/2011 foi proposta vinte dias após o julgamento pelo Supremo da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 132, recebida como ação direta de inconstitucionalidade, em que se conferiu ao artigo 1.723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição e, assim, reconheceu-se à união entre pessoas do mesmo sexo os direitos e regras adotados para as uniões heteroafetivas.

3.1.2.1 Modificação na atual regra da quantidade de votos necessários nos tribunais para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público

Atualmente²¹ é requerida a maioria absoluta (atualmente, seis dos onze ministros do STF) dos membros ou dos membros do respectivo órgão especial de determinado Tribunal para que se possa declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público.

Com a PEC nº 33/11, o seu proponente deseja alterar essa quantidade necessária para quatro quintos (pela atual composição, necessitar-se-iam de nove votos), ou seja, trata-se de uma tentativa de dificultar que os tribunais declarem leis ou atos normativos inconstitucionais, a intentar uma menor intervenção do Judiciário no processo legislativo.

Resta claro que o quórum exigido pela PEC é praticamente insustentável, pela inviabilidade prática nas decisões do Supremo.. Requer-se-ia quase a unanimidade²² nos julgamentos de (in)constitucionalidade, atribuição originária do Judiciário, em que, no caso dos seis votos atualmente exigidos no Supremo Tribunal Federal, seriam necessários nove, quase a totalidade dos onze ministros.

²¹ Art. 97, CF/88: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”. Esta disposição é definida pela doutrina como Cláusula de Reserva de Plenário.

²² Ou nas palavras do parlamentar Nazareno Fonteles: “Terá de haver nítida e clara homogeneidade no entendimento da Suprema Corte”.

Portanto, o que se pode perceber é que o Congresso Nacional tem por intenção reduzir as atribuições do Judiciário, a dificultar, inclusive, a sua atuação, como forma de dirimir as possibilidades de declaração de inconstitucionalidade pelo Judiciário, evitando, assim, o desgaste existente quando alguma lei, ou ato normativo, é declarada inconstitucional.

Para melhor elucidar a alteração proposta, apresenta-se a seguir dados sobre as ADI's julgadas (JULG.) procedentes de 2011 até o momento, com o resultado final (VENC. = Votos vencidos; AUSEN. = Ausentes) e o quórum (Unan. = Unanimidade; Maior. = Maioria) da votação. Pretende-se analisar se haveria impacto sobre as decisões do Supremo com a publicação da PEC nº 33/2011, proposta em 25 de maio de 2011.

ADI	JULG.	QUÓRUM	VENC.	AUSEN.
197	2014	Unan.		
251	2014	Unan.		
290	2014	Unan.		
310	2014	Unan.		
318	2014	Unan.		
351	2014	Unan.		
584	2014	Unan.		
668	2014	Unan.		
773	2014	Unan.		
775	2014	Unan.		
917	2013	Maior.	1	
1158	2014	Unan.		
1333	2014	Maior.	1	
1381	2014	Unan.		
1440	2014	Maior.	1	
1499	2014	Unan.		
1509	2014	Unan.		
1776	2014	Unan.		
1798	2014	Unan.		
1807	2014	Unan.		
1808	2014	Unan.		
1856	2011	Unan.		
2012	2011	Maior.	1	
2137	2013	Maior.	2	2
2186	2014	Unan.		

ADI	JULG.	QUÓRUM	VENC.	AUSEN.
2220	2011	Unan.		
2294	2014	Unan.		
2300	2014	Unan.		
2305	2011	Unan.		
2340	2013	Maior.	1	2
2345	2013	Unan.		
2361	2014	Unan.		
2443	2014	Unan.		
2616	2014	Unan.		
2654	2014	Unan.		
2688	2011	Unan.		
2729	2013	Unan.		
2799	2014	Unan.		
2834	2014	Unan.		
2880	2014	Unan.		
2940	2014	Unan.		
2944	2011	Unan.		
2960	2013	Unan.		
3038	2014	Unan.		
3041	2011	Unan.		
3075	2014	Unan.		
3169	2014	Maior.	2	2
3176	2011	Unan.		
3193	2013	Unan.		
3200	2014	Unan.		83

ADI	JULG.	QUÓRUM	VENC.	AUSEN.
3202	2014	Unan.		
3223	2014	Unan.		
3269	2011	Unan.		
3279	2011	Unan.		
3295	2011	Unan.		
3343	2011	Maior.	1	1
3413	2011	Unan.		
3461	2014	Unan.		
3483	2014	Unan.		
3515	2011	Unan.		
3564	2014	Unan.		
3609	2014	Unan.		
3610	2011	Unan.		
3639	2013	Unan.		
3649	2014	Maior.	2	1 (suspeito)
3664	2011	Unan.		
3674	2011	Unan.		
3708	2013	Maior.	2	2
3715	2014	Unan.		
3745	2014	Unan.		
3777	2014	Unan.		
3813	2015	Unan.		
3848	2015	Unan.		
3892	2012	Maior.	1	2
3920	2015	Unan.		
3965	2012	Unan.		
4056	2012	Unan.		
4152	2011	Unan.		

ADI	JULG.	QUÓRUM	VENC.	AUSEN.
4161	2014	Unan.		
4180	2014	Unan.		
4232	2014	Unan.		
4246	2011	Unan.		
4274	2011	Unan.		
4276	2014	Maior.	1	2
4387	2014	Unan.		
4307	2013	Unan.		
4369	2014	Unan.		
4424	2012	Maior.	1	
4457	2011	Unan.		
4478	2011	Maior.	1	1
4543	2013	Unan.		
4587	2014	Unan.		
4628	2014	Unan.		
4701	2014	Unan.		
4713	2014	Unan.		
4734	2013	Maior.	1	1
4900	2015	Maior.	1	
4925	2015	Unan.		
4947	2014	Maior.	3	1
4963	2014	Maior.	3	1
4965	2014	Maior.	3	1
4992	2014	Unan.		
5020	2014	Maior.	3	1
5028	2014	Maior.	3	1
5130	2014	Maior.	3	1

O que se pode se pode verificar com os dados acima é que uma eventual mudança no quórum para declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos, em quase nada modificaria o cenário decisório no Supremo, uma vez que, em ampla maioria, as questões são decididas por unanimidade. Salvo uma ou outra decisão, todas as demais teriam o mesmo resultado caso a PEC nº 33/2011 fosse aprovada. Salienta-se que o acima inferido resume-se ao quórum para declaração de inconstitucionalidade, não afetando os demais tópicos da PEC.

3.1.2.2 Condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e demais regulamentações

Introduzida no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Emenda à Constituição nº 45/2004 (Reforma do Judiciário), a súmula vinculante tem como cerne a vinculação dos órgãos judiciais e da administração pública às decisões reiteradas do Supremo Tribunal Federal, transformadas em enunciados específicos, como forma de contraposição à morosidade da justiça brasileira.

Mais especificamente, a súmula vinculante é editada pelo Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, a partir da decisão de dois terços dos seus membros, diante de reiteradas decisões que versem sobre matéria constitucional. Com a sua publicação na imprensa oficial, a súmula terá efeito vinculante em relação aos órgãos do Judiciário, bem como aos da administração pública, em todas as esferas.²³

Ainda, qualquer ato em contraposição ao teor de determinada súmula é passível de anulação, a partir de reclamação ao próprio STF.

O que está em jogo em relação à edição de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal, é o fato de um órgão do Poder Judiciário, não eleito, como dito anteriormente, legislar sobre determinadas matérias de interesse coletivo, a gerar uma suposta violação ao princípio da separação de poderes, com a consequente concentração de poderes nas mãos de um só órgão.

Diante disso, um dos pontos da PEC nº 33/11 é justamente a alteração das regras vigentes para a edição de súmulas vinculantes. Pretende o Congresso Nacional, com a aprovação da referida PEC, aumentar o quórum necessário à criação das súmulas vinculantes de dois terços para quatro quintos dos membros do STF, bem como submeter ao próprio Congresso a sua aprovação, em que este terá o “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”.

Dois são os pontos cruciais, portanto. A elevação do quórum de aprovação da súmula para quatro quintos e o condicionamento de sua edição à aprovação do Congresso.

²³ Artigo 103-A, Constituição Federal de 1988, regulamentado pela Lei nº 11.417/2006.

3.1.2.3 Submeter ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição

A terceira e última questão a ser tratada pela PEC nº 33/11 é a necessidade de encaminhamento à aprovação do Congresso Nacional de decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal quando do julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição. Em caso de a decisão do Congresso ser contrária à proferida pelo STF, submeter-se-á a controvérsia à consulta popular.

A ação direta de inconstitucionalidade trata-se de uma ação específica de controle de constitucionalidade que tem por objetivo a declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos federais ou estaduais que contrariem a Constituição Federal de 1988, material ou formalmente

Nos termos da própria Constituição de 1988, as espécies normativas primárias são aquelas elencadas em seu artigo 59: Emendas à Constituição; leis complementares; leis ordinárias; leis delegadas; medidas provisórias; decretos legislativos e resoluções. Desta forma, as emendas constitucionais seriam passíveis de ser objeto de uma possível ação direta de inconstitucionalidade.

Divergências existem sobre a quem cabe a última palavra na interpretação da Constituição, conforme demonstrado no capítulo anterior do presente trabalho. O que se pretende é demonstrar que, em muitos casos, defende-se que o sentido da Constituição seja determinado pelo Judiciário, através de um órgão a verificar e realizar o controle de constitucionalidade de atos normativos.

Entretanto, ao se estender o raciocínio de controle sobre emendas, em um caso de decisão pela inconstitucionalidade de uma emenda à Constituição, parece-me esvaziar o debate, a partir do momento em que ao pretender modificar a Constituição vigente não faz sentido verificar a compatibilidade da proposta com a própria Constituição, já que com uma possível aprovação, tudo restaria constitucional. É de se destacar que as emendas constitucionais são espécies normativas que, uma vez aprovadas, vinculam-se ao texto

constitucional, inclusive, com o mesmo status dos outros dispositivos constitucionais, apesar de passíveis de controle de constitucionalidade.

Desta forma, pretende o Congresso, através da PEC nº 33/11, controlar as decisões proferidas nesses casos em específico, submetendo à si a decisão sobre a (in)constitucionalidade de emendas à Constituição, e, em caso de controvérsia com o que decidido no STF, realizar-se-iam consultas populares.

3.1.3 Tramitação

Necessário se faz uma breve apresentação sobre o andamento da Proposta de Emenda à Constituição nº 33/2011. A partir da apresentação da PEC pelo parlamentar Nazareno Fonteles, foi apresentado relatório pela conferência de assinaturas e posteriormente submetida e aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados.

Tem-se aqui um ponto importante a ser tratado. A análise da PEC em estudo não teria a necessária importância se se analisasse tão somente a sua apresentação, uma vez que trata-se de uma das formas de atuação elencadas aos parlamentares, mas que fica limitada à vontade, ou desejo, de somente um parlamentar, no caso, o proponente. Seria difícil compreender o fenômeno se se atesse somente ao que pretendido por aquele parlamentar em específico, por não poder enxergar ali uma reação do Congresso ao expansionismo do Judiciário.

Entretanto, a partir do momento que há a aprovação do parecer pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania modifica-se o cenário. A CCJC pode ser enxergada como uma das principais Comissões, fruto de constante embate pelos partidos e forças políticas na luta pela sua Presidência. Inclusive, há de se considerar a quantidade de deputados presentes à sessão da CCJC em que se decidiu pela admissibilidade da PEC.

A importância da CCJC em muito se deve ao alto grau de influência política dos parlamentares membros, inclusive com tempo médio de mandatos a serem considerados.

PARLAMENTAR	CÂMARA (ANOS)	SENADO (ANOS)
NAZARENO FONTELES	03/15 - 12 anos	
DÉCIO LIMA	07/atuat - 8 anos	
MAURO BENEVIDES	99/15 - 16 anos	75/83 - 87/95 - 16 anos
ALCEU MOREIRA	11/atuat - 4 anos	
ALESSANDRO MOLON	11/atuat - 4 anos	
ANDRÉ MOURA	11/atuat - 4 anos	
ANTÔNIO BULHÕES	07/atuat - 8 anos	
ARNALDO FARIA DE SÁ	87/atuat - 28 anos	
ARTHUR OLIVEIRA MAIA	11/atuat - 4 anos	
BENJAMIM MARANHÃO	03/07 - 11/atuat - 8 anos	
BETO ALBUQUERQUE	99/15 - 16 anos	
BONIFÁCIO DE ANDRADA	79/atuat - 36 anos	
BRUNA FURLAN	11/atuat - 4 anos	
CÂNDIDO VACCAREZZA	07/15 - 8 anos	
DANILO FORTE	11/atuat - 4 anos	
DELEGADO PROTÓGENES	11/15 - 4 anos	
DR. GRILO	11/15 - 4 anos	
EDSON SILVA	91/99 - 11/15 - 12 anos	
EDUARDO CUNHA	03/atuat - 12 anos	
EDUARDO SCIARRA	03/15 - 12 anos	
ESPIRIDIÃO AMIN	79/83 - 11/atuat - 8 anos	91/98 - 7 anos
FÁBIO RAMALHO	07/atuat - 8 anos	
FÁBIO TRAD	11/15 - 4 anos	
FELIPE MAIA	07/atuat - 8 anos	
FÉLIX MENDONÇA JUNIOR	11/atuat - 4 anos	
HEULER CRUVINEL	11/atuat - 4 anos	
JOÃO CAMPOS	03/atuat - 12 anos	
JOÃO PAULO CUNHA	95/14 - 19 anos	
JOÃO PAULO LIMA	11/15 - 4 anos	
JOSÉ GENOÍNO	83/03 - 07/15 - 28 anos	
JUTAHY JUNIOR	83/95 - 99/atuat - 28 anos	

PARLAMENTAR	CÂMARA (ANOS)	SENADO (ANOS)
LEONARDO GADELHA	11/15 - 4 anos	
LEONARDO PICCIANI	03/15 - 12 anos	
LUIZ COUTO	03/atual - 12 anos	
LUIZ PITIMAN	11/15 - 4 anos	
MARCELO ALMEIDA	08/15 - 7 anos	
MÁRCIO FRANÇA	11/15 - 4 anos	
MARCOS ROGÉRIO	11/atual - 4 anos	
MENDONÇA PRADO	03/15 - 12 anos	
ODAIR CUNHA	03/atual - 12 anos	
ONOFRE SANTO AGOSTINI	11/15 - 4 anos	
OSMAR SERRAGLIO	99/atual - 16 anos	
PAES LANDIM	87/atual - 28 anos	
PAULO MAGALHÃES	99/atual - 16 anos	
PAULO MALUF	83/87 - 07/atual - 12 anos	
RENATO ANDRADE	13/15 - 2 anos	
RICARDO BERZOINI	99/15 - 16 anos	
RONALDO FONSECA	11/atual - 4 anos	
SANDRA ROSADO	03/15 - 12 anos	
SERGIO ZVEITER	11/atual - 4 anos	
VALTENIR PEREIRA	07/atual - 8 anos	
VICENTE CÂNDIDO	11/atual - 4 anos	
VIEIRA DA CUNHA	07/15 - 8 anos	
VILSON COVATTI	07/15 - 8 anos	
ALBERTO FILHO	11/15 - 4 anos	
ASSIS MELO	11/15 - 4 anos	
DAVI ALVES SILVA JUNIOR	07/11 - 4 anos	
DUDIMAR PAXIUBA	11/15 - 4 anos	
EDUARDO AZEREDO	11/15 - 4 anos	03/11 - 8 anos
EFRAIM FILHO	07/atual - 8 anos	
GERALDO SIMÕES	99/00 - 07/15 - 9 anos	
GORETE PEREIRA	04/atual - 11 anos	
JOÃO DADO	01/15 - 14 anos	
LAÉRCIO OLIVEIRA	08/atual - 7 anos	
LUCIANO CASTRO	93/15 - 22 anos	
MÁRCIO MACÊDO	11/15 - 4 anos	
RICARDO TRIPOLI	07/atual - 8 anos	
SANDRO ALEX	11/atual - 4 anos	

Ao todo 67²⁴ parlamentares tiveram assinatura registrada na sessão da CCJC que aprovou a PEC. Somado o mandato de todos eles, totalizou-se o prazo médio de 9 anos (contando o mandato do propositor), excluído os anos de mandato no Senado Federal. O que se pretende dizer com isso é que são parlamentares importantes e relevantes para a política nacional, inclusive com alguns deles exercendo cargos no Executivo, enquanto governadores de estado, como Espiridião Amin, Eduardo Azeredo, Paulo Maluf.

Posteriormente, em relação à PEC, aprovou-se o parecer do relator João Campos (PSDB/GO) pela CCJC, no sentido de sua admissibilidade, com a consequente publicação.

O mais recente andamento da PEC nº 33/2011 foi o seu arquivamento em 31 de janeiro de 2015, nos termos do artigo 105, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, que prevê o que se segue:

Art. 105. Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abram crédito suplementar, com pareceres ou sem eles, salvo as:

I - com pareceres favoráveis de todas as Comissões;

II - já aprovadas em turno único, em primeiro ou segundo turno;

III - que tenham tramitado pelo Senado, ou dele originárias;

IV - de iniciativa popular;

V - de iniciativa de outro Poder ou do Procurador-Geral da República.

Parágrafo único. A proposição poderá ser desarquivada mediante requerimento do Autor, ou Autores, dentro dos primeiros cento e oitenta dias da primeira sessão legislativa ordinária da legislatura subsequente, retomando a tramitação desde o estágio em que se encontrava.

Em que pese estar se discutindo sobre a atuação do Poder Judiciário, a tramitação da PEC de estudo também foi submetida ao STF, por meio de controle judicial do processo legislativo.

²⁴ Estiveram presentes os parlamentares: Décio Lima - Presidente, Mauro Benevides - Vice-Presidente, Alceu Moreira, Alessandro Molon, Andre Moura, Antonio Bulhões, Arnaldo Faria de Sá, Arthur Oliveira Maia, Benjamin Maranhão, Beto Albuquerque, Bonifácio de Andrada, Bruna Furlan, Cândido Vaccarezza, Danilo Forte, Delegado Protógenes, Dr. Grilo, Edson Silva, Eduardo Cunha, Eduardo Sciarra, Esperidião Amin, Fábio Ramalho, Fabio Trad, Felipe Maia, Félix Mendonça Júnior, Heuler Cruvinel, João Campos, João Paulo Cunha, João Paulo Lima, José Genoíno, Jutahy Junior, Leonardo Gadelha, Leonardo Picciani, Luiz Couto, Luiz Pitiman, Marcelo Almeida, Márcio França, Marcos Rogério, Mendonça Prado, Odair Cunha, Onofre Santo Agostini, Osmar Serraglio, Paulo Magalhães, Paulo Maluf, Renato Andrade, Ricardo Berzoini, Ronaldo Fonseca, Sandra Rosado, Sergio Zveiter, Valtenir Pereira, Vicente Candido, Vieira da Cunha, Vilson Covatti, Alberto Filho, Assis Melo, Davi Alves Silva Júnior, Dudimar Paxiuba, Eduardo Azeredo, Efraim Filho, Geraldo Simões, Gorete Pereira, João Dado, Laercio Oliveira, Luciano Castro, Márcio Macêdo, Ricardo Tripoli e Sandro Alex. Apresentaram voto em separado Paes Landim e Vieira da Cunha, pela não admissibilidade da PEC. Informações disponíveis em: <http://www.camara.gov.br/internet/ordemdodia/integras/1081302.htm>. Acesso em 29 de abril de 2014.

Trata-se de uma forma de o Judiciário fiscalizar a elaboração de emendas à Constituição quando da possibilidade de lesão à ordem jurídico-constitucional. Insta mencionar que é um controle preventivo, uma vez que incidente sobre a proposta de emenda e não sobre a norma jurídica já promulgada, o que caracteriza a excepcionalidade (a regra refere-se ao controle judicial repressivo) da medida.

A manifestação do controle se dá por mandado de segurança e somente pode ser impetrado por parlamentar da Casa Legislativa em que estiver tramitando a proposta. O julgamento será realizado pelo Supremo, uma vez que a ele cabe a apreciação originária de atos advindos das Casas do Congresso Nacional.

No que tange à PEC ora estudada, primeiramente, o parlamentar Carlos Sampaio, líder do PSDB na Câmara dos Deputados, impetrou um mandado de segurança²⁵ no STF, contra a mesa da Câmara dos Deputados, com pedido de liminar, a requerer o arquivamento da PEC nº 33/11, a alegar violação de direito líquido e certo com a tramitação da proposta, a partir do momento em que se vê compelido a votar sobre um tema que abole cláusula pétrea. O pedido de liminar intentou a suspensão do trâmite da PEC e, no mérito, requereu a inconstitucionalidade na tramitação da proposta e conseqüente arquivamento definitivo.

Posteriormente, o deputado Roberto Freire também impetrou um mandado de segurança contra o presidente da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados.²⁶

Ambos os mandados de segurança estão sob a relatoria do ministro Dias Toffoli, que, em um momento inicial, indeferiu²⁷ os pedidos de liminar formulados, justificando-se na ausência de pressuposto legal, qual seja, *periculum in mora*, decidindo por aguardar o regular processamento das ações, ao argumentar que “as autoridades impetradas afirmam que foram respeitadas “todas as regras regimentais, legais e constitucionais na tramitação da proposição””.

²⁵ Mandado de Segurança 32036.

²⁶ Mandado de Segurança 32037.

²⁷ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS32036.pdf>. Acesso em 29 de abril de 2014.

3.1.4 Motivos apresentados para proposição da PEC

Conforme mencionado anteriormente, a PEC nº 33/2011 foi proposta pelo parlamentar Nazareno Fonteles (PT/PI) e o que se pretende nesta sessão é analisar os motivos por ele apresentados para a proposição da PEC e, para tanto, valer-se-à tanto da justificacão apresentada na própria Proposta quanto de entrevistas aos mais diversos meios de comunicacão.

3.1.4.1 Justificacão da PEC

O parlamentar Nazareno Fonteles assume em sua justificativa a diferença, de fato existente, entre judicializacão e ativismo. Fato é que a posicão apresentada por ele assemelha-se à aqui assumida, amplamente vista no capítulo I da presente obra, senão vejamos.

A judicializacão para o deputado Nazareno decorre de aspectos institucionais, em que cita o modelo constitucional adotado pelo Brasil, com a existência de uma Constituiçao analítica que “interfere no cotidiano das pessoas”, e reconhece ser “compreensível que as controvérsias sejam levadas ao Judiciário para a devida soluçao das questões concretas”.

O principal ponto a ser destacado na explanaçao do deputado é o fato de a judicializacão ser tratada como uma questão externa ao Judiciário, em que não depende da vontade deste para (não) existir.

Em outra vertente, o ativismo judicial apresenta-se como advindo de atos de vontade dos magistrados, portanto, referindo-se à um comportamento, uma intençao de interpretaçao constitucional pró-ativa quando das tomadas de decisao nas mais diversas lides.

Como verificado anteriormente, a distinçao está na essência de cada um dos fenômenos. Enquanto que a judicializacão deve ser analisada sob um viés político-social, com ferramentas sociológicas e políticas, de interaçao entre órgãos, instituições e poderes, e externo ao Judiciário, o ativismo há de ser enxergado sob a ótica da hermenêutica constitucional, enquanto processo interpretativo do texto da Constituiçao.

O deputado Nazareno expõe, inclusive, que o ativismo se trata de uma postura para além do que o caso concreto exige, em que o magistrado cria normas que “não passaram pelo escrutínio do legislador”. Pode-se mencionar aqui o papel de legislador positivo assumido pelos membros do Judiciário quando do julgamento dos processos judiciais, em contraposição à omissão (seja ela intencional, ou não) do Legislativo.

Não se pode deixar de mencionar o apresentado pelo parlamentar em sua justificativa ao inferir que o “ativismo judicial tem sido fomentado pelo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade (...)”.

Conforme se viu no presente trabalho, tanto a judicialização da política quanto o ativismo judicial requerem um sistema de controle de constitucionalidade e uma Constituição normativa, a judicialização dentro de uma visão institucional, de relação e freios entre os poderes, como forma de evitar os abusos cometidos a fim de se proteger a Constituição e a estabilidade política, e o ativismo enxergado como oriundo de um ato de vontade do magistrado e não dentro da dinâmica entre os poderes.

Em seguida, o parlamentar elenca exemplos para ilustrar a presença do ativismo judicial (“exacerbado”) no contexto brasileiro. Insta destacar que faz referência, essencialmente²⁸, às decisões tomadas pelo Judiciário sobre matérias eleitorais e ações afirmativas, a dar indícios de que a preocupação e incômodo maior no que se refere à atuação judicial circunda o processo eleitoral e suas nuances, como mandato parlamentar (fidelidade partidária), coligações partidárias (verticalização), redução das vagas de vereadores, com reflexo direto nas eleições *etc.*, bem como matérias em que poderiam prevalecer entendimentos pessoais, religiosos, culturais, raciais *etc.*, em que cita como exemplo as cotas raciais e a questão das células tronco.

Pode-se extrair que a insatisfação do Legislativo em relação à atuação ativista do Judiciário está, em alguma medida e não totalmente, na interferência judicial aos meandros eleitorais, que apresenta relação direta com a atuação dos deputados e suas vidas políticas. Diretamente relacionado à detenção de poder político e, porque não, econômico.

²⁸ “Por isso, o nosso Presidente Henrique Alves precisa honrar o cargo que ocupa. Renan precisa honrar o cargo que ocupa e começar a sustar as decisões inconstitucionais do Supremo. E eu listo várias: fidelidade partidária, verticalização de eleições, pesquisa com células-tronco embrionárias, aborto de anencéfalos, união homoafetiva. Querem mais? A lista é grande: cotas, *royalties* de petróleo...” (FONTELES, 2013c, p. 3).

Questiona-se a tentativa de regulamentação pela Justiça Eleitoral e pelo Supremo da administração das eleições, o que acarreta “um verdadeiro paradigma do ativismo e da insegurança jurídica”. Em essência, é uma luta²⁹ entre poderes no que se refere à competência de cada um, com percepção pelo Legislativo de uma invasão de competência legislativa realizada pelo Judiciário.

Em seguida, Nazareno reconhece a deficiência do Legislativo (“vácuo político”) em decidir muitas questões, talvez até como fruto das diversas crises de credibilidade pelas quais tem passado, mas não entende se tratar essa de uma justificativa plausível para a ocupação do cenário político e social pelo Supremo.

Menciona também as questões de cunho individual, especialmente as ações afirmativas. Neste ponto, se poderia dizer sobre a prevalência de percepções subjetivas dos parlamentares no que se refere a questões controversas e relevantes para a sociedade. Aqui se destacam as posições religiosas, raciais, culturais de cada um, que, afinal, foram eleitos por parcela da sociedade para justamente representar suas convicções e posicionamentos. Relata a falta de “legitimidade democrática” pelo fato de as matérias não terem sido submetidas à decisão do Congresso Nacional, a caracterizar o papel de legislador positivo, sem legitimidade, ressalta-se, dos membros do Judiciário.

Portanto, o ponto de tensão no debate apresentado circunda as noções de jurisdição constitucional, de um lado, e de outro, legislador.

O legislador, pautado na representatividade popular, por ter sido devidamente eleito, em que, na satisfação de sua competência e atribuições, originariamente, elaboração de leis, estará ancorado na vontade majoritária. E, o Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, apresenta déficit de representatividade³⁰, em que, quando da declaração de

²⁹ “A PEC 33, além de valorizar este Poder e não diminuir em nada o Judiciário, valoriza a soberania do povo, que pode ser chamado para dirimir conflitos entre os dois Poderes. Para que coisa mais legítima constitucionalmente? O parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal diz que *“todo o poder”* - lá não diz *“o poder”*, lá diz *“todo o poder”* - *“emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente (...)”*. Ministro do Supremo nem é povo nem é representante eleito. Não deveria ser Poder o Judiciário, mas órgão de Estado. Infelizmente, o art. 2º cria essa contradição e se refere a três Poderes, mas é algo que mais à frente esta Casa, reunida em Assembleia Constituinte, tem que corrigir. De fato, existem dois Poderes, porque são eleitos, e existe um órgão de Estado importante com o seu papel relevante, como muitos outros. A Receita Federal, a Polícia Federal, o Ministério Público, têm papel, mas não podem se considerar Poder, porque não emanam diretamente do povo, do voto popular (FONTELES, 2013d, p. 1-2).

³⁰ “É preciso, talvez, que esta Casa faça novas emendas à Constituição para corrigir rumos em relação ao Poder Judiciário, para ele ser mais democrático, para que ele funcione mais a serviço do povo. Por que digo isso? Porque, vejam bem: Ministros do Supremo só são onze; Deputados são 513, mais 81 Senadores” (FONTELES, 2011b, p. 3).

inconstitucionalidade de leis e atos normativos dos demais poderes, coloca-se como uma força contramajoritária a invalidar os atos emanados dos poderes majoritários.

Tanto é que Nazareno assume a divergência de posicionamento sobre a quem cabe a última palavra na interpretação, e entendimento, da Constituição. Para ele, deve caber ao povo, a aludir claramente à representação política e soberania popular. Para ele a proposição da PEC se dá como uma forma de “reestabelecer o equilíbrio entre os poderes (...)”.

Por ora, o que se evidencia é que a PEC, aparentemente, não fora proposta como resposta, ou mesmo retaliação, à alguma decisão específica do Supremo, mas sim como uma tentativa de disputa de competência e atribuições a envolver a relação entre os poderes do Estado, inclusive com o argumento de que as súmulas vinculantes servem dentro de um propósito legislativo, e não jurisdicional, em que

Por fim, o que temos observado a todo momento são decisões ativistas, que representam grave violação ao regime democrático e aos princípios constitucionais da soberania popular e da separação de poderes, os quais constam expressamente da Constituição Federal. Tal anomalia precisa ser corrigida por mecanismos que fomentem o diálogo institucional entre os Poderes. É, portanto, o que se propõe, sem buscar suprimir qualquer parcela, ínfima que seja, da competência dos Poderes da República (FONTELES, 2011a, p. 13).

Como pode ser visto acima, Fonteles justifica a proposição da PEC no atual desequilíbrio³¹ ³² de competência entre os poderes, em que o Judiciário tem assumido um papel e atuação a ele não inerentes, a ocasionar, assim, uma invasão sobre as atribuições dos demais poderes.

3.1.4.2 Entrevistas esparsas do propositor

³¹ “Eu quero concluir, portanto, deixando bem claro que tudo isso que aqui estou abordando busca aperfeiçoar a democracia, o equilíbrio dos Poderes, o aumento da transparência das ações dos Poderes” (FONTELES, 2011b, p. 5).

³² “(...) Emenda Constitucional no 33, que propõe maior equilíbrio entre os Poderes, quando se tratar de emenda constitucional elaborada por esta Casa. Isso visa exatamente a respeitar a soberania do povo, que está na nossa Constituição, e que nos elegeu pelo voto que nós representamos” (FONTELES, 2012, p. 1).

Fonteles (2013a) enxerga que o Judiciário invadiu³³ o terreno do Legislativo em inúmeros casos, se fazendo necessário o afastamento da “cerca”³⁴ para que ele julgue e não legisle. Para ele, a PEC “tenta normatizar a relação entre os poderes para na hora que um tenta destruir a prerrogativa do outro, isso não aconteça, para ter independência e o equilíbrio”.

Ressalta ainda que a PEC se destina ao zelo pelo Legislativo da sua função legislativa, nos termos dos artigos 49, XI e 52, X, da Constituição Federal, em que caberia ao Senado a última palavra sobre o sentido/interpretação da Constituição, mesmo após decisão advinda do Supremo.

Questiona o fato de um ministro do Supremo, não eleito, sem representatividade e vontade popular, poder decidir sobre questões tão relevantes, como a distribuição dos recursos dos *royalties* do petróleo. Explica que, diante da impossibilidade de o Judiciário legislar, ele tem se valido de decisões judiciais para determinar o sentido da legislação brasileira, usurpando o poder inerente ao Legislativo.

Em outra entrevista sobre o tema ora em estudo, Fonteles (2013b) ratifica toda a sua posição, ao mencionar que a PEC busca manter o equilíbrio entre os poderes, em que o Supremo tem invadido a competência do Legislativo e, exemplifica novamente com a decisão sobre a distribuição dos *royalties* do petróleo, em que, mesmo debatida e decidida no Congresso, o Supremo “derrota” a decisão de duas Casas Legislativas, na condição de representantes do povo.

O propositor defende a harmonia entre os poderes e a violação de cláusula pétrea quando o Supremo tenta suspender, por exemplo, a tramitação da própria PEC, nos termos do artigo 2º, de independência e harmonia entre os poderes, bem como artigo 1º, em que dispõe-se que o poder emana do povo. Menciona sobre a constitucionalidade da PEC, argumentando que caso não fosse, não teria passado na Comissão de Constituição e Justiça, destinada justamente à verificação de compatibilidade entre o texto da proposta e a Constituição vigente.

³³ “Aqui está claro que nem o Supremo Tribunal Federal nem qualquer outro órgão do Judiciário deste País podem se sobrepor a este Poder, porque essa é a lei maior que emana do povo. É preciso que esse Poder vizinho, esse Poder nomeado, respeito o povo, e ele está desrespeitando” (FONTELES, 2013c, p. 3).

³⁴ Fonteles inicia sua explanação estabelecendo uma comparação entre a relação do Legislativo com o Judiciário com dois vizinhos, em que um deles, quando da ausência do outro por viagem, levanta um muro sem sua anuência. Para ele é o que atualmente acontece, de o Judiciário invadir o espaço devidamente destinado ao Legislativo.

Referente também à necessidade de aprovação da PEC para conter os abusos do Judiciário, especialmente do Supremo, no tocante à edição de súmulas vinculantes, quando, por exemplo, não se cumpre o requisito de decisões reiteradas sobre determinada questão para que venha a se tornar vinculante. Cita, inclusive, conforme o próprio texto da justificção, diálogos entre os ministros do Supremo quando da tomada de algumas decisões a questionarem justamente a edição de súmulas a partir de um único caso.

Fonteles cita a exacerbação do Judiciário ao decidir sobre Emenda Constitucional, a caracterizar um quadro de desmoralização da democracia e do voto, diante de uma clara violação pelos magistrados de preceitos básicos e fundamentais do Estado.

Destaca ainda que a proposição de sua PEC ateu-se ao que já elencado acima, descartando³⁵ a hipótese de tê-la proposto em resposta à alguma decisão tomada pelo Judiciário, seja penal, eleitoral *etc.* Esclarece que a proposição se deu após seminário³⁶ realizado na CCJ, com a participação de vários juristas e doutrinadores, não podendo se falar em retaliação ao Supremo.

Nazareno Fonteles (2012) assume a separação de poderes efetiva apenas constitucionalmente, já na prática reconhece que há interferência do Judiciário, não eleito, sobre o papel precípua do Legislativo. Entende que há um excesso sobre as súmulas vinculantes desde o seu surgimento em 2004, uma vez que resta ao Judiciário legislar, função esta originária do Legislativo.

³⁵ Tal fato pode ser questionado, apesar da dificuldade em saber, de fato, quais foram os motivos para a proposição da PEC, por envolver aspectos meramente subjetivos, pela proximidade da proposição com a decisão do Supremo sobre a união estável homoafetiva. Pertencente à bancada religiosa da Câmara, Fonteles em alguns momentos cita a referida decisão a fim de criticá-la, como se pode ver no discurso que segue: “O que não pode é o Judiciário arvorar-se, de maneira arbitrária, antidemocrática, e legislar como tem feito. Na decisão, por exemplo, sobre a união homoafetiva, ele legislou ou não legislou? Quem for ler alguns dos votos... Eu li o voto do Ministro Lewandowski, em que ele faz questão de resgatar os diálogos da Constituinte e reconhece que nem o Constituinte admitia aquela interpretação. Então, eles ousaram em funcionar como poder constituinte. O Judiciário agiu como poder constituinte, deu um golpe na Constituição, está dando um golpe na democracia, e esta Casa está de joelhos” (FONTELES, 2011b, p. 2). Em outro discurso: “E sem entrar no mérito, no caso, por exemplo, da união homoafetiva, independente de quem é a favor ou contra, a nossa Constituição, a dita Constituinte de 1987/1988, definiu de maneira diferente. Cabe a esta Casa reformar, e não o Poder nomeado por uma única pessoa, como é o caso do Supremo, interpretar e agir como Constituinte, tentando nos substituir (FONTELES, 2012, p. 1).

³⁶ “Para você que está nos vendo ou ouvindo possa compreender a nossa proposta, esclareço, antes de tudo, que a Proposta de Emenda à Constituição no 33, de 2011, precisamente de maio de 2011, foi elaborada com a ajuda da Consultoria desta Casa, após seminário que contou com participação do Ministro da Justiça; do Presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros, Nelson Calandra; do representante da Câmara dos Deputados no Conselho Nacional do Ministério Público, o DD. Prof. Luiz Moreira, que tem doutorado em Direito Constitucional e que continua como conselheiro, porque nós o reelegemos; de representantes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (FONTELES, 2013c, p. 1).

Fala ainda de “golpe na Constituição”, através de “fraudes interpretativas”, inclusive com a utilização de “mutação constitucional”, a caracterizar, nas palavras do parlamentar, o Supremo, e, conseqüentemente, o Judiciário, como poder constituinte. Ressalta a necessidade de respeito à soberania popular e, assim, ao Legislativo, colocando-se a “figura do povo em evidência”, em contraposição, então, à tomada de decisão pelo Supremo de questões que deveriam ser decididas nas Casas Legislativas.

Conforme os excertos citados, a pretensão do parlamentar foi restabelecer o equilíbrio entres os poderes, uma vez que, para ele, a partir do momento em que o Judiciário legisla, a harmonia está seriamente comprometida. Claramente, ele assume uma posição de separação rígida entre as atribuições e funções de cada um dos poderes, em que o Legislativo, legisla, o Judiciário, julga e o Executivo, executa.

A proposição circunda a ausência de legitimidade do Supremo para decidir determinadas questões, dentro da dicotomia entre soberania popular e jurisdição constitucional. Trata-se de uma luta incessante por espaço e poder no cenário político nacional, sendo inadmissível uma possível “perda” de espaço do Legislativo.

Para Nazareno, há uma invasão pelo Judiciário³⁷, quando da tomada de decisão, no espaço destinado ao Legislativo, como se a cada um coubesse determinada função, refutando, assim, a ideia de poderes interligados, a visar a construção de um Estado democrático e soberano.

O principal ponto a ser extraído refere-se às constantes menções ao teor das decisões, e não ao fato de elas chegarem no Judiciário. Constata-se a insatisfação do parlamentar com o que chamamos no presente trabalho de ativismo judicial, enquanto magistrados a decidirem de maneira ativa, dentro de uma ideia de comportamento e subjetividades.

Não raro o parlamentar menciona os resultados das ações e o que porventura ocasionaram, mas pouco se refere ao ingressar com determinadas causas no Judiciário. O que se pode empreender, ainda que vagamente, é que o incômodo maior, e, provavelmente, o que ocasionou a proposição da PEC, está envolto ao ativismo judicial, e não à judicialização da política, conforme salientado em alguns pontos da proposição.

³⁷ O parlamentar refere-se a uma “invasão sistemática das funções legislativas pelo Poder Judiciário”, ao entender, inclusive, que “mais do que nunca nós estamos vendo agora, nos últimos exemplos de atuação do Supremo, que esta Casa tem sido humilhada” (FONTELES, 2011a, p. 11)

3.1.5 Motivos para aprovação na CCJ e demais debates

3.1.5.1 Parecer do relator

Conforme esclarecido anteriormente, após a proposição pelo parlamentar Nazareno Fonteles, a PEC nº33/2011 foi submetida em junho de 2011 à Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados para que pudesse ter admitida sua constitucionalidade ou não.

Posteriormente, designou-se o deputado Espiridião Amin (PP/SC) como relator da PEC, de forma que seu entendimento foi por sua admissibilidade. Entretanto, houve substituição da relatoria³⁸, após concordância do deputado Espiridião, como fica claro no esclarecimento³⁹ ocorrido em reunião ordinária da CCJC da Câmara dos Deputados, de 08 de maio de 2013.

³⁸ Importante relatar o próprio depoimento do deputado Espiridião Amin, para o qual: “Fui substituído depois de apresentar um parecer que contrariava os propósitos dos autores da PEC”. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=KTYIreOkYLS>. Acesso em 27 de janeiro de 2015.

³⁹ Cito breve trecho da reunião, apenas para melhor elucidar a questão: “O SR. DEPUTADO RICARDO BERZOINI - Para ficar clara a questão que ontem foi tratada aqui, sobre a tramitação da PEC no 33. Ontem ficou, para alguns Parlamentares e para alguns assistentes, inclusive jornalistas, a falsa impressão de que a Presidência desta Comissão — no caso, este Parlamentar que foi Presidente da Comissão em 2012 — teria destituído o Deputado Esperidião Amin da Relatoria. Evidentemente, quem conhece o Regimento sabe que eu não posso destituir ninguém da Relatoria, a não ser que fira o próprio Regimento. E, como não tinha uma memória precisa dos fatos, eu me socorri do Deputado Nazareno Fonteles e do próprio Deputado Esperidião Amin para resgatar a verdade. Ou seja, não houve em nenhum momento destituição. O que houve foi uma conversa do Deputado Nazareno Fonteles comigo, na qual informou que o Deputado Esperidião Amin concordava, ou seja, assentia na substituição da Relatoria, por não concordar com a mudança de parecer que o Deputado Fonteles, evidentemente, como autor da PEC, gostaria que ocorresse. Então, quero deixar claro, em nome da minha amizade e pelo apreço que tenho pela biografia do Deputado Esperidião Amim, em nome da responsabilidade que esta Comissão tem perante a Casa e perante a sociedade brasileira, que não houve nenhuma irregularidade, nenhuma manobra, nenhum tipo de esperteza no procedimento da direção desta Comissão. E o Deputado Esperidião Amim, por telefone, ontem, e hoje, pessoalmente, reafirmou esta verdade — não é uma versão, é uma verdade — que ocorreu em relação à tramitação da PEC 33. Quero reafirmar que nós não temos aqui na Comissão nenhum tipo de constrangimento em relação ao processo de tramitação dessa matéria. Evidentemente, quanto ao mérito, é certo que há muita polêmica. Quanto à admissibilidade mesmo, posteriormente à deliberação, surgiram polêmicas. O que nós não podemos, de maneira alguma, admitir é que haja qualquer tipo de versão sobre manobras, sobre qualquer tipo de falso procedimento, em contradição com o Regimento, na tramitação e nas decisões administrativas desta Comissão. Muito obrigado, Sr. Presidente. O SR. PRESIDENTE (Deputado Décio Lima) - Com a palavra o Deputado Esperidião Amin. O SR. DEPUTADO ESPERIDIÃO AMIN - Eu só quero assinalar, concordando com as palavras do Deputado Ricardo Berzoini, que eu apresentei a V.Exa. um ofício em que eu relato esses fatos. E, confiando no seu acolhimento, peço apenas que, uma vez acolhido, V.Exa. distribua cópias para os membros da Comissão — uma vez acolhido — e, por gentileza, complemente a sua informação ao Ministro Dias Toffoli, encaminhando-lhe cópia do meu parecer. Muito obrigado”.

Efetuada a substituição da relatoria do deputado Espiridião Amin pelo deputado João Campos (PSDB/GO), apresentou este o seu relatório pela admissibilidade da PEC, uma vez que entendeu pelo preenchimento dos requisitos formais e materiais, sem nenhuma afronta às cláusulas pétreas dispostas na Constituição Federal.

Importante destacar a posição do relator João Campos ao entender em seu relatório, também, que há um protagonismo judicial recente, bem como ativismo judicial exacerbado, sendo que a PEC poderia ser útil no sentido de valorização das funções do Legislativo, enquanto “titular soberano da função de legislar”.

3.1.5.2 Votos em separado

Após a realização de inúmeras sessões deliberativas ordinárias na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados sem a deliberação da PEC nº 33/2011, em 27 de março de 2013 foi concedida vista conjunta aos parlamentares Alessandro Molon, Arthur Oliveira Maia, Marcelo Almeida, Paes Landim, Ricardo Berzoini e Vieira da Cunha.

Mais algumas sessões sem deliberação e, em 04 e 09 de abril de 2013, apresentaram, respectivamente, votos em separado os parlamentares Paes Landim (PTB/PI) e Vieira da Cunha (PDT/RS).

Ambos votaram pela inadmissibilidade da PEC, argumentando, essencialmente, que ela afronta o princípio da separação de poderes, tratando-se, portanto, de matéria claramente inconstitucional.

Manifestam-se pela necessidade de respeito à competência, atribuições e funções das instituições e dos poderes, sob o risco de se ferir a independência e harmonia existente entre eles.

Outro ponto a ser salientado é a defesa que Paes Landim faz em seu voto em separado do ativismo judicial⁴⁰, por entender se tratar de um mecanismo eficiente na consecução e defesa dos direitos e garantias das minorias, que recorrem ao Judiciário quando da ineficiência e omissão dos poderes majoritários. Paes Landim ressalta que o “comportamento mais atuante” dos magistrados (dentro de uma noção apresentada no presente trabalho de ativismo judicial) decorre da judicialização das relações sociais, que tem como causas questões institucionais, em que cita a redemocratização do país, o fortalecimento do Ministério Público e uma Constituição analítica.

3.1.5.3 Aprovação da matéria na CCJC

Um dos motivadores de maior polêmica em relação à PEC nº 33/2011, mais do que a própria proposição, se deu com a forma com que a matéria foi aprovada na Comissão de Constituição e Justiça, uma vez que a sua votação se deu em aproximadamente 2 minutos. Questiona-se se questão de tamanho interesse e profundidade não mereceria um maior trato e deliberação por parte dos parlamentares envolvidos e presentes à sessão.

Fica claro na fala de alguns parlamentares, conforme se verificará em momento posterior, que a votação se deu de maneira simbólica, sem a presença de boa parte dos deputados signatários da sessão do dia.

Quando da realização das entrevistas pelo discente na Câmara dos Deputados, constatou-se se tratar de prática corriqueira o mero registro de presença pelos parlamentares nas sessões e posterior retirada das Comissões. Conforme relatos⁴¹, foi exatamente o que aconteceu àquela sessão que aprovou o parecer do relator.

⁴⁰ “Quanto ao chamado “ativismo judiciário”, há que se refletir se queremos juízes que se eximam de suas responsabilidades na concretização dos direitos fundamentais e sociais. Evidentemente que o self restraint é inadequado para as necessidades atuais da sociedade brasileira, principalmente diante de omissões inconstitucionais e da declaração de inconstitucionalidade de leis. Não há democracia sem a garantia dos direitos das minorias e a tutela da igualdade”.

⁴¹ Cita-se, por ora, o depoimento do deputado Jutahy Junior (PSDB/BA): “Votou quando ninguém sabia que estava se votando essa matéria, em um momento que praticamente não tinha deputados presentes. Foi uma esperteza com objetivos políticos de atender o interesse daqueles que se sentem prejudicados”. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=KTYIreQkYLS>. Acesso em 27 de janeiro de 2015. Também nesse sentido Paes Landim (PTB/PI, 2013).

De qualquer forma, o parecer do relator João Campos foi aprovado na sessão deliberativa ordinária⁴² de 24 de abril de 2013. Pela polêmica causada, importante descrever o (não) debate naquela ocasião:

Inversão solicitada pelo eminente Deputado Nazareno Fonteles. Item 13. Proposta de Emenda à Constituição no 33/11, do Sr. Nazareno Fonteles, que altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para a 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. A proposta tem parecer do eminente Deputado João Campos pela admissibilidade. Já foi concedida vista e há votos em separado. Em discussão o parecer do Deputado João Campos. Com a palavra o Deputado Onofre Santo Agostini. O SR. DEPUTADO ONOFRE SANTO AGOSTINI - Sr. Presidente, como vamos votar apenas a admissibilidade, não vejo razão para discutir a matéria. Sou favorável à PEC. O SR. PRESIDENTE (Deputado Décio Lima) - Continua em discussão o parecer. Com a palavra o Deputado José Genoíno. O SR. DEPUTADO JOSÉ GENOÍNO - Sr. Presidente, já expressei que sou favorável à PEC, e é bom votarmos logo a sua admissibilidade. O SR. PRESIDENTE (Deputado Décio Lima) - Obrigado. Continua em discussão. Não havendo mais quem queria discuti-lo, em votação o parecer do eminente Deputado João Campos. Os Srs. Deputados que forem favoráveis permaneçam como se encontram. (Pausa.) Aprovado.

Tamanha foi a discórdia sobre o tema, que o parlamentar Marcos Rogério (PDT/RO) solicitou⁴³ a anulação da sessão que aprovou o parecer do relator, bem como de todos os atos posteriores à substituição da relatoria de Espiridião Amin por João Campos, por entender ele se tratar de ato nulo de pleno direito, por não constar das hipóteses possíveis contidas no Regimento Interno, da mesma forma que não houve manifestação de renúncia por parte de Espiridião Amin.

⁴² Registraram presença os deputados titulares da CCJC: Décio Lima - Presidente, Mauro Benevides - Vice-Presidente, Alceu Moreira, Alessandro Molon, Andre Moura, Antonio Bulhões, Arnaldo Faria de Sá, Arthur Oliveira Maia, Benjamin Maranhão, Beto Albuquerque, Bonifácio de Andrada, Bruna Furlan, Cândido Vaccarezza, Danilo Forte, Delegado Protógenes, Dr. Grilo, Edson Silva, Eduardo Cunha, Eduardo Sciarra, Esperidião Amin, Fábio Ramalho, Fabio Trad, Felipe Maia, Félix Mendonça Júnior, Heuler Cruvinel, João Campos, João Paulo Cunha, João Paulo Lima, José Genoíno, Jutahy Junior, Leonardo Gadelha, Leonardo Picciani, Luiz Couto, Luiz Pitiman, Marcelo Almeida, Márcio França, Marcos Rogério, Mendonça Prado, Odair Cunha, Onofre Santo Agostini, Osmar Serraglio, Paulo Magalhães, Paulo Maluf, Renato Andrade, Ricardo Berzoini, Ronaldo Fonseca, Sandra Rosado, Sergio Zveiter, Valtênir Pereira, Vicente Candido, Vieira da Cunha, Vilson Covatti, Alberto Filho, Assis Melo, Davi Alves Silva Júnior, Dudimar Paxiuba, Eduardo Azeredo, Efraim Filho, Geraldo Simões, Gorete Pereira, João Dado, Laercio Oliveira, Luciano Castro, Márcio Macêdo, Ricardo Tripoli e Sandro Alex.

⁴³ “Solicito a Vossa Excelência que, ao conhecer da presente Reclamação, declare nula a designação do DD. Deputado João Campos para relatar a PEC nº 33 e, por conseguinte, como não escrito todos os atos posteriores praticados até a presente data, devolvendo a proposição à fase de tramitação válida, qual seja, a apresentação do parecer do Deputado Esperidião Amin para ser devidamente discutido e votado na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados”.

Certo é que à Reclamação foi negado provimento, justificando-se no fato de ela não ter sido apresentada em tempo hábil, qual seja, em momento imediatamente após a designação do relator João Campos.

3.1.5.4 Debates parlamentares

Dentro de todo o debate instaurado sobre a PEC em estudo, um primeiro aspecto deve ser salientado. Muitos foram os parlamentares que, em discurso, e também nas entrevistas realizadas, ressaltaram a proposição da PEC e consequente aprovação na CCJC como uma atividade, uma possibilidade, de discussão sobre a temática, mesmo que ela não viesse a ser aprovada.

Para muitos deles⁴⁴, o mero fato de se poder debater sobre tão importante temática, e que tem envolvido todos os poderes do Estado, com uma possível “crise” entre eles, já é de todo relevante para a política nacional e estabilidade do regime democrático. Neste sentido, começo por citar o parlamentar Amauri Teixeira (PT/BA) (2013), para o qual o Legislativo não pode se esconder, eximir de decidir suas questões, tampouco se intimidar e deixar de discutir. Entende se tratar a PEC de uma forma de se questionar as decisões tomadas pelo Supremo, fazendo referência, especialmente, àquelas monocráticas do ministro Gilmar Mendes a interferir sobre o processo legislativo. Corrobora tal ideia o parlamentar Fernando Ferro (PT/PE, 2013a) para o qual há clara intromissão do Supremo nas atividades legislativas.

Há ainda aqueles⁴⁵ que se colocaram fervorosamente contra a proposição da PEC, inclusive salientando se tratar de uma forma de o povo, já incrédulo, passar a acreditar e confiar cada vez menos no Congresso. Sobre isso, o deputado Carlos Sampaio (PSDB/SP) (2013) classificou como “vergonha” a tramitação no Congresso de matérias como a PEC nº 33/2011, e a de nº 37/2011.

⁴⁴ Izalci (PSDB/DF, 2013);

⁴⁵ Carlos Sampaio (PSDB/SP, 2013); Jutahy Junior (PSDB/BA, 2013); Marcus Pestana (PSDB/MG, 2013); Paes Landim (PTB/PI, 2013); Ronaldo Caiado (DEM/GO, 2013);

Em contraposição à exposição acima, aqueles⁴⁶ que se colocam a favor do trâmite e aprovação da PEC, por nela visualizarem uma forma de reestabelecer o equilíbrio entre os poderes, recentemente desequilibrado pela ação do Judiciário, e que nada mais justo do que permitir o debate sobre a questão e efetivar a representatividade popular, ao designar, ou deixar, ao Legislativo a última palavra sobre determinados assuntos da sociedade, em que se questiona, inclusive, o quórum reduzido para as decisões no Supremo se comparado ao necessário para aprovação de uma PEC no Congresso.

Outros, como o deputado Chico Alencar (PSOL/RJ, 2013) entendem se tratar de uma mera disputa⁴⁷ de poderes entre os representantes de cada um dos poderes, que nada afeta a estabilidade das relações. Pautam-se⁴⁸ em uma postura crítica tanto em relação às decisões arbitrárias do Supremo, como a de suspender o processo legislativo de uma PEC tomada por Gilmar Mendes, quanto à proposição pelo Nazareno, em uma tentativa de suprimir, ou regulamentar, atribuições do Supremo. Saliencia o parlamentar, inclusive, que a proposição da PEC se deveu à decisão sobre células tronco e anencéfalos.

3.1.6 Entrevistas realizadas pelo discente

3.1.6.1 Explicações iniciais

Nas sessões anteriores, procurou-se apresentar o debate realizado ao longo das sessões da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados no que tange à Proposta de Emenda à Constituição nº 33/2011, bem como algumas entrevistas esparsas nos mais diversos meios de comunicação.

⁴⁶ Fernando Ferro (PT/PE, 2013b); Jesus Rodrigues (PT/PI, 2013); João Campos (PSDB/GO, 2013); Ricardo Berzoini (PT/SP, 2013); Ronaldo Nogueira (PTB/RS, 2013); Sibá Machado (PT/AC, 2013).

⁴⁷ “Ao nosso ver, a tal "crise entre Poderes" não passa de uma esgrima com espadas de plástico, nada letais, de "admissibilidade de um projeto em Comissão do Legislativo" *versus* "liminar de um Ministro contra tramitação de matéria em outro Poder””.

⁴⁸ Aqui também se insere o entendimento do deputado Inocêncio Oliveira (Bloco/PR/PE, 2013).

Entretanto, desde o início, quando da projeção do presente trabalho, julgou-se que tais informações e dados seriam insuficientes para um melhor entendimento da temática proposta, em que, desta forma, buscou-se realizar entrevistas *in loco* com alguns dos parlamentares das sessões e dos debates. Entretanto, necessário foi o cumprimento de alguns requisitos burocráticos impostos, a seguir explanados.

Pelo fato de o trabalho envolver pesquisa com seres humanos, algumas diretrizes e normas tiveram de ser cumpridas, especialmente aquelas advindas da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP). Em razão disso, obrigatoriamente, deveria passar pelo crivo e aprovação do Comitê de Ética em Pesquisa da Universidade Federal de Goiás, para que pudesse ser avaliado o cumprimento das exigências éticas preconizadas pela Resolução 196/96.

Foram apresentados alguns documentos, após longo preenchimento de dados na Plataforma Brasil, dentre eles projeto de pesquisa, folha de rosto com inúmeras informações, termo de consentimento livre e esclarecido, além de outras declarações. Insta mencionar que todo o processo, registrado sob o nº 35794114.1.0000.5083, desde a submissão dos documentos, até sua aprovação, durou aproximadamente 70 (setenta) dias, fato este que não inviabilizou, mas dificultou, a realização das entrevistas com os parlamentares, uma vez que a qualificação do presente trabalho se deu no mês de julho de 2013 e contado o prazo requisitado pelo Comitê de Ética, houve coincidência com a realização das eleições, que, como sabemos, impossibilita, ou ao menos, dificulta, qualquer trabalho a ser realizado na Câmara dos Deputados.

Ainda, houve o cumprimento dos requisitos da *Resolução CNS n.º 466/12*, e suas complementares, como pesquisador responsável, em que comprometi-me a utilizar os materiais e os dados coletados exclusivamente para os fins previstos no protocolo da pesquisa e, ainda, a publicar os resultados, sejam eles favoráveis ou não, aceitando as responsabilidades pela condução científica do projeto, considerando a relevância social da pesquisa, o que garante a igual consideração de todos os interesses envolvidos.

Como requisito fundamental para apresentação ao Comitê de Ética, e como forma de melhor direcionar as entrevistas realizou-se um roteiro de perguntas. Importante mencionar que se trata de um roteiro para uma melhor condução da entrevista, não havendo,

necessariamente, o cumprimento de todas as perguntas, tampouco o respeito à ordem apresentada.

Certo é que a primeira pergunta, de cunho generalista, visou o entendimento e percepção dos parlamentares sobre a PEC e se, de fato, lembravam-se de seu conteúdo, uma vez que a entrevista foi realizada mais de um ano após a fatídica sessão na CCJC e serviu até como uma forma de melhor conduzir as questões vindouras.

Posteriormente, pretendeu-se saber se o voto dado pelo parlamentar referia-se à uma posição individual ou se se tratava de orientação partidária. Antecipa-se que todos os entrevistados posicionaram-se individualmente, e não de acordo com a posição do seu respectivo partido.

Em seguida, buscou-se verificar o que de fato influenciou, ou mesmo foi determinante, para a admissibilidade da PEC na CCJC, se foi por alguma questão pontual, específica, ou por um conjunto de fatores, dentro de um plano mais amplo e complexo.

O que se pretendia, e ainda se pretende, era tentar verificar uma possível influência dos fenômenos conhecidos como judicialização da política e ativismo judicial para a proposição da PEC e subsequente aprovação na CCJC. Desta forma, quando da questão sobre o que havia influenciado o trâmite da PEC, se fez introduzir os termos acima mencionados, com a pergunta seguinte a questionar o entendimento e conhecimento dos parlamentares sobre os fenômenos, e, se de fato, a judicialização foi um ponto relevante para todo o contexto estudado.

Passado este momento, em que houve uma melhor compreensão sobre o cenário e sobre o que os entrevistados entendiam por judicialização e ativismo, questionou-se o que eles achavam dos fenômenos para o cenário político nacional, bem como o que enxergavam na atual relação entre o Judiciário e o Legislativo. Importante destacar que esta última questão em muito foi útil ao pesquisador, uma vez que alguns parlamentares não se recordavam do conteúdo da PEC e foi a partir desta pergunta, mais abstrata, que se conseguiu extrair algo.

Já partindo para o fim, quis a pesquisa levantar se havia alguma decisão em específico tomada pelo Supremo que fora determinante, ou mesmo motivo, para a proposição e aprovação da admissibilidade da PEC, uma vez que muito se ventilou tratar-se de uma retaliação do Legislativo à decisão sobre a união estável homoafetiva, justamente por esta ter sido tomada 20 dias antes do início da PEC.

Pelo caráter polêmico da PEC, importante saber como os parlamentares enxergavam o seu trâmite a partir dali, já com uma pergunta seguinte de cunho contingente, ou seja, após a inserção dos termos judicialização e ativismo na entrevista, verificar e comparar a resposta aqui produzida com a inicial. E, por fim, perceber, levantar e analisar, através de uma questão, se o fato comumente conhecido como Mensalão, Ação Penal 470, influenciou na proposição da PEC, uma vez que o seu proponente pertence ao Partido dos Trabalhadores, maior envolvido com o escândalo supra citado.

Desta forma, o discente dirigiu-se à Brasília por um período de duas semanas, a fim de coletar o máximo de entrevistas possíveis, com a lista inicial⁴⁹ de possíveis entrevistados coincidente com aqueles presentes à sessão da CCJC que aprovou a admissibilidade da PEC nº 33/2011 e foram obtidos os resultados que seguem abaixo.

3.1.6.2 Conteúdo e análise das entrevistas

Pelo que se tinha como hipótese e objetivos para o presente trabalho, a primeira entrevista já apresentou uma ampliação na forma com que o trâmite da PEC nº 33/2011 deveria ser vislumbrado.

A ideia inicial era de uma possível insatisfação da Câmara, ou de alguns setores e partidos, às várias causas judicializadas e decididas pelo Supremo, a diminuir, portanto, o leque de resultados obtidos através da via legislativa. E a aprovação da admissibilidade na CCJC se dava como um prosseguimento dessa vontade.

O primeiro relato veio a confirmar essa ideia, uma vez que o parlamentar Onofre Santo Agostini (PSD/SC) posicionou-se contrariamente ao Judiciário “interferir” nas

⁴⁹ Décio Lima, Mauro Benevides, Alceu Moreira, Alessandro Molon, Andre Moura, Antonio Bulhões, Arnaldo Faria de Sá, Arthur Oliveira Maia, Benjamin Maranhão, Beto Albuquerque, Bonifácio de Andrada, Bruna Furlan, Cândido Vaccarezza, Danilo Forte, Delegado Protógenes, Dr. Grilo, Edson Silva, Eduardo Cunha, Eduardo Sciarra, Esperidião Amin, Fábio Ramalho, Fabio Trad, Felipe Maia, Félix Mendonça Júnior, Heuler Cruvinel, João Campos, João Paulo Cunha, João Paulo Lima, José Genoíno, Jutahy Junior, Leonardo Gadelha, Leonardo Picciani, Luiz Couto, Luiz Pitiman, Marcelo Almeida, Márcio França, Marcos Rogério, Mendonça Prado, Odair Cunha, Onofre Santo Agostini, Osmar Serraglio, Paulo Magalhães, Paulo Maluf, Renato Andrade, Ricardo Berzoini, Ronaldo Fonseca, Sandra Rosado, Sergio Zveiter, Valtenir Pereira, Vicente Candido, Vieira da Cunha, Wilson Covatti, Alberto Filho, Assis Melo, Davi Alves Silva Júnior, Dudimar Paxiuba, Eduardo Azeredo, Efraim Filho, Geraldo Simões, Gorete Pereira, João Dado, Laercio Oliveira, Luciano Castro, Márcio Macêdo, Ricardo Tripoli e Sandro Alex.

atividades e decisões advindas do Legislativo. Para ele, o Judiciário “tem que cuidar do problema da justiça”, em que se coloca “plenamente favorável que o Poder Judiciário cuide do problema da justiça, que ele só interfira nos outros poderes quando ele for provocado”.

Entretanto, para ele, a judicialização não foi⁵⁰ um dos motivos ensejadores da PEC. Vislumbra dificuldade⁵¹ no prosseguimento dela, mas mesmo assim votou favoravelmente à sua admissibilidade na sessão da CCJC, a justificar pela necessidade do debate⁵² em torno da relação Judiciário-Legislativo. Ou seja, não se discutiu o mérito, tampouco foi analisada pelo parlamentar a (in) constitucionalidade da proposição, tarefa esta inerente à CCJC. Aprovou-se a admissibilidade tão somente para que viesse a ser criada uma Comissão Especial e, desta forma, se discutisse seu conteúdo com todos os setores interessados da sociedade. Está claro na fala do deputado Onofre que ele, em razão da importância do tema, e diante de uma insatisfação com a atuação do Judiciário, votou favorável à sua admissibilidade.

A ideia de se justificar e compreender a aprovação na CCJC unicamente na vontade dos parlamentares em ver discutida a matéria, provocou certa ruptura para o que se imaginava estar por trás da PEC. Estranha-se o não preenchimento da função precípua da Comissão de Constituição e Justiça, qual seja, verificar a compatibilidade entre o texto da proposição com os dispositivos constantes da Constituição Federal.

A posição assumida pelo deputado Onofre foi corroborada por outros parlamentares entrevistados.

Nos termos das respostas apresentadas pelo parlamentar Leonado Picciani, a sessão da CCJC ateve-se à análise da admissibilidade da PEC, e se se tratava de texto compatível com a Constituição ou não. Quando questionado sobre o futuro trâmite da proposição, respondeu

⁵⁰ Entrevistador: . “E o senhor acha então que a judicialização da política foi essencial para a proposição dessa PEC, a partir dessas decisões que o senhor chamou de interferência?” Deputado: . “Não, te confesso que não. Eu te confesso que, vou repetir, eu votei porque eu queria que o assunto fosse discutido, só por isso”.

Analisadas as palavras do parlamentar, e o que apresentado ao longo do presente trabalho, constata-se que o que ele trata como judicialização da política, em verdade é ativismo judicial, a partir do momento em que ele cita e expõe sobre “interferências” do Judiciário no Legislativo. A forma com que o Judiciário pode interferir na atuação do Legislativo é a partir de tomadas de decisão, cuja essência está envolta à noção de ativismo judicial.

⁵¹ “Não, vejo muita dificuldade, vejo muita dificuldade para aprovar em plenário porque há muitos pontos de vista contrários a ela, mas o que é importante é que ela seja debatida. Acho de fundamental importância que se debata ela, aí está o campo para os debates, na Comissão Especial, vai se dar oportunidade para se debater, vai se marcar audiências públicas, vai se trazer as autoridades, vai se trazer os advogados, Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, vai se trazer ministros, vai se trazer toda a área para debater nesta Comissão Especial”.

⁵² Quando questionado sobre os motivos que levaram à aprovação na CCJC, o deputado proferiu os seguintes dizeres: “Debater, se não tivesse votado sua admissibilidade não havia discussão, nem você estava aqui me ouvindo. Por isso sou favorável que se debata um assunto delicadíssimo, um assunto de suma importância, que deve ser debatido”.

não acreditar em sua aprovação, justificando, entretanto, que qualquer matéria deveria ser debatida. Na resposta seguinte esclareceu que o debate é benéfico, e que a proposição da PEC estava mais no sentido de instaurar a discussão sobre os limites na atuação do Judiciário.

Também Gorete Pereira (PR/CE) ao afirmar que:

As propostas apresentadas por nós parlamentares ou pelos outros poderes merecem ser discutidas no Congresso Nacional desde que atendam aos princípios constitucionais. Portanto, a análise da PEC 33/2011 foi totalmente formal, ou seja, agora após a aprovação passamos para a fase dos debates, onde realmente vamos conhecer o mérito e discutir os impactos das mudanças para a nossa Constituição e para o futuro das relações sociais e jurídicas.

Em partes nesse sentido, e contrariamente ao que extraído da entrevista do deputado Onofre, Leonardo Gadelha relata justamente o que se deve esperar da CCJC, e o porquê de ter votado favoravelmente:

Olha, como nós estamos falando apenas de admissibilidade, a gente tem que se ater ao fato de se aquela matéria fere ou não a Constituição e se ela tem vícios de redação. A Comissão de Constituição e Justiça e redação tem essas duas funções precípuas, verificar se está ferindo a Constituição e, portanto, não merece nem tramitar no âmbito do Congresso Nacional ou se ela tem alguma problema de redação. Como nenhuma desses dois vícios foi encontrado, não há nenhuma razão para que ela não siga.

A primeira justificativa à PEC, para além daquela exposta pelo seu proponente, se deu, portanto, na linha de instauração do debate na sociedade. Entretanto, não foi ela que preponderou nas respostas dos parlamentares, mas sim a de reação às ingerências do Judiciário, especialmente Supremo Tribunal Federal.

Neste sentido, Espiridião Amin ressalta que a PEC advém da irritação⁵³, de uma “insurgência da Casa, diante do fato de o Supremo legislar, aliás, o Judiciário legislar, pois incluiu aí o TSE também”, apesar de não enxergar na judicialização da política uma das possíveis causas para o seu andamento.

Corroborando o posicionamento acima Leonardo Picciani ao inferir que “a razão que leva a aprovação da PEC são, a meu ver, espasmos de reação frente a perda de prerrogativas do Congresso Nacional”. Posiciona-se contrariamente ao movimento recente em que o Judiciário

⁵³ Irritação essa compartilhada por muitos parlamentares, dentre eles Bonifácio de Andrada (PSDB/MG), para o qual: “Agora, o Supremo Tribunal Federal começar a influir, e os tribunais de um modo geral, começarem a influir, na vida política, sobretudo na área eleitoral, na área eleitoral, a justiça eleitoral no Brasil, ela realmente invade a área política de uma maneira muito grande”.

assume para si uma posição extremamente ativista (no sentido de ativismo judicial, ressalta-se), e adentra em matérias que originariamente deveriam ser discutidas e decididas pelo Congresso Nacional. Para ele, essa assunção do Judiciário ocasiona “espasmos de reação” do Legislativo, numa clara tentativa de conter os avanços judiciais sobre a política nacional, como forma de retomar as suas atribuições e prerrogativas.

Fábio Trad (PMDB/MS) também vislumbra reação do Legislativo, por meio da proposição da PEC, ao protagonismo judicial e ao ativismo judicial⁵⁴, enquanto decisões do Legislativo revogadas pelo Judiciário, ao que João Paulo Lima (PT/PE) classifica como extrapolamento dos limites do Judiciário, com ingerência direta no Executivo e Legislativo, a ocasionar, naturalmente, uma “sobreposição do Judiciário sobre o Legislativo”. Extrapolamento este, segundo João Paulo Lima, que motivou a proposição e aprovação da admissibilidade da PEC⁵⁵, além da própria judicialização da política⁵⁶, conforme resposta dada.

Neste ponto, importante a inserção da teoria apresentada por Octavio Amorim Neto e Paulo Tafner ao questionarem se a utilização de Medidas Provisórias (MP’s) significa abdicação ou não de suas prerrogativas pelo Legislativo em favor do Executivo, com a devida adaptação, ou prolongamento, à relação Legislativo-Judiciário.

Para tanto, mencionam três principais linhas de análise:

1. O uso de MP’s representaria “usurpação dos poderes do Congresso pelo Executivo”;

2. Apesar da omissão do Legislativo no tocante à elevada taxa de emissão de MP’s, não há que se falar em “intenção deliberada do Executivo de emascular o Legislativo”, mas seria, sim, uma (tentativa de) correção da inércia legislativa.

⁵⁴ Importante destacar o entendimento do parlamentar sobre ativismo judicial, uma vez que compartilhado pelo presente trabalho: “Ativismo judicial seria uma atuação mais, digamos, proativa dos julgadores, no sentido de chamar a si a responsabilidade de declarar inconstitucionais algumas normas editadas pelo Poder Legislativo. O ativismo judicial por si só, não é nocivo. Ele é, de certa forma, uma disposição ativa do Poder Judiciário que, embora agindo apenas quando provocado, precisa em determinadas hipóteses assumir a responsabilidade de tutelar liberdades públicas e emitir decisões que podem, em tese, ferir suscetibilidades do Poder Legislativo”.

⁵⁵ “Eu acho que é pela extrapolação do Judiciário em relação às suas atribuições constitucionais, por uma lacuna do próprio Executivo. Mas eu acho que isso não dá o direito de o Judiciário extrapolar os limites”.

⁵⁶ Destaca-se que judicialização da política para o deputado é o mesmo que apresentado neste trabalho, enquanto que o recorrer ao Judiciário.

3. As MP's, dentro da teoria apresentada por Limongi e Figueiredo, seriam um instrumento de controle da agenda legislativa, sem significar, entretanto, governar contra a maioria parlamentar.

O que se pode empreender do acima apresentado é que não há consenso sobre a atuação do Executivo quando da emissão de MP's, uma vez que há divergência, principalmente, quanto a vontade de (não) interferir/usurpar as prerrogativas legislativas.

Outro aspecto importante pode se dar também quando analisada a própria vontade do Legislativo, que em muitos casos vai se valer da “delegação” ao Executivo como “ação estratégica”, diante, principalmente, de questões com alto custo político.

Ainda, dentro de uma ideia de mecanismo de monitoramento entre os poderes (Legislativo e Executivo nos termos apresentados por Amorim Neto e Tafner), enquanto técnica de superação das perdas por agenciamento⁵⁷, surge a figura dos “alarmes de incêndio”, em que o Congresso busca saber junto às partes possivelmente afetadas por uma MP se se trata de ação mais desfavorável do que o *status quo*. Tal iniciativa parlamentar justifica-se por ser um mecanismo “eficiente e de baixo custo”, especialmente se se considerar o despreparo do Congresso em “avaliar o impacto de decisões governamentais” (AMORIM NETO;TAFNER, 2002).

Em relação aos “alarmes de incêndio”, os autores ponderam que: trata-se de um mecanismo eficaz e barato de monitoramento dos atos do Executivo, racionalmente utilizado por um Congresso desaparelhado tecnicamente. Sendo assim, é plausível afirmar que o Congresso brasileiro tem como saber se uma MP é melhor do que o *status quo*.

O que se pretende com a utilização da teoria acima apresentada é realizar uma projeção espelhada do artigo de Amorim Neto e Tafner com a relação Legislativo-Judiciário, objeto do presente trabalho.

O cerne da relação Legislativo-Judiciário em muito se assemelha ao apresentado pelos autores quando da análise das MP's e de um cenário existente entre Executivo e Legislativo. É certo que as cada vez mais constantes decisões judiciais sobre assuntos essencialmente políticos têm desagradado à parcela do Congresso Nacional, fato este que, para alguns, enseja uma “crise” e conflitos entre os poderes. As decisões do Judiciário, em especial do Supremo,

⁵⁷ Trata-se do modelo mandante-agente (*principal-agent model*) em que dentro do processo de delegação, utiliza-se de um instrumento para melhor compreensão de questões que envolvem controle hierárquico em situações de conflito de interesses e assimetria de informações (Amorim Neto e Tafner, 2002).

têm prevalecido às do Legislativo, dentro de um arranjo institucional em que a Suprema Corte figura como “guardiã” e detentora da última palavra sobre o sentido da Constituição.

Desta forma, como apresentado no primeiro capítulo, existem entendimentos no sentido de usurpação das prerrogativas e competência do Legislativo pelo Judiciário quando há a revogação de atos emanados daquele poder, assim como nas tomadas de decisões judiciais por omissão legislativa.

Se, por um lado, diante da não decisão legislativa, os magistrados posicionam-se através de decisões que podem ser vislumbradas como expressão da vontade dos magistrados (ativismo judicial) em sobrepor-se ao Legislativo e, assim, satisfazerem os interesses e direitos em questão, por outro lado, as decisões judiciais podem ser enxergadas como mero cumprimento do que disposto no ordenamento jurídico no sentido de que não pode o magistrado se eximir de decidir, sem, entretanto, se valer de um ânimo “usurpador” para a tomada de decisão.

Estendendo o entendimento de Limongi e Figueiredo, conforme apresentado por Amorim Neto e Tafner, o controle judicial exercido sobre os atos emanados do Legislativo é instrumento de verificação da agenda legislativa, sem, contudo, representar um cenário de superação da maioria parlamentar.

E, diante da necessidade de o Legislativo retomar suas prerrogativas, ou ao menos o espaço a si destinado no ordenamento jurídico, vale-se de instrumentos e mecanismos de monitoramento (“alarmes de incêndio”) em relação às decisões advindas do Judiciário, dentre eles a proposição e subsequente aprovação na CCJC da PEC em estudo.

Sob esta lógica pode-se afirmar que uma das causas por trás de todo o processo legislativo da PEC nº 33/2011 encontra-se justamente na relação e disputas de poder e espaço entre os poderes, em que cada um deseja para si o maior número de atribuições e funções a fim de maior participação sobre o processo decisório, e, conseqüentemente maior espaço e visibilidade diante da sociedade civil, o que, claramente, vem a ensejar ampliação no número de eleitores de determinado candidato e/ou partido.

A PEC surgiria de reações de alguns setores da Câmara à invasão gradativa do Judiciário nas atribuições do Legislativo, em que, caberia a este retomar tais prerrogativas. Destaca-se a percepção apresentada pelo deputado Fábio Trad, para o qual “Talvez um

sentimento mais acentuado de defesa das atribuições do Poder Legislativo tenha sido a responsável pela proposição e aprovação (da PEC em estudo)”.

Para os deputados acima elencados, a PEC surge, e prossegue, como uma reação do Legislativo à expansão do Judiciário sobre a política. Reação esta vista sob um vértice mais amplo, sobre todo o contexto e cenário político, não sendo a alguma decisão em específico.

Quando da proposição da PEC, ventilou-se que ela se daria como uma resposta do deputado Nazareno à decisão do Supremo sobre algumas questões de cunho individual, como união estável homoafetiva, aborto de anencéfalos *etc.*.

Pelos parlamentares entrevistados, apenas um creditou a alguma decisão específica a proposição da PEC. Luiz Couto (PT/RO) entende que Nazareno Fonteles valeu-se de “algumas decisões que o STF tinha tomado, que ele considerava como que o Supremo estivesse invadindo a competência do Legislativo” para apresentá-la. Quando questionado sobre quais decisões, mencionou a do aborto de anencéfalos e do “contrato civil para os homoafetivos”.

Inclusive, após ser questionado sobre a influência do “Mensalão” para a PEC, argumentou que “Não, acho que não. Foi mais por algumas leituras que contrariavam posições religiosas ou políticas dos parlamentares. Não houve essa questão porque a gente verificava nas votações uma fundamentação mais política do que jurídica, tanto que após uma mudança no STF, algumas decisões foram modificadas num segundo momento, inclusive com diminuição de pena”.

Não houveram citações significativas em relação à atribuição do Supremo de processar e julgar crimes cometidos por parlamentares federais, tampouco quanto à Ação Penal 470, conhecida como “Mensalão”. Aparentemente, a condenação pelo Supremo de alguns dos parlamentares envolvidos não motivou, ou mesmo colaborou, para a proposição da PEC, em que pese o propositor pertencer ao mesmo partido que alguns dos condenados.

As referências espontâneas, ou mesmo as posições apresentadas após devida arguição, não se mostraram suficientes para inferir que o “Mensalão” deva ser considerado em uma análise mais detalhada sobre o processo legislativo da PEC. Salienta-se a subjetividade nas respostas dadas, em que se reconhece algum grau de não verdades nas palavras dos parlamentares. Entretanto, por constituir material de análise, e neste caso, um dos poucos, se não o único, relevante a utilização das entrevistas realizadas.

Os posicionamentos sobre o foro privilegiado foram nos mais diversos sentidos, em que alguns colocaram-se a favor, outros contra, com a corroboração em muitas vezes do que disposto na Constituição, não se podendo concluir nada se analisadas as divergências existentes.

Ainda, há a corroboração por parte de determinados deputados quanto a posição de alguns autores apresentados ao longo do presente trabalho, ao entenderem que o Judiciário se expande diante de uma omissão ou incapacidade do Legislativo em atender às exigências e satisfazer direitos da população.

Reconhece-se também no meio político a existência de um vácuo deixado pelo Legislativo no tocante a determinados temas, por vezes com alto custo político. Ressalta-se que não se pode enxergar na ausência legislativa mera inércia. Em muitos casos trata-se de uma inação proposital por parte dos parlamentares, justamente por não desejarem tratar de um tema específico, a fim de evitar eventuais desgastes políticos.

Interessante a posição do deputado Marcos Rogério, para o qual:

Nós temos três Poderes independentes, harmônicos entre si, e que deve cada um exercer o seu papel de forma que a sociedade seja beneficiada disso. Mas eu acho que o Judiciário nesse aspecto da questão de alguns temas que são temas polêmicos, o Judiciário tem se antecipado ao Legislativo, ou, muitas das vezes ao argumento de que o Legislativo é omissor naquele tema, o Judiciário então legisla, decide positivamente. Isso é um erro, salvo o melhor juízo, é a minha opinião, eu acho que é um erro. E outra, o Legislativo não legisla só quando ele faz uma lei, ou quando ele aprova uma lei. Não aprovar um ato de determinada matéria, também é ato de legislação. Quando o Legislativo não avança pra aprovar, por exemplo, o aborto, o Legislativo está deixando de aprovar o aborto, e por isso não está legislando? Não, ele está legislando, ele está dizendo em outras palavras que ele é contra o aborto. Quando o Legislativo não avança para poder mudar o conceito de família, significa que ele não está legislando? Não, significa que ele está dizendo que ele é contra esse avanço, não significa que ele é contra as pessoas, as pessoas têm o direito de fazer da sua vida o que quiser, faz parte das liberdades e das garantias individuais, direitos de personalidade, enfim. Mas traduzir em um novo conceito a questão de família não significa que o Legislativo esteja se omitindo, significa que o tema não alcançou maioria para ser aprovado no parlamento, e a democracia não é isso? Não é o respeito à vontade de uma maioria? E o parlamento é feito disso, então quando um outro Poder considera que o Legislativo não legislou, portanto se omitiu, sobre um determinado comportamento e ele faz as vezes, ele está exorbitando na sua função, porque se o Legislativo não o fez, certamente é porque no ambiente interno não há maioria capaz de estabelecer aquela norma. Isso também é uma forma de legislação, então eu tenho minhas cautelas com relação à isso, acho que o país tem que preservar essa tradição de separação de poderes sob pena da gente ofender a própria democracia e isso ultimamente tem sido alvo de bastante preocupação.

Leonardo Gadelha expôs que:

Eu acho que houve, ao longo dos últimos anos, em função de uma certa inércia por parte do Poder Legislativo, um avanço do Poder Judiciário, aquilo que alguns convencionaram chamar de ativismo judicial, que se apoderou de algumas competências que eram do Poder Legislativo. Isso, eu repito, muito em função da própria inércia do Poder Legislativo. A gente não poderia ter um vácuo legislativo. (...) Tenho conhecimento sobre os fenômenos (ativismo e judicialização), acho que eles são compreensíveis a partir do momento em que o Legislativo entrou por uma ou duas legislaturas em um ritmo muito “letárgico”. Ele se ausentava de grandes discussões nacionais, não deixou de trabalhar, essa não é a questão, muitas matérias foram aprovadas. Mas acho que os grandes temas, aqueles que mais requerem atenção por parte dos parlamentares, porque isso que é exigido da sociedade ficaram em segundo plano. O ativismo judicial surge nesse vácuo.

Corroborar a ideia acima exposta o deputado Picciani, para o qual:

(...) você tem um processo mais recente do Poder Judiciário assumindo uma posição de extremo ativismo judicial, entrando em matérias que são nitidamente de competência do Congresso Nacional e isso de um argumento que, pessoalmente, creio que seja um tanto quanto falacioso, de falar “o Judiciário tomou essa medida porque o Congresso não legislou sobre o tema”. Mas, evidente que se o Congresso pode legislar, ele também pode não legislar, a decisão pode ser de não legislar, de manter o status do ordenamento jurídico, essa pode ser uma decisão de cunho político como é próprio do Congresso Nacional.

Neste entendimento, de ascensão do Judiciário diante da inação do Legislativo, Fábio Trad menciona um “vácuo normativo na sociedade” quando da não deliberação do Legislativo, e, conseqüentemente, há a procura ao Judiciário daqueles que não tiveram seus problemas solucionados através da via legislativa.

Ainda, João Paulo Lima fala de sobreposição do Judiciário ao Legislativo, com responsabilidade da Câmara pela demora e dificuldade em se conciliar os mais diversos interesses presentes na sociedade, a gerar um espaço, uma lacuna, facilmente preenchido pelos órgãos judiciais.

Mais um ponto das entrevistas deve ser analisado com maior minúcia: a influência das decisões tomadas pelo Judiciário sobre matéria eleitoral para a indignação dos deputados.

Conforme previamente citado, Marchetti (2013) vislumbra a judicialização da política dentro de um cenário de definição das regras da competição eleitoral, em que a judicialização não está presente somente quando do resultado, mas também no exercício de atividade legiferante por parte dos magistrados nas decisões relevantes sobre o jogo político.

Através da análise do material apresentado ao longo do presente trabalho, especialmente das entrevistas realizadas com alguns deputados federais, fica nítido que o maior problema no que tange ao Judiciário, aos olhos dos parlamentares, se dá nas decisões

judiciais sobre matéria eleitoral. Sem dúvida, as maiores reivindicações do Legislativo sobre a atuação do Judiciário tratam de legislação eleitoral julgada pelos magistrados.

Ao menos nove dos parlamentares entrevistados mencionaram alguma preocupação no Judiciário interferir sobre o processo eleitoral, ao decidir questões que, originariamente, deveriam ser tratadas e decididas no próprio Legislativo, já que diretamente relacionadas às eleições.

Onofre Santo Agostini refere-se às reformas política e eleitoral que deveriam ser realizadas pelo Congresso, sem interferência judicial, para depois haver alguma discussão no Judiciário sobre.

Leonardo Gadelha quando questionado sobre matérias que haveriam de ser decididas pelo Congresso, e não pelo Supremo, cita taxativamente as referentes à legislação eleitoral. Espiridião Amin também cita a legislação eleitoral como ponto a motivar a insurgência da Câmara ao Judiciário, por meio da PEC, a condenar, inclusive, algumas decisões tomadas pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Para Bonifácio de Andrada: “o Supremo Tribunal Federal começa a influir, e os tribunais de um modo geral, começaram a influírem, na vida política, sobretudo na área eleitoral (...) realmente invade a área política de uma maneira muito grande”.

Certo é que a visão acima exposta é corroborada por muitos outros parlamentares⁵⁸. Extrai-se disso que uma das maiores preocupações, se não a maior, dos parlamentares federais reside justamente no fato de o Judiciário, especialmente Supremo Tribunal Federal, tratar de questões que influenciam diretamente o processo eleitoral, processe este ao qual os políticos estão diretamente envolvidos e dependem para a própria manutenção no jogo político.

Concebem como inadmissível tamanha interferência judicial sobre temas que definem a competição eleitoral, cuja essência é a política e o poder, em que os conceitos estão, para os deputados, vinculados ao Legislativo, não se tratando, portanto, de atribuição judicial.

Pode-se dizer, assim, que a fonte de maior inconformismo por parte do Legislativo está nas decisões de cunho eleitoral tomadas pelo Judiciário, fato este que pode ter sido um dos motivos à aprovação da admissibilidade da PEC nº 33/2011 na CCJC.

⁵⁸ Leonardo Picciani cita a questão eleitoral, através da fidelidade partidária, ficha limpa, dentre outras decisões tomadas pelo Supremo sobre legislação eleitoral: “Então, creio que esses temas sempre são muito sensíveis, a relação entre os poderes, acho que pro bem da relação o Judiciário deveria ter muito cuidado na condução desses temas, porque é um Poder não eleito ditando regras de eleição, um Poder eleito com voto popular sempre é mais complexo”.

Alguns outros aspectos merecem um destaque final. À exceção de Leonado Picciani, que se orientou pelo partido, todos⁵⁹ os demais entrevistados votaram de acordo com suas concepções pessoais, ou seja, individualmente.

Além disso, todos colocaram-se como incrédulos na aprovação da PEC, alguns salientando a dificuldade no prosseguimento legislativo, outro pelo arquivamento, e outros, mais taxativos, acreditam que ela, em hipótese alguma, será aprovada.

⁵⁹ Pela longevidade da proposição da PEC (quase quatro anos) e aprovação da admissibilidade da CCJC (quase dois anos), destaca-se que alguns dos parlamentares entrevistados não se recordam do seu conteúdo, e, por esta razão, não puderam opinar sobre. Em relação a estes, procurou-se ao longo da entrevista extrair os seus entendimentos sobre judicialização da política e ativismo judicial, além das suas percepções sobre a atual relação entre Judiciário e Legislativo, para que não houvesse perda do material e da oportunidade na entrevista.

4 CONCLUSÃO

A ideia que se tinha para quando da elaboração do projeto é que a judicialização, enquanto o acionamento dos tribunais numa tentativa de resolução de conflitos e satisfação de direitos, foi o principal fator para a proposição da PEC e subsequente trâmite legislativo, inclusive com a aprovação da admissibilidade na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados.

Com o passar dos dias, principalmente com a ida à Brasília para a realização das entrevistas, percebeu-se que a política, e o que nela está inserida, não admite explicações fáceis, ou mesmo plausíveis/lógicas, tampouco somente uma explicação para determinado acontecimento.

Através da pesquisa e análise de diversos materiais, inclusive as entrevistas, constatou-se que há uma insatisfação generalizada por parte do Legislativo em relação ao Judiciário, mesmo ele reconhecendo que grande parte da “expansão judicial” se dá em razão da própria omissão legislativa, seja ela proposital, ou meramente casual.

Diante disso, e de acontecimentos específicos, se fez necessária uma reação, ou mesmo retaliação, pelos deputados ao Judiciário, como forma de demonstrar a não inércia do Legislativo, bem como todo o seu inconformismo com o atual cenário político nacional no que tange às relações entre os poderes. Não é tema do presente trabalho, mas ficou claro que a insatisfação também se dá em relação ao espaço ocupado pelo Executivo no Estado.

Neste ponto, importante destacar que, mesmo que não haja impacto sobre a relação entre os poderes pelas mais variadas decisões judiciais, não se trata de uma forma plenamente eficiente de tomada de decisão. As dúvidas e questionamentos sobre a legitimidade das decisões devem ser feitas a partir do momento em que a estabilidade do ordenamento jurídico pode ser colocada em xeque pela inconstância e constante mudança nos atos e leis advindos dos poderes representativos.

Pode-se dizer, ao menos se analisados os dados aqui presentes, que a proposição da PEC nº 33/2011 não se deu diretamente em razão de alguma decisão específica do Supremo, ou mesmo por contrariedade ao que se convencionou chamar de judicialização da política ou

ativismo judicial. Claro que tais fatores podem ter colaborado para o resultado final, qual seja, a proposição da PEC.

O que, de fato, motivou o parlamentar Nazareno foi tão somente uma luta por espaço político e atenção no cenário nacional. Trata-se de uma briga e defesa de competência e atribuições dispostas na Constituição, espaço este fundamental para manutenção do poder e da visibilidade por parte dos deputados e respectivos partidos. Neste ponto, pode-se citar, inclusive, a fala de um dos entrevistados, Leonardo Gadelha, ao entender que:

“(..) os novos parlamentares tenham a compreensão plena de que se eles não enfrentarem os grandes temas, muito provavelmente a população vai, dentro de algum tempo, passar a achar que esse trabalho é “dispiciendo”, é desnecessário, porque o Judiciário pode fazer. Acho que é uma questão de sobrevivência institucional que o Congresso passe a enfrentar questões mais polêmicas, mais sérias”.

O que se pretende mostrar com a citação acima é que, a partir do momento em que o cidadão, e, obviamente, o eleitor, percebe que o Legislativo não está a cumprir o seu papel, e que decisões importantes estão sendo tomadas por via judicial, pode-se gerar um questionamento sobre a importância e relevância do Legislativo para o Estado brasileiro. Nas palavras do parlamentar, é uma “questão de sobrevivência institucional”.

Além do que, diante da insatisfação dos deputados com o protagonismo dos magistrados, fundamental que alguma atitude fosse tomada justamente como forma de contenção dos avanços judiciais.

E nesse sentido está a aprovação da admissibilidade da PEC na CCJC. Vários foram os depoimentos no sentido de que a sessão se limitou à análise da (in)constitucionalidade do conteúdo, e não se prolongou sobre o mérito da questão. Tratou-se de uma forma de seguir com o debate instaurado pela proposição, inclusive, visando discussões e apresentação de posições divergentes entre os mais diversos setores da sociedade.

Defesa existia para ambos os lados. Tanto os defensores quanto os contrários à PEC. E, de certa forma, a pretensão dos parlamentares foi cumprida, de inserção do debate em relação à um tema tão controverso, expansão e protagonismo judicial, de forma que um primeiro passo foi dado em relação à regulamentação das atribuições judiciais, no presente caso, do Supremo Tribunal Federal, no que tange ao controle de constitucionalidade.

Obviamente, apesar do recente arquivamento da PEC, caberá ao tempo sanar nossa “curiosidade” de pesquisadores e cidadãos interessados na política nacional sobre os efeitos por ela causados, ou se será desarquivada. Certo é que foi o primeiro caso de reação do Legislativo às investidas do Judiciário, fato este que, por si só, já se apresenta como um grande fator para que se dê a devida atenção ao tema.

Portanto, a PEC foi proposta e aprovada na CCJC como uma forma de delimitação de atribuições e competência entre os poderes, dentro de uma ideia de disputa de poder e visibilidade, sendo explicada sob a lógica da relação, por muitas vezes dinâmica, entre os poderes, de forma que a insatisfação e inconformismo se dá pelo ativismo judicial, enquanto manifestação de atos de vontade por parte dos magistrados ao decidirem determinadas controvérsias, ou seja, necessidade de comportamento pró-ativo no que tange ao entendimento sobre a política nacional, e não pelo mero ajuizamento de ações e acionamento do Judiciário, judicialização da política. O que de fato incomoda ao Legislativo é a tomada de decisão por parte dos magistrados e não que as questões que esses deixaram de decidir se transformem em litígios processuais.

Ressalta-se, novamente, que as inferências e conclusões tiradas baseiam-se em todo o material analisado para a construção do presente trabalho. Muitos dos dados referem-se às falas ao longo das sessões na CCJC, bem como entrevistas em meios de comunicação e as realizadas *in loco* com alguns dos envolvidos no tema.

O que não se pode deixar de considerar, conforme anteriormente mencionado, é que as falas podem estar pautadas em sentimentos não verdadeiros por parte dos parlamentares, já que os entendimentos são estritamente subjetivos, particulares, restando a dificuldade em medir o grau de verdades e inverdades a partir da exposição dos envolvidos. Reconhece-se, assim, a fragilidade no material levantado, justamente por se tratar de, quase exclusivamente, posicionamentos emitidos pelos parlamentares ao tratar da temática em voga.

Desta forma, pelo apresentado, conclui-se que a judicialização da política, dentro dos dados analisados, não se trata de uma das causas para a proposição e aprovação da admissibilidade da PEC, mas sim o ativismo judicial, dentro da distinção e posição assumida no presente trabalho.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhon. Montesquieu: sociedade e poder. In Weffort, Francisco C. (org.). *Os clássicos da política*. Volume 1. Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “O Federalista”. São Paulo: Ática, 2006.

ALEXANDRINO Marcelo; VICENTE, Paulo. *Direito constitucional descomplicado*. 12.ed. São Paulo: Método, 2014.

AMORIM NETO, Octavio; TAFNER, Paulo. Governos de coalizão e mecanismos de alarme de incêndio no controle legislativo das medidas provisórias. *Dados*, Rio de Janeiro, vol. 45, nº1, pp. 5 a 38, 2002.

ARANTES, Rogério. *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: Sumaré/EDUC, 1997.

———. *Ministério público e política no Brasil*. São Paulo: Sumaré/EDUC, 2002.

———; KERCHER, Fábio. Judiciário e democracia no Brasil. *Novos Estudos*, nº54, 1999.

BARBOSA, Leon V. Q., GOMES NETO, José Mário Wanderley, MARONA, Marjorie Corrêa. Falta legitimidade à suprema corte brasileira? uma análise empírica comparada do modelo de recrutamento dos tribunais superiores no Brasil. In: 7º Congresso Latinoamericano de Ciencia Política, 2013. *Anais do 7º Congresso Latinoamericano de Ciencia Política*, Bogotá: Uniandes, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, n. 13, p. 71/91, jan./mar. 2009.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: Apontamentos para uma nova abordagem. *Revista Sociologia Política*, Curitiba, p. 115-126, 2004.

CASTRO, Marcus Faro. O supremo tribunal federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 34, 1997.

DAHL, Robert A. Decision-making in a democracy: the supreme court as a national policy-maker. *Journal of Public Law*, v. 6, p. 279-295, 1957.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de*

constitucionalidade. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2010.

FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O stf e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista? *Lua Nova*, São Paulo, v. 88, p. 429-469, 2013.

FEREJOHN, John. Judicializing politics, politicizing law, 65 *Law and Contemporary Problems*, p. 41-68, 2002.

GEORGE, Alexander L., BENNETT, Andrew. *Case studies and theory development in the social sciences*. Cambridge: MIT Press, 2005.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jurgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002, caps. 9-10.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

———. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, 2009.

KOERNER, Andrei, FREITAS, Lígia Barros de. O supremo na constituinte e a constituinte no supremo. *Lua Nova*, São Paulo, v. 88, p. 141-184, 2013.

LEWANDOVSKI, Ricardo. *Discurso de posse*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoMinistroRL.pdf>.

LOCKE, John. *Segundo tratado do governo civil*. Petrópolis: Vozes, 1994.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da Política: duas análises. *Lua Nova*, n. 57, 2002.

MAGILL, M. Elizabeth. Beyond powers and branches in separation of powers law. 150 *University of Pennsylvania Law Review* 603. 2001.

MARCHETTI, Vitor. *Justiça e competição eleitoral*. Santo André: Universidade Federal do ABC, 2013.

MARONA, Marjorie Corrêa. Audiências públicas no STF: será a emergência de uma esfera discursiva mista no âmbito do judiciário? In: Congresso Luso Afro Brasileiro de Ciências Sociais, 2011. *Anais do XI Congresso Luso Afro Brasileiro de Ciências Sociais*. Salvador: UFBA, 2011.

MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. *Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Ciência Política da FFLCH-USP*, 2008. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acesso em 15/11/2013.

MONTESQUIEU, Barão de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

OLIVEIRA, Vanessa. Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política?. *Dados*, Rio de Janeiro, vol. 48, n. 3, p. 113-134, 2005.

POUPART, Jean. A entrevista de tipo qualitativo: considerações epistemológicas, teóricas e metodológicas. In: *A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos*. Petrópolis: Vozes, 2008.

STRECK, Lênio; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutaçao constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. *Anamatra*. Publicado em 28 de agosto de 2007. Disponível em: <http://www.anamatra.org.br/index.php/artigos/a-nova-perspectiva-do-supremo-tribunal-federal-sobre-o-controle-difuso-mutacao-constitucional-e-limites-da-legitimidade>

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial power. In: Tate, N., Vallinder, T. (Org.). *The global expansion of judicial power: the judicialization of politics*. New York: New York University, 1995.

TATE, N., VALLINDER, T. (Orgs.). *The global expansion of judicial power: the judicialization of politics*. New York: New York University, 1995.

TAYLOR, Matthew M. O judiciário e as políticas públicas no Brasil. *Dados*, Rio de Janeiro, vol. 50, n. 2, p. 229-257, 2007.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Livro 1. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

VALLINDER, Torbjörn. When the courts go marching in. In: Tate, N., Vallinder, T. (Org.). *The global expansion of judicial power: The judicialization of politics*. New York: New York University, 1995.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. *Revista Direito GV*, n. 4, 2008.

VIANNA, Luiz Werneck, BURGOS, Marcelo Baumann e SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. *Tempo social*, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, Dec. 2008

DEPUTADOS FEDERAIS

ALENCAR, Chico. Discurso proferido na sessão da CCJC 093.3.54.O, em 30 de abril de 2013. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013.

BERZOINI, Ricardo. Discurso proferido na sessão da CCJC 092.3.54.O, em 29 de abril de 2013. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013.

CAIADO, Ronaldo. Discurso proferido na sessão da CCJC 092.3.54.O, em 29 de abril de 2013. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013.

CAMPOS, João. Discurso proferido na sessão da CCJC 087.3.54.O, em 25 de abril de 2013. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013.

CUNHA, Vieira da. Discurso proferido na sessão da CCJC 092.3.54.O, em 29 de abril de 2013. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013.

FERRO, Fernando. Discurso proferido na sessão da CCJC 092.3.54.O, em 29 de abril de 2013. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013a.

FERRO, Fernando. Discurso proferido na sessão da CCJC 099.3.54.O, em 06 de maio de 2013. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013b.

FONTELES, Nazareno. Apresentação da Proposta de Emenda à Constituição n. 33/2011. Brasília: Câmara dos Deputados, 2011a.

FONTELES, Nazareno. Discurso proferido na sessão da CCJC 278.1.54.O, em 10 de outubro de 2011. Brasília: Câmara dos Deputados, 2011b.

FONTELES, Nazareno. Discurso proferido na sessão da CCJC 018.2.54.O, em 27 de fevereiro de 2012. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012.

FONTELES, Nazareno. Entrevista ao programa Antena 10. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=jnJ5Tkh246Q>. 2013a.

FONTELES, Nazareno. Entrevista ao Jornal Agora, TV Meio Norte. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Z3KkdPjQQnQ>. 2013b.

FONTELES, Nazareno. Discurso proferido na sessão da CCJC 123.3.54.O, em 16 de maio de 2013. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013c.

FONTELES, Nazareno. Discurso proferido na sessão da CCJC 132.3.54.O, em 22 de maio de 2013. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013d.

IZALCI. Discurso proferido na sessão 179.3.54.O, proferido em 24 de junho de 2013.

JUNIOR, Jutahy. Discurso proferido na sessão da CCJC 092.3.54.O, em 29 de abril de 2013. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013.

LANDIM, Paes. Discurso proferido na sessão da CCJC 087.3.54.O, em 25 de abril de 2013. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013.

MACHADO, Sibá. Discurso proferido na sessão da CCJC 092.3.54.O, em 29 de abril de 2013. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013.

NOGUEIRA, Ronaldo. Discurso proferido na sessão da CCJC 092.3.54.O, em 29 de abril de 2013. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013.

OLIVEIRA, Inocêncio. Discurso proferido na sessão da CCJC 092.3.54.O, em 29 de abril de 2013. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013.

PESTANA, Marcus. Discurso proferido na sessão da CCJC 103.3.54.O, em 08 de maio de 2013. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013.

RODRIGUES, Jesus. Discurso proferido na sessão da CCJC 087.3.54.O, em 25 de abril de 2013. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013.

SAMPAIO, Carlos. Discurso proferido na sessão da CCJC 172.3.54.O, em 18 de junho de 2013. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013.

TEIXEIRA, Amauri. Discurso proferido na sessão da CCJC 092.3.54.O, em 29 de abril de 2013. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013.

APÊNDICES

APÊNDICE A - Questionário

1. O que Vossa Excelência pensa sobre a PEC 33/2011?
2. Quando da sua participação na sessão da CCJC que aprovou o parecer do relator, pela admissibilidade da PEC, Vossa Excelência votou de acordo com o seu entendimento/vontade ou houve alguma orientação da bancada para a tomada de determinada decisão?
3. Quais as circunstâncias que, a seu ver, motivaram esta decisão da bancada? Quais as circunstâncias que motivaram Vossa Excelência a votar pela (não) admissibilidade?
 1. Verificar uma possível influência da decisão do STF sobre a união estável homoafetiva, caso não seja mencionada, uma vez que, a PEC foi proposta 20 dias após da referida decisão.
 2. Verificar a influência de algumas decisões do STF tidas como judicializadas e ativistas para a aprovação da PEC na CCJC, mesclando as referentes aos direitos e garantias, com as de cunho eleitoral.
4. Vossa Excelência sabe do que se trata ou já ouviu falar sobre o termo “judicialização da política” e “ativismo judicial”. Se sim, o que o senhor entende por eles.
5. Como Vossa Excelência enxerga a judicialização da política para o cenário sócio-político-econômico do país?
6. Vossa Excelência acha que a judicialização foi essencial para a proposição da PEC ou existem outros fatores? Se sim, quais?
7. Como Vossa Excelência avalia a relação atual entre os Poderes Judiciário e Legislativo? Por quê
8. Quais temas que foram decididos no Supremo, o senhor entende que deveriam ter sido decididos no Congresso: (A resposta deve ser espontânea, com a marcação feita pelo entrevistador tendo como base os itens citados pelo parlamentar). a. Aborto. b. Verticalização. c. Cláusula de barreira. d. Fidelidade partidária. e. Royalties do petróleo. f. União estável homoafetiva. g. Outros (especificar)
9. Como Vossa Excelência enxerga o trâmite futuro da PEC? a. Aprovada nos plenários da Câmara e Senado e sancionada pelo(a) Presidente. b. Aprovada nos plenários da Câmara e

Senado e rejeitada pelo(a) Presidente. c. Aprovada no plenário da Câmara e rejeitada no Senado. d. Reprovada no plenário da Câmara. e. Não será colocada em votação no plenário da Câmara.

10. De que maneira Vossa Excelência avalia a atribuição do Supremo e seus ministros para julgar e processar os crimes cometidos por parlamentares federais.
11. Se o senhor pensa que será reprovada ou rejeitada (verificar o caso), a que atribui que tenha sido proposta e mesmo aprovada na CCJC? (Questão contingente: tentar verificar a compatibilidade com a resposta dada no começo, em pergunta semelhante, após a inserção da judicialização da política no questionário)

APÊNDICE B - Entrevistas

1.

Deputado Federal Onofre Santo Agostini (PSD/SC)

18 de novembro de 2014.

Entrevistador: . Deputado, o que que o senhor pensa sobre a proposição dessa PEC 33/2011?

Deputado: . Bom, primeiro é o seguinte. Eu votei na Comissão de Justiça pela admissibilidade da matéria. Admissibilidade não quer dizer que eu seja a favor da matéria, admissibilidade eu votei favorável para que a matéria viesse para discussão. Porque se ela não for votada sua admissibilidade na Comissão de Justiça, ela vai pro arquivo. Mas como o assunto é importante, eu sou plenamente favorável que o Supremo Tribunal seja composto de ministro totalmente independente, que não tenha vínculo nenhum, político nenhum, tanto é verdade que eu sou autor de uma PEC, que a escolha dos ministros do Supremo Tribunal, deva ser feita por concurso público e não por nomeação, escolha, do Presidente da República. Eu acho que a escolha do ministro deve ser feita por concurso público. Eu sou autor dessa PEC. Essa PEC 33, a mesma coisa, eu votei pela sua admissibilidade para que ela fosse discutida, fosse debatida com a sociedade, principalmente no campo jurídico, com os advogados, os juízes, os desembargadores, enfim, toda a sociedade jurídica viesse discutir o assunto, e se ela não fosse admitida lá, ela já ia pro arquivo. Então eu penso isso, exatamente que nós temos que debater, temos que discutir, porque num país, país, que não tiver a sua justiça totalmente independente e totalmente desligada de qualquer vínculo político, partidário ou pessoal, é uma justiça sem futuro nenhum. País que não tiver uma justiça independente, livre e soberana, não é país.

E: . E deputado, quando do seu voto, o seu voto foi individual ou foi um voto pela bancada do partido?

D: . Não não, foi individual.

E: . E, a seu ver, quais são os motivos que levaram à admissibilidade dela na Comissão de Constituição e Justiça?

D: . Debater, se não tivesse votado sua admissibilidade não havia discussão, nem você estava aqui me ouvindo. Por isso sou favorável que se debata um assunto delicadíssimo, um assunto de suma importância, que deve ser debatido.

E: . E o senhor acha que houve alguma decisão tomada pelo Supremo que veio a influenciar sobre essa proposição na Câmara dos Deputados?

D: . Eu pessoalmente não. Pra mim, não. Agora, se o autor da matéria, se o autor da PEC, tem esse princípio, eu não. Eu fui de livre e espontânea vontade, entendi que deve ser debatido.

E: . O senhor já ouviu os termos judicialização da política e ativismo judicial?

D: . Sim, sim.

E: . E como que o senhor enxerga a judicialização da política para o cenário político nacional?

D: . É, eu acho que tem o ditado popular que diz assim: “cada macaco no seu galho”. Eu acho que o Poder Judiciário tem que cuidar do problema da justiça. É claro que ele tem que interferir quando as coisas não vão bem dentro do Poder Legislativo, mas eu acho que o Poder Legislativo tem uma atribuição, o Poder Judiciário tem outra atribuição, como o Poder Executivo tem outra. Eu sou plenamente favorável que o Poder Judiciário cuide do problema da justiça, que ele só interfira nos outros poderes quando ele for provocado.

E: . E o senhor acha então que a judicialização da política foi essencial para a proposição dessa PEC, a partir dessas decisões que o senhor chamou de interferência?

D: . Não, te confesso que não. Eu te confesso que, vou repetir, eu votei porque eu queria que o assunto fosse discutido, só por isso.

E: . E como que o senhor avalia a recente relação entre Poder Judiciário e o Poder Legislativo?

D: . Bom, eu acho que há um bom entrosamento. Às vezes é o assunto partidário que interfere, o assunto exclusivamente partidário é que interfere. Quando o Poder Judiciário julga contra um determinado político, aquele partido, aquele partido se sente ofendido, entendendo que o Poder Judiciário está interferindo, e vice e versa.

E: . E, dentre aqueles temas que foram decididos no Supremo, qual que o senhor acha que deveria ter sido tratado no próprio Congresso Nacional?

D: . Bom, tem muitos. Tem muitos. Mas em principio eu acho que há muitos temas principalmente na reforma política, na reforma eleitoral, acho que o Poder Judiciário tem às vezes interferido, quando deveria deixar o Congresso fazer, para depois ver se está certo ou errado.

E: . Em relação ao próprio trâmite da proposta, como o senhor avalia, que ela foi aprovada na Comissão de Constituição e Justiça. O senhor acha que há alguma possibilidade de ela ser aprovada no plenário da Câmara e do Senado, e ser sancionada pela Presidente?

D: . A PEC a Presidente não precisa sancionar. A reforma constitucional, a presidente não tem autoridade, nem atribuição para sancionar. Ela se votada, ela é promulgada. Se aprovada nas duas casas legislativas, Câmara dos Deputados e Senado, se for aprovada em dois turnos, por maioria absoluta, necessários na Câmara 308 votos, enfim, maioria absoluta, ela será promulgada pelo Presidente do Congresso Nacional. Ela não é sancionada. Agora, o trâmite dela é um tanto quanto complicado, porque agora é nomeada uma Comissão Especial composta por vinte e cinco membros aqui na Câmara, eleitos, indicados pelos partidos, cada partido indica seus membros, e esses membros entre si se reúnem e escolhem o Presidente, Vice Presidente, segundo Vice Presidente, terceiro Vice Presidente, e o Presidente escolhe um

Relator. Assim que funciona. Aí é marcado um dia, o relator tem dez sessões para apresentar o relatório, esperar essas dez sessões, para que haja a apresentação de emenda. Decorrido esse prazo ele apresenta o relatório, e votado o relatório, se aprovado for, aí é encaminhado para o Presidente da casa, e o Presidente da casa coloca em plenário. Coloca na pauta para ser discutida em plenário. Porque aí precisa dois turnos, maioria absoluta, ou seja, 308 votos.

E: . E o senhor acha que colocada em plenário ela vai ser aprovada?

D: . Não, vejo muita dificuldade, vejo muita dificuldade para aprovar em plenário porque há muitos pontos de vista contrários a ela, mas o que é importante é que ela seja debatida. Acho de fundamental importância que se debata ela, aí está o campo para os debates, na Comissão Especial, vai se dar oportunidade para se debater, vai se marcar audiências públicas, vai se trazer as autoridades, vai se trazer os advogados, Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, vai se trazer ministros, vai se trazer toda a área para debater nesta Comissão Especial. Inclusive com a possibilidade de fazer audiência pública. Hoje por exemplo vai ter uma audiência pública, numa PEC, numa emenda constitucional, da reforma política. Hoje vai ser debatida na Comissão de Justiça, antes de votar a admissibilidade na Comissão de Constituição e Justiça, vai se fazer uma audiência pública. Mas o correto é nesta Comissão Especial que se deva discutir em fazer audiência pública, escutar a sociedade, enfim, o povo, nesta comissão.

E: . Vou retomar uma fala do senhor. De que maneira o senhor avalia a atribuição do Supremo e dos seus ministros de julgar e processar os crimes cometidos por parlamentares federais?

D: . Eu acho que não deve haver foro privilegiado. Deve haver o seguinte, a pessoa que comete qualquer irregularidade, supostamente cometa qualquer erro, deve ser julgada na justiça comum, porque não tem nada de especial em deputado e senador, deve ser julgado na vara comum. Eu sou contra o foro privilegiado.

E: . E se o senhor pensa que ela não passará no plenário da Câmara, para finalizar, a que o senhor atribuiria a proposição dela pelo deputado?

D: . Não, eu não estou dizendo que ela não seja aprovada. Pode até ser aprovada. Eu acho que tem muita dificuldade porque tem muitos pontos de vista contrários. Evidentemente, que eu entendo que o deputado apresentou a PEC, não só ele, os que assinaram, para apresentar a PEC tem que ter 173 assinaturas de deputados, senão ela não tem andamento. Eu acho que ele apresentou para discutir o assunto, para se debater o assunto, volto a frisar, não tem nada melhor do que você ouvir, ouvir a opinião, porque um tem uma visão, mas outros têm outra visão, como a reforma política, a reforma política também só terá possibilidade se houver um grande debate com a sociedade, com todos segmentos. Eu, por exemplo, sou a favor, sou contra o plebiscito da reforma política. Sou a favor do referendo popular. Primeiro você faz uma reforma, daí o referendo popular vai dizer sim ou não. Agora, plebiscito não. Plebiscito o quê? Eu acho a mesma coisa foi essa PEC. Acho, na minha avaliação, que o deputado tem essa intenção, de debater o assunto com a sociedade.

E: . E, dentro do que foi colocado pela mídia como uma crise entre os poderes, como se houvesse alguma retaliação da Câmara ao Supremo Tribunal Federal?

D: . Não, não acredito isso. Que haja conflito. Claro que, quando se diz, vou repetir, quando um partido é prejudicado, o julgamento for contra o ponto de vista daquele partido, evidentemente que aquele partido entenda que o Poder Judiciário está interferindo numa decisão que caberia ao partido e não ao Poder Judiciário.

E: . Então, a seu ver foi uma mera questão de debate e discussão e não uma questão de retaliação?

D: . Discussão com a sociedade. E não, absolutamente não.

E: . Obrigado.

2.

**Consultor Legislativo (Ex-Deputado Federal) Leonardo Gadelha sobre PEC 33/11
18 de novembro de 2014**

E: . Deputado, o que o senhor pensa sobre a PEC 33/11?

D: . Olha, acho que nas condições que foram colocadas é um resgate de um “naco” de autonomia do Poder Legislativo. No sistema brasileiro, onde há essa tripartição de poderes, é necessário que nós saibamos os limites de atuação de cada uma das instituições. O Executivo tem as suas atribuições muito definidas na Constituição, assim como tem também o Supremo Tribunal que, aliás, é o guardião desse mesmo texto constitucional. Cabe ao Poder Legislativo fazer a normatização do país. Estabelecer, por intermédio, tanto de alterações na Constituição quanto das matérias infra-constitucionais, o dia-a-dia da população e as relações entre o cidadão e o Estado. Eu acho que houve, ao longo dos últimos anos, em função de uma certa inércia por parte do Poder Legislativo, um avanço do Poder Judiciário, aquilo que alguns convencionaram chamar de ativismo judicial, que se apoderou de algumas competências que eram do Poder Legislativo. Isso, eu repito, muito em função da própria inércia do Poder Legislativo. A gente não poderia ter um vácuo legislativo. Mas é importante que a gente retome parte dessas atribuições para que a gente possa uma vez mais delimitar quais as funções de cada um dos poderes e dessa harmonia, não tenho dúvida, que teremos instituições mais fortes e vai ter um país mais desenvolvido.

E: . Quando da sua votação pela admissibilidade da PEC, o senhor votou individualmente ou pela bancada do partido?

D: . Nós, normalmente, do Partido Social Cristão, temos o hábito de deliberar toda e qualquer matéria antes da ida à votação. No caso da Comissão de Constituição e Justiça, quando não há discussão de mérito, uma discussão meramente técnica que diz respeito à constitucionalidade daquela discussão, a possibilidade dela avançar no âmbito do Congresso Nacional, há uma certa liberdade por parte do partido. Nós temos uma assessoria que faz uma avaliação técnica da admissibilidade, da constitucionalidade daquela matéria, havendo “sinal verde”, havendo

aprovação por parte dessa consultoria que se debruça sobre o tema, que analisa se ele efetivamente não fere nenhum dos princípios e preceitos constitucionais, a gente fica mais tranquilo para votar.

E: . A seu ver, quais foram os motivos/circunstâncias que ocasionaram na proposta da PEC e na votação pela admissibilidade dela na CCJ? Algum motivo específico, alguma decisão do Supremo que possa ter interferido no processo?

D: . Olha, como nós estamos falando apenas de admissibilidade, a gente tem que se ater ao fato de se aquela matéria fere ou não a Constituição e se ela tem vícios de redação. A Comissão de Constituição e Justiça e redação tem essas duas funções precípuas, verificar se está ferindo a Constituição e, portanto, não merece nem tramitar no âmbito do Congresso Nacional ou se ela tem alguma problema de redação. Como nenhuma desses dois vícios foi encontrado, não há nenhuma razão para que ela não siga. Esse é um direito de todo parlamentar, de toda a sociedade, por intermédio, por exemplo, do mecanismo da legislação participativa. Agora, a discussão sobre o mérito é feita nas comissões próprias para isso, inclusive toda PEC cria sua própria Comissão Especial, é lá que os deputados se debruçam e veem se aquilo é bom para o país. No âmbito da CCJ a gente verifica, única e exclusivamente, a admissibilidade, se aquele texto é constitucional e se ele pode prosperar, não se ele merecerá prosperar e se transformar em nova lei.

E: . E o que o senhor acha sobre o trâmite dela? Acha que há possibilidade dela ser aprovada ou não pelo plenário da Casa?

D: . Olha, nós estamos no fim de uma legislatura, dificilmente nos teremos votação de matérias polêmicas nesses 45 dias que ainda nos restam de trabalho. Acho mais provável que essa seja uma discussão que fique para a próxima legislatura. Como no âmbito da Câmara dos Deputados nos teremos uma mudança de mais de 50% das cadeiras, eu mesmo não estarei aqui na próxima legislatura, é difícil fazer alguma previsão. Mas sempre que nós estamos falando de delimitação de atribuições de cada um dos poderes essa é uma matéria que encontra muito espaço, muito eco, na Câmara e no Senado.

E: . Como dito pelo senhor anteriormente, o termo ativismo judicial e judicialização da política, o senhor tem conhecimento sobre os fenômenos?

D: . Tenho conhecimento sobre os fenômenos, acho que eles são compreensíveis a partir do momento em que o Legislativo entrou por uma ou duas legislaturas em um ritmo muito “letárgico”. Ele se ausentava de grandes discussões nacionais, não deixou de trabalhar, essa não é a questão, muitas matérias foram aprovadas. Mas acho que os grandes temas, aqueles que mais requerem atenção por parte dos parlamentares, porque isso que é exigido da sociedade ficaram em segundo plano. O ativismo judicial surge nesse vácuo. Agora, esse final de legislatura, e quero crer que os novos parlamentares tenham a compreensão plena de que se eles não enfrentarem os grandes temas, muito provavelmente a população vai, dentro de algum tempo, passar a achar que esse trabalho é “dispiciendo”, é desnecessário, porque o Judiciário pode fazer. Acho que é uma questão de sobrevivência institucional que o Congresso passe a enfrentar questões mais polêmicas, mais sérias.

E: . E dentre as decisões que o senhor citou, tomadas pelo Supremo, quais são aquelas que o senhor acha que deveriam ter sido tomadas pelo Congresso? Alguma em específico?

D: . Boa matéria sobre legislação eleitoral foi tomada, aquela que determinou que o Congresso Nacional promovesse a votação dos vetos. Ora, essa é uma determinação clara da Constituição, o processo legislativo só se encerra com a votação dos vetos, e nós tínhamos aqui, guardados em uma caixa, engavetados mais de 1 milhar de vetos atrasados. Então, o Congresso Nacional reagiu de uma determinação absolutamente correta do Supremo Tribunal Federal, a gente não poderia ficar sem concluir o processo legislativo, pois nós somos pagos pela população para fazer o processo legislativo, desde o seu início, desde o momento que a matéria adentra qualquer uma das duas casas, e onde se verifica sua admissibilidade, até a votação de um hipotético veto. Então, essa é uma matéria onde o Supremo esteve correto, muito embora fosse uma obrigação nossa, do Congresso Nacional, deliberar.

E: . Como o senhor avalia a atribuição do Supremo e de seus ministros para julgar e processar aqueles crimes cometidos pelos parlamentares?

D: . Eu acho que essa era uma demanda da sociedade, a gente não pode ter cidadãos de classes distintas no Brasil, perante a lei somos todos iguais. Há que se criar um mecanismo intermediário em que não se tenha, nem a postergação ad eternum dos processos de julgamentos de parlamentares e de outras autoridades com prerrogativa de foro, mas nós também devemos criar um modelo, um mecanismo, que permita o duplo grau de jurisdição porque esse também é um princípio basilar do nosso direito. Todo cidadão tem direito a uma instância recursal e a gente criou um limbo. O julgamento dos parlamentares, durante muito tempo, era uma grande quimera, ninguém era julgado, agora passou-se a fazer isso com mais frequência, o que é muito salutar do ponto de vista da sociedade, do ponto de vista institucional, mas ao mesmo tempo a gente incorre em uma outra inconstitucionalidade. E aprendi desde muito pequeno que não se corrige um erro criando outro, então talvez a gente tenha que partir pra adoção, quem sabe, de um tribunal especial para pessoas com prerrogativa de foro, que tenha o Supremo como instância revisora, até para desafogar o Supremo, porque essa não tinha que ser sua função, essa não é sua função constitucional. Todos os ministros do Supremo Tribunal Federal estão abarrotados de processos, e grande parte porque eles tem que se ater a algo que, em outras Supremas Cortes do mundo, não é responsabilidade desses órgãos. É muito bom, muito salutar que pessoas com prerrogativa de foro estejam sendo julgadas, estejam sendo condenadas, quando isso for justo, não posso adentrar ao mérito, porque não estudei nenhum dos casos, mas é bom pra sociedade e isso mostra que não existem brasileiros de primeira, segunda e terceira classe, que todos são iguais perante a lei. Talvez o que a gente possa e deva fazer é uma sintonia fina para que haja um julgamento célere dessas autoridades, mas que ao mesmo tempo lhe sejam garantidas a instância recursal.

E: . O senhor acha que a judicialização da política e o ativismo judicial foram determinantes para a proposição da PEC?

D: . Eu acho que sim, acho que o Congresso Nacional se deu conta, como se dá até hoje, de que se não agir, que se não enfrentar temas importantes e relevantes para a sociedade brasileira, ele corre risco de a médio/longo prazo ser julgado por essa mesma população como desnecessário, como “dispiciendo”. Acho que é um instinto de sobrevivência institucional que está falando mais alto.

3.

Deputado Esperidião Amim (PP/SC)

19 de novembro de 2014

D: . Não sei qual é a tua curiosidade a respeito do assunto, mas antes mesmo que tu pergunte, eu gostaria de informar o seguinte: o projeto dessa PEC tinha dois focos – o primeiro, com o qual eu concordo, é que o Supremo, ao considerar uma Emenda Constitucional que nós aprovamos com quórum, sempre com quórum, qualificadíssimo, para nós aprovarmos uma Emenda Constitucional, nós temos que ter quórum qualificado, o Supremo não poderia derrubá-la, considerá-la inconstitucional, considerar nossa Proposta inconstitucional, com maioria simples, ou seja, a exigência de um quórum qualificado no Supremo, eu acho pertinente. Agora, o foco maior, que é se insurgir contra o ativismo do Judiciário, que é uma realidade, realidade, inclusive, muitas vezes determinada pela inatividade do Congresso, mas o ativismo do Judiciário já causou grandes males, por exemplo, o fomento à criação de partidos, incluir como justa causa a saída do partido que me elegeu para ir para um partido novo, isso foi uma invenção do Judiciário brasileiro, TSE no caso, e até hoje o Supremo não disse nada. Então o ativismo de fazer e depois de não decidir do Supremo é uma coisa que também extrapola o Estado de Direito. Mas, daí o Congresso se arrogar o direito de avaliar uma decisão do Judiciário, isto é, fazer com que ela valha ou não, isso eu sou contra.

E: . O senhor acha que a proposição da PEC e a admissibilidade na CCJ foram causadas por uma insurgência do Congresso?

D: . Sim, claro, foi determinada por essa irritação, digamos essa, insurgência da Casa, diante do fato de o Supremo legislar, aliás, o Judiciário legislar, pois incluo aí o TSE também.

E: . O senhor entende que houve alguma outra motivação, alguma outra circunstância que levou a isso, alguma decisão específica do Supremo?

D: . Não que eu saiba. Mas claro que na cabeça de cada parlamentar poderia ter. Eu mencionei uma. Eu tenho um parecer que você pode acessar, muito bem feito pela consultora Kátia, em que eu condeno a decisão do TSE. Ela utilizou a expressão ‘mas até o grande Homero cochila’, ao dizer que, incluir como uma justa causa a saída de um parlamentar do seu partido, o partido que o elegeu, para um partido novo, qual a justa causa nisso, meu Deus? Que que o partido que te elegeu fez? Nada. Justa causa é uma relação, vamos buscar aquela mais conhecida, a relação patrão empregado, justa causa é o empregado que fez alguma coisa. Então é uma justa causa o patrão te demitir. Agora qual a culpa do partido que elegeu você para que você tenha justa causa de ir pra um novo partido? Isso foi feito para beneficiar o PSD, objetivamente, e o governo. O dano é tão grande que a Câmara pelo menos pôs cobro, no ano passado, na revisão da Lei Eleitoral, aqui o parlamentar sai, e leva o fundo partidário,

o tempo de televisão e rádio. Quer dizer, uma indústria, virou uma indústria no Brasil, e isso foi originado de uma decisão ativista do Judiciário, ativista do Judiciário, que não pediu desculpa ainda ao mal que fez ao país. Inclusive eu, por exemplo, já disse isso ao Presidente do STF. Há três semanas, por sinal, o assessor dele (do Ministro Lewandowski) fez um trabalho sobre o ativismo do Judiciário, e quando eu falei neste caso, ele disse: ‘o Presidente é contra’. Mas, o fato é que está em vigor. Foi a Câmara que reduziu o efeito nessa parte financeira, mas ainda assim é considerada justa causa. Mesmo que sem levar o dinheiro, leva o mandato para um partido novo. Na minha cabeça, este fato, que é um fato decorrente do ativismo, esteve presente.

E: . O senhor usou o termo “ativista”, então o senhor tem conhecimento dos termos “ativismo” e “judicialização da política”?

D: . Judicialização da política envolve outros aspectos.

E: . E o senhor acha que a judicialização foi uma das causas para a proposição da PEC?

D: . Não, acho que não. Você tem que conversar com o autor, o primeiro signatário.

E: . Como o senhor avalia o trâmite dessa PEC?

D: . Acho que ela foi um desastre, pela segunda parte. Acho que, em função do ativismo, você quer que as decisões judiciais sejam submetidas ao Congresso, aí é liquidar com o Estado de Direito. A segunda parte dela é um desastre. A primeira parte, Não podemos fixar o quórum de decisões do Supremo? Por que não? Nós fixamos o nosso. Seria a mesma coisa que dizer em um Parlamentarismo, que a decisão do Conselho de Ministro que estabeleça o estado de guerra tem que ser tomada por unanimidade, ou por três quartos. Dependendo do ‘espírito’ da Constituição, se há quóruns diferenciados, dependendo do peso da decisão, eu acho que é pertinente. Acho que essa primeira parte, eu ainda hoje defenderia. Agora, a segunda, não.

E: . Como o senhor avalia a atribuição do Supremo para julgar e processar crimes cometidos pelos parlamentares federais?

D: . A Câmara entrou com uma ação. Eu acho que o Supremo foi além das suas sandálias ao dizer: nós Ministros do Supremo, somos membros do Poder, por isso, só podemos ser processados pelo Plenário. Mas os Ministros do Governo e os Parlamentares, que são membros do Poder, podem ser julgados por Câmara. Isso está ‘capenga’. Foi dessa reunião que eu participei em função do caso do Protógenes, não por causa do Protógenes, mas por causa do aspecto institucional, acho que não é devido o Supremo condenar um parlamentar através de uma Câmara, a não ser que ele faça o mesmo com os próprios membros do Supremo. Mas os membros do Supremo continuam com a prerrogativa de serem julgados pelo plenário. Ou seja, pelos onze membros, por todos os membros.

E: . Quando do seu voto pela admissibilidade da PEC, o senhor votou individualmente ou pela bancada do partido?

D: . Votei individualmente. Comissão de Justiça, até porque envolve matéria constitucional, o que existe no máximo é uma manifestação do coordenador da bancada.

4.

Deputado Federal Bonifácio de Andrada (PSDB/MG)

19 de novembro de 2014

E: . Deputado, o que o senhor acha sobre a atual relação entre o Judiciário e o Legislativo?

D: . Acho que a atual Constituição deturpou nossa tradição política-jurídica e deu ao Supremo Tribunal Federal algo excessivamente forte, excessivamente abrangente dentro das suas atribuições. O Supremo Tribunal Federal, nas Constituições brasileiras, desde o Império, o Supremo Tribunal Federal tinha limitações jurídicas, hoje ele assume limitações (ampliações) de ordem política. Por que? Porque aconteceu o seguinte, a tradição brasileira, do Supremo Tribunal Federal, que é uma tradição que a República fortaleceu, é um Supremo Tribunal Federal que geralmente julgava as causas que eram objeto de recursos, geralmente dentro de uma dimensão jurídica, sobretudo depois da constituição de 46, julgava as questões chamadas via de exceção. Quer dizer você, dentro de um conflito social, conflito entre pessoas, o outro fala que aquela lei é inconstitucional e há um recurso então à uma instância superior através do controle de constitucionalidade. Chega ao Supremo Tribunal depois de passar por várias instâncias. É a via de exceção. É tradição do direito francês, essa tradição brasileira, tradição realmente nossa de todos os tempos. Mas na Constituinte, a pressão do Judiciário foi muito grande. A maior pressão que a Assembleia Constituinte viveu foi a pressão do Poder Judiciário. O Poder Judiciário conquistou na Constituição de 88 realmente atribuições que não possuía e realmente o poder é muito grande. Entre esses poderes, os que se destacam são dois: antigamente o Supremo Tribunal Federal não detinha poderes administrativos em sua organização. Essas atribuições administrativas estavam com o Executivo, por tradição nossa, mas eles em 88 conseguiram pra si. Então o Supremo Tribunal Federal tem atribuições administrativas muito fortes. Os tecnocratas do Supremo Tribunal, os assessores dominam aquela situação, porque juiz não entende nada de administração, só de direito. Mas ao lado disso o Supremo Tribunal Federal adquiriu a ação direta de inconstitucionalidade, que é um instrumento existente nos países europeus, então os tribunais europeus todos eles só cuidam das questões constitucionais, através de representações que são levadas a eles. Na Alemanha e outros países, os tribunais europeus que cuidam da inconstitucionalidade, que cuidam dos problemas constitucionais, são tribunais de organização mista, porque eles são indicados pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo. O tribunal alemão, por exemplo, a Câmara indica três, o Senado alemão indica três e o Executivo indica três. Se não me engano o Executivo indica três também, de modo que cuida da constitucionalidade das leis um órgão que tem representação política e representação judicial. E ele cuida das questões constitucionais. Bem, trouxeram isso pro Brasil. Mas trouxeram pro Brasil de uma maneira altamente, altamente, enfatizadora do Poder Judiciário. O Supremo Tribunal Federal é composto só de ministros do Judiciário, nomeado pelo Presidente da República através da audiência no Senado, mas são juízes, não são representantes da Câmara, nem do Senado, são juízes. E com isso então, a ação direta de inconstitucionalidade, ADI, ela então fica na mão de juízes, e é uma situação um pouco temerosa porque eles podem, digamos assim, considerar inconstitucional uma lei através de via direta, não é o sistema tradicional nosso a via de exceção, a via recursal, ele vai

direto, determinada entidade que a Constituição fixou, pelo jeito antigo era o Procurador Geral da República, isso desde 1930, eles então mandam diretamente pro Supremo Tribunal Federal um questionamento da constitucionalidade de uma lei, e o Supremo define. E o mais grave é que o Supremo detém, isso não está na Constituição, mas é avanço do Supremo, as chamadas "reduções" ex nunc e ex tunc. Ex nunc eles consideram inconstitucional a partir daquele instante, daí pra frente ela perde a sua eficácia. Mas eles podem decidir ex tunc que é um absurdo, eles podem considerar nula, não é anular, é considerar nula, inexistente, uma lei de dez anos de aplicação, com isso eles jogam no chão situações jurídicas constituídas em dez anos de existência. De modo que eu acho que o Supremo Tribunal Federal no Brasil está deturpadamente acrescido de atribuições que são pouco, digamos assim, pouco aceitas no regime democrático, como os poderes devem ser equilibrados, e o Supremo então fica com certas atribuições maiores. E agora essas atribuições estão aumentando porque o Supremo Tribunal, com apoio dos meios de comunicação, (breve trecho inaudível) eles estão retirando do Poder Legislativo uma série de atribuições, inclusive no tocante à perda de mandato, inclusive no tocante, digamos assim, às próprias atividades legislativas dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado.

E: . Dentre aquelas decisões que foram tomadas pelo Supremo, quais que o senhor acha que deveriam ter sido tomadas aqui dentro do Congresso Nacional?

D: . Eu não acho, a Constituição é que acha. A Constituição é clara, a Constituição é muito clara, quando fala que deputado não pode ser preso. Deputado não pode ser preso. Deputado, sim, depois de ter sido cassado pela própria Câmara, a própria Câmara, digamos assim, cassa o deputado, então aí ele pode ser preso. Por que? Porque a teoria montesquiana, é a teoria política que o Brasil sempre (adotou), é que os poderes são separados, então o deputado sendo deputado ele não pode ser preso. Agora, se houver uma condenação num processo dentro do Supremo, o Supremo comunica a Câmara, a Câmara pode realmente cassá-lo, e aí ele pode ser preso. Mas fizeram um absurdo terrível aqui com um deputado, deputado de Roraima, o Supremo decidiu prendê-lo, e prendeu o deputado, ferindo de uma forma assim clara a Constituição e de forma verdadeiramente atentatória ao texto constitucional básico. (diálogo inaudível).

O deputado começa a ler o artigo 53, parágrafo 2o, da Constituição Federal. - Retoma:

E o Supremo decidiu prender o deputado, e o deputado está na cadeia. E estabeleceu uma situação muito grave, porque o deputado ficou na cadeia, resolveram cassá-lo, tinha que cassá-lo, mas no dia que foi fazer a cassação, a Câmara deu apoio ao deputado, negou a cassação. Aí a imprensa fez um escândalo daquele tamanho. Aí mudaram a Constituição, alteraram a Constituição, aí o deputado faz o jogo do Judiciário, tem isso também né, deputado é ligado a todos os grupos sociais, ligado ao Judiciário, ligado ao Supremo, e entraram com uma representação no Supremo para anular a sessão da Câmara que não tinha cassado o deputado. E com isso a pressão foi muito grande, fizeram uma nova sessão, e aí ele foi cassado. Mas deputado. Isso aqui é um episódio que me parece que mancha a história do Supremo Tribunal Federal.

E: . Então, o que que o senhor acha sobre essa atribuição do Supremo e dos seus ministros de processar e julgar crimes cometidos por parlamentares?

D: . Eu acho que deve julgar, mas de acordo com a tradição brasileira, tradição dos países do mundo inteiro, o deputado comete um crime qualquer, o assunto é levado ao Supremo, o Supremo condena, aí comunica a Câmara, e a Câmara então pode cassá-lo. Por que? Porque a teoria é a seguinte. O ministro do Supremo Tribunal Federal é um funcionário nomeado pelo Presidente da República, não tem nenhuma vinculação com o povo. É um autocrata, nenhuma vinculação com o povo. Pro julgamento do dia a dia a nomeação é ideal. Mas quando se trata de Câmara dos Deputados, se tratando do Poder Legislativo, de acordo com a teoria democrática, não uma teoria autoritária, de acordo com a teoria democrática do mundo inteiro, o Poder Legislativo é uma representação do povo, e o povo com seus defeitos, o povo com suas virtudes, o povo elege os deputados, e deputado é deputado, e deputados existem os bons, os ruins, os santos, deputados endiabrados, deputados sérios, honestos. É o povo. A Câmara dos Deputados, o Poder Legislativo, é a representação do povo brasileiro, nos seus defeitos e nas suas virtudes. Então, o que acontece, quem elege o Poder Legislativo é o povo, e só o povo é que pode, de fato, através dos seus representantes, os próprios deputados, cassar os mandatos. Tá na Constituição aqui, escrito, tradicionalmente no Brasil e em todas as outras Constituições. De modo que essa invasão do Supremo Tribunal Federal, em desacordo com a tradição brasileira, e em desacordo com a Constituição, me parece que tem que ser alterada, para manter o rito democrático, e não o rito autocrático, de dar ao Supremo Tribunal poderes que não são legítimos nessa área de ação política, ação institucional.

E: . Deputado, e especificamente sobre a PEC 33/2011, o que o senhor pensa sobre a PEC?

D: . Eu confesso que não lembro sobre a PEC. Mas acho que se alterar as funções do Supremo, ampliá-las ou diminuí-las dentro de uma filosofia democrática, acho perfeitamente aceitável. Agora, dar ao Supremo Tribunal determinados tipos de atividades que fogem realmente à essência da democracia, seja invadindo o Executivo, seja invadindo o Legislativo, não me parece uma coisa cabível, porque fere o sistema democrático. E na realidade no Supremo Tribunal Federal são 15 homens, 15 pessoas, que não tem representação política nenhuma, como acontece com os tribunais europeus, e eles não têm comportamento do tribunal norte americano, porque eles fugiram, em 1988, a Constituição realmente foi deturpada. Em vez de manter o Supremo Tribunal Federal de acordo com suas origens, origens em muito assimiladas às da Suprema Corte norte americana, nós trouxemos para o Supremo Tribunal funções que não são da Corte norte americana, são funções das Cortes europeias, dentro do regime parlamentarista, regime de Constituição do Supremo Tribunal diferente do que acontece no Brasil. Então trouxemos um Supremo Tribunal Federal assim, com determinadas áreas de ação que fogem a essência democrática desse tipo de instituição.

E: . E o senhor já ouviu falar do termo judicialização da política?

D: . Sim, isso ouve-se demais, tendo vários livros publicados sobre esse problema.

E: . Como que o senhor avalia a judicialização da política para o cenário político nacional?

D: . A judicialização da política precisa ser conceituada, o que que significa isso. Se a judicialização vem a ser um comportamento democrático do Supremo Tribunal em face da política, não tem problema. O Supremo Tribunal Federal pode realmente condenar um deputado, um senador, ou até o Presidente da República, mas isso deve ser feito dentro das linhas democráticas. Agora, o Supremo Tribunal Federal começar a influir, e os tribunais de um modo geral, começarem a influírem, na vida política, sobretudo na área eleitoral, na área eleitoral, a justiça eleitoral no Brasil, ela realmente invade a área política de uma maneira muito grande. Eles acham que a questão do sistema eleitoral no Brasil não é uma questão em decorrência da estrutura mal feita do nosso sistema de escolha de deputados. O nosso sistema que é adotado entre nós, deputados, não é majoritário, é um sistema proporcional, como ele está feito no Brasil, ele fortalece os grupos econômicos. Então eu diria, o Poder Judiciário atuar dentro da essência da democracia, ele vai bem, mas saindo fora disso, na área política, é uma judicialização altamente negativa, porque o juiz não é eleito pelo povo, o juiz é nomeado, e aí então nós cairemos dentro de mais uma deturpação do processo democrático.

5.

Deputado Paes Landim (PTB/PI)

19 de novembro de 2014

E: . O que que o senhor pensa sobre a PEC 33/2011?

D: . Bobagem. Pura bobagem. Completa ignorância da independência dos Poderes, que vem desde os tempos de Aristóteles. Montesquieu não foi original nisso. Aristóteles já falava disso em sua ‘Política’.

E: . Como que o senhor avalia a atual relação entre o Judiciário e o Legislativo?

D: . Bom, nós estamos num ‘hiperpresidencialismo’. As medidas provisórias tornaram o Congresso brasileiro fraco, no meu entender. O presidente dos Estados Unidos, que é o país mais forte do mundo, do ponto de vista de superpotência militar, no entanto o Congresso americano é mais forte que ele, sobretudo o Senado, tem iniciativa das leis, do orçamento etc etc.. No Brasil tudo é em função do presidencialismo, e em razão disso, a relação Congresso/Judiciário depende muito da relação Congresso/Executivo.

E: . Como o senhor avalia a atribuição do Supremo em processar e julgar crimes cometidos por parlamentares federais?

D: . Eu acho que o Congresso, ao invés de ele mesmo cassar parlamentares, deveria dar a licença imediatamente à denúncia que houvesse, e o Supremo resolveria isso. O Supremo é uma corte de onze pessoas, que julga de forma mais serena e equilibrada que um juiz singular.

E: . O senhor já ouviu o termo judicialização da política?

D: . Sim. A culpa é nossa. Se você faz uma Constituição como a nossa, que é um ‘catálogo telefônico’, tudo é judicializado hoje nesse país.

E: . O senhor acha que a judicialização da política foi uma das causas para a proposição da PEC?

D: . Não. A PEC é porque o Supremo tomou decisões que desagradaram setores políticos da sociedade brasileira.

E: . Quando o senhor votou pela não admissibilidade da PEC, foi uma posição individual do senhor, ou foi pela bancada do partido?

D: . Não, individualmente minha. Afinal de contas fui professor de Direito da UnB, e por isso tenho alguma noção da independência dos Poderes.

E: . Como o senhor avaliaria o trâmite dela? Ela será aprovada em plenário da Casa?

D: . Em absoluto não. Não tem o menor cabimento a tramitação dela. Espero que não.

6.

Deputado Leonardo Picciani (PMDB/RJ)
19 de novembro de 2014.

E: . Deputado, o que o senhor pensa sobre a PEC 33/11?

D: . Pelo que me recordo, não recordo exatamente do texto, mas me lembro que a discussão na CCJ ficou muito presa ao que é a competência da Comissão no debate de PECs, que é a questão da admissibilidade. Não se avançou em discussões de mérito, pelo menos a corrente majoritária da Comissão pregou que a Comissão pudesse dar o juízo de admissibilidade da PEC e deixar a discussão de mérito para a Comissão Especial. Então, o que me recordo daquele processo foi nesse sentido, de modo que, assim, eu não formei um juízo de convicção acerca do mérito da PEC. Me ative naquele momento ao exame de admissibilidade.

E: . Quando do voto, o senhor votou individualmente ou pela orientação do partido?

D: . Eu não recordo se teve orientação da bancada, eu acredito que tenha votado com a posição da bancada, até porque, tanto em 2013 como em 2014, eu tenha exercido a função de coordenador da bancada na Comissão. Então, é bem provável que eu tenha votado com a posição indicada pela bancada porque, provavelmente, tenha sido eu que fiz o encaminhamento em nome da bancada, ou se não fiz, ou se foi outro em seguida que fez, deveria haver um consenso na bancada, mas não recordo. Não recordo quem votou a favor ou contrário.

E: . A seu ver quais seriam os motivos, os possíveis motivos, para que tenha havido a proposição da PEC e para aprovação na CCJ?

D: . O cerne da questão é que nós vivemos, de fato, na minha opinião, um desequilíbrio federativo, desequilíbrio tanto nas relações federativas entre os entes quanto na relação entre os Poderes. Você tem o Poder Executivo agigantado frente aos outros poderes, você tem um

presidencialismo quase imperial, que tem cargos para distribuir e montar sua base usando instrumentos do clientelismo e do fisiologismo. Você tem um Executivo que controla a pauta do Legislativo por meio da edição abusiva de medidas provisórias, o que tem que se dividir a culpa com o próprio Legislativo, que não utiliza os seus instrumentos para impedir esse tipo de procedimento. E na outra mão você tem um processo mais recente do Poder Judiciário assumindo uma posição de extremo ativismo judicial, entrando em matérias que são nitidamente de competência do Congresso Nacional e isso de um argumento que, pessoalmente, creio que seja um tanto quanto falacioso, de falar “o Judiciário tomou essa medida porque o Congresso não legislou sobre o tema”. Mas, evidente que se o Congresso pode legislar, ele também pode não legislar, a decisão pode ser de não legislar, de manter o status do ordenamento jurídico, essa pode ser uma decisão de cunho político como é próprio do Congresso Nacional. Então esse argumento me parece um tanto quanto falacioso. Isso tem gerado, esporadicamente, não uma coisa articulada, espasmos de reação do Congresso Nacional em face dos outros poderes, numa busca de retomada das suas prerrogativas, na minha opinião, feita de maneira equivocada, não é nessas pequenas medidas, ou pequenos choques de competência que se resolverá isso. O Congresso resolverá a questão do seu reposicionamento frente aos outros Poderes quando de fato exercer as suas prerrogativas, quando não permitir que o Executivo comande a pauta como deseja, quando devolver as medidas provisórias sem exame, que não forem relevantes e urgentes, quando invadido pelo Judiciário, votar os decretos legislativos sustentando os atos, não só do Executivo, como do Poder Judiciário, aplicando o inciso XI do art. 49 da Constituição, que nunca foi aplicado no país, e legislando. Votando, não pode ser pautado pelo que vem do Judiciário, pelo que vem do Executivo. Fazer sua própria pauta em consonância com a sociedade, pois o Congresso tem o papel de representar. Então, essa é a minha opinião, mas a razão que leva a aprovação da PEC são, a meu ver, espasmos de reação frente a perda de prerrogativas do Congresso Nacional.

E: . E essa reação se daria a todo processo ou em relação a alguma decisão específica?

D: . Eu acho que se dá em face do processo como um todo. Matérias, decisões do Supremo, por exemplo, que versem sobre a questão eleitoral, é uma coisa que tem muito impacto frente ao Congresso, impacto grande a questão da fidelidade partidária, não obstante o mérito ser adequado ou não. Na outra ponta, o Judiciário sempre teve na questão da ficha limpa um posicionamento muito claro de defesa do princípio da inocência, da presunção da inocência. Ele só modificou esse entendimento quando o próprio Congresso modificou esse entendimento ao aprovar a lei da ficha limpa. Então, naquele momento, se inverteu um pouco os papéis, o Congresso passou um pouco do ponto, sem entrar no mérito, se é vantajoso ou não, mas de fato flexibilizou um princípio bastante consolidado da Constituição, que era o da presunção de inocência, e o Judiciário nesse caso, sempre muito ativo, passou para um polo mais passivo, acatando a decisão do Congresso, se o Congresso fez, não somos nós que vamos dizer que não podia fazer. Então, creio que esses temas sempre são muito sensíveis, a relação entre os poderes, acho que pro bem da relação o Judiciário deveria ter muito cuidado na condução desses temas, porque é um Poder não eleito ditando regras de eleição, um Poder eleito com voto popular sempre é mais complexo.

E: . Como o senhor avalia a atribuição do Supremo em processar e julgar crimes cometidos por parlamentares?

D: . Eu avalio como legítima, está no texto constitucional, essa é a regra constitucional e assim deve ser, a não ser que ela seja mudada. Pessoalmente, sou primeiro signatário, proponente, de uma Proposta de Emenda à Constituição que extingue a prerrogativa de foro em todos os Poderes, desde o Presidente da República até o promotor, procurador geral, juiz, ao deputado, senador, por uma razão simples, muitas pessoas, muitas autoridades na nossa Constituição, tem prerrogativa de foro. Inicialmente sempre fui um defensor da prerrogativa de foro por entender que ela era uma prerrogativa de defesa do mandato, portanto ela não era de defesa do parlamentar, ou do juiz ou do promotor, era uma defesa no caso do eleitor ou da sociedade, tinha que ter resguardado seus representantes e as autoridades que processavam e julgavam, operavam o direito. No entanto, da forma como essa discussão avançou na sociedade eu modifiquei o meu entendimento, para o entendimento de se extinguir a prerrogativa de foro, mas em todos os Poderes e ouvindo a opinião de todos os Poderes. Acho que o Congresso deve chamar o Poder Executivo e saber qual a opinião dos governadores, da Presidente da República, é de extinção do foro? Qual a opinião do Poder Judiciário, é de extinção do foro? Qual a posição do Ministério Público, é de extinção? Para a sociedade muitas vezes é pintado que essa prerrogativa é apenas do Congresso Nacional, apenas dos parlamentares, quando outros Poderes dispõem da mesma prerrogativa, em alguns casos com até mais solidez. Pois, o Congresso acabou com a imunidade, permitindo o processamento automático de parlamentares no exercício do mandato, que até o final da década de 90 não era possível, precisava, previamente, de licença, aliás até 2000, 2001 não era possível. Então, creio, que hoje é legítimo, o Supremo tem legitimidade por força da norma constitucional, pessoalmente meu entendimento é que deve se modificar, mas nesse momento, objetivamente na sua pergunta, acho legítimo, porque é constitucional.

E: . O senhor acha que o ativismo judicial e a judicialização da política foram causas para a proposição da PEC?

D: . Eu acho que sim, tenho convicção que sim.

E: . E como o senhor entende agora o trâmite da PEC, se vai passar, se será aprovada pelo plenário da casa?

D: . Não sei, tenho dúvidas, não acredito na aprovação. Acho que deve ser debatida como qualquer matéria que tramita no Congresso, debatida, aprovada ou rejeitada, pela maioria, pela regra democrática. Mas eu pessoalmente não acredito na aprovação da PEC.

E: . Então, diante de uma impossibilidade dela passar, a sua proposição seria mais para instalar o debate na sociedade, como na própria casa?

D: . Eu acho que sim, o debate é benéfico, dos limites da atuação do Poder Judiciário e também dos limites do Congresso Nacional. Tanto para não ir além, quanto para não ficar aquém do exercício dessas atribuições.

7.

Deputado Fábio Trad (PMDB/MS)

19 de novembro de 2014

E: . Deputado Fábio Trad, o que o senhor pensa sobre a PEC 33/2011?

D: . Eu penso que ela é inconstitucional, viola a cláusula pétrea do princípio da tripartição dos Poderes, uma vez que ela dá ao Poder Legislativo atribuições e prerrogativas que não são inerentes à sua essência. Daí porque sou contra.

E: . A seu ver, quais foram os motivos que levaram à proposição da PEC e sua consequente aprovação de admissibilidade na CCJ?

D: . Essa pergunta seria melhor respondida pelo autor da PEC, mas eu suponho que ele tenha querido promover uma reação em nome do Poder Legislativo ao que se denomina protagonismo judicial ou ativismo judicial, uma vez que as decisões do Poder Legislativo muitas vezes são revogadas pelo Poder Judiciário (neste ponto o deputado fala Legislativo, mas pelo contexto, infere-se que sua pretensão foi referir-se ao Judiciário), o que causa um certo desconforto em alguns membros que tem mais suscetibilidade às influências corporativas aqui da casa.

E: . Dentre as decisões tomadas pelo Supremo, quais aquelas que o senhor entende como razão de reação pelo Congresso?

D: . Eu não entendo assim, essa visão que eu suponho que o autor da PEC tenha adotado para apresentá-la. Na minha visão o Poder Legislativo muitas vezes se omite na tarefa de deliberar sobre questões que são afetas à sua competência, criando um vácuo normativo na sociedade, que através dos seus membros, que sofrem diretamente os problemas que poderiam ser solucionados pela edição de leis pelo Poder Legislativo, recorrem ao Poder Judiciário, que se vê, evidentemente, obrigado a aplicar a lei, porque essa é sua função.

E: . Como o senhor avalia a recente relação entre o Legislativo e o Judiciário?

D: . Hoje eu vejo como absolutamente tranquila, procurando ambos respeitar a independência e também a harmonia para a sua pacífica e institucional convivência.

E: . Como o senhor avalia a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar os crimes cometidos por parlamentares federais?

D: . Avalio como positiva a atribuição, uma vez que deputado federal exerce uma função pública relevante, é na verdade um mandatário da vontade popular e precisa, evidentemente, de uma instância que adote o máximo cuidado e escrúpulo na verificação dos fatos que podem vir a ocasionar uma condenação ou uma absolvição.

E: . O que o senhor entenderia por ativismo judicial e judicialização da política?

D: . Ativismo judicial seria uma atuação mais, digamos, proativa dos julgadores, no sentido de chamar a si a responsabilidade de declarar inconstitucionais algumas normas editadas pelo Poder Legislativo. O ativismo judicial por si só, não é nocivo. Ele é, de certa forma, uma disposição ativa do Poder Judiciário que, embora agindo apenas quando provocado, precisa em determinadas hipóteses assumir a responsabilidade de tutelar liberdades públicas e emitir decisões que podem, em tese, ferir suscetibilidades do Poder Legislativo. Com relação à judicialização da política, é preciso entender que muitas vezes, nas disputas intrapartidárias no âmbito da Câmara Federal em especial, a minoria ou a oposição se vê, digamos, sucumbente, derrotada em determinadas disputas e procura refúgio no Supremo Tribunal Federal para garantir os direitos que ela supõe que lhes assistem, de maneira que isso é natural, isso está previsto na Constituição, não temos como evitar que um partido ou um cidadão busque apoio do Judiciário, afinal de contas é cláusula pétrea constitucional, de maneira que a judicialização da política é um desdobramento natural da falta de aceitação dos resultados no âmbito dos conflitos parlamentares por parte de quem é sucumbente.

E: . O senhor acha que a judicialização e o ativismo foram possíveis causas para a proposição da PEC e para a aprovação na CCJ?

D: . Muito provavelmente. Talvez um sentimento mais acentuado de defesa das atribuições do Poder Legislativo tenha sido a responsável pela proposição e aprovação. Mas é importante destacar que a aprovação desta PEC não se deu de forma comum. Houve uma votação, me parece numa quinta feira, em que o colegiado não se fazia presente na sua grande maioria e apenas poucos deputados estavam presentes, de maneira que não houve uma discussão madura que pudesse nos dar a autorização para dizer que a CCJ aprovou depois de bem examinar essa causa. Foi uma aprovação, eu digo, atípica.

E: . Como o senhor avalia a tramitação dessa PEC? Há possibilidade de aprovação no Plenário da Casa?

D: . Não creio que seja aprovada porque a sua inconstitucionalidade me parece flagrante, patente, e, esta Casa não permitirá que o princípio da tripartição dos Poderes seja assim tão flagrantemente violado por uma votação que a pretexto de fortalecer o Legislativo vai resultar no enfraquecimento do Judiciário e também do próprio Legislativo Federal.

8.

Deputado João Paulo Lima (PT/PE)

19 de novembro de 2014

E: . Deputado, como o senhor avaliaria a recente relação entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário?

D: . Eu acho que já avançou muito, mas nós teríamos que aperfeiçoar ainda algumas questões, e tendo a clara compreensão de que o poder emana do povo, e a Câmara dos Deputados é, acima, de tudo, a casa do povo. Porque aqui nós temos uma diversidade muito grande de representação dos trabalhadores, de empresários, em que pese, nessa última eleição agora, setores dos seguimentos popular e sindical terem perdido espaço. Mas esse é o resultado das

urnas. Não vou falar aqui da importância da reforma política também. Mas em muitos momentos tem havido uma sobreposição do Judiciário sobre o Legislativo. Eu acho que tem umas questões de princípios, inclusive até da própria Constituição, e que há também uma responsabilidade da Câmara, que inclusive eu faço parte, pela demora, pela dificuldade de se chegar a um entendimento e conciliar os interesses, que muitas vezes não prevalece na Casa a premissa da essência da matéria. Muitas vezes, o que prevalece é o interesse partidário ou o interesse eleitoral, isso trazendo muitos prejuízos para a própria sociedade e para a própria democracia, haja vista a pressão por emendas parlamentares, haja vista a chantagem muitas vezes feita ao Executivo, e nesse âmbito, na verdade, muitas vezes o Judiciário extrapola os seus limites, tendo um ingerência direta no papel do Executivo e do Legislativo. Então isso tem que ser aperfeiçoado, por isso que a Emenda do Deputado Nazareno traz esse componente, a meu ver que é muito importante. Apesar de compreender as dificuldades de sua viabilidade, pela própria demora que o Congresso tem para resolver os seus problemas, suas dificuldades. Mas espero que isso seja um esforço, e que a sociedade possa compreender a importância do Congresso Nacional, principalmente da Câmara dos Deputados, que é a casa do povo.

E: . O que o senhor acha que motivou a proposição da PEC e sua consequente admissibilidade pela CCJ?

D: . Eu acho que é pela extrapolação do Judiciário em relação às suas atribuições constitucionais, por uma lacuna do próprio Executivo. Mas eu acho que isso não dá o direito de o Judiciário extrapolar os limites.

E: . Sobre esse extrapolamento, quais as decisões tomadas pelo STF que o senhor acha que deveriam ter sido tomadas no Congresso?

D: . Acho que muitas questões relacionadas à matéria eleitoral, funcionamento dos partidos, que em função de uma suposta interpretação da lei, o Judiciário começa a arbitrar uma determinada visão, que muitas vezes até por pressão da sociedade.

E: . Como o senhor avalia a judicialização da política para o cenário político nacional?

D: . Eu acho muito ruim para a democracia, é ruim para a Casa, é ruim para o Parlamento. Mas em parte, disso a responsabilidade é dos próprios parlamentares. É do próprio Poder que, por muitas distorções na atuação parlamentar permite esse tipo de desgaste.

E: . O que, especificamente, o senhor entenderia por judicialização da política?

D: . Olha, eu acho que é quando, na verdade, você muitas vezes recorre à Justiça, e essa Casa muitas vezes tem recorrido à Justiça, para a busca de uma solução. E muitas vezes a intervenção do Judiciário, muitas vezes de forma inadequada, em relação ao processo. Acho que não é uma coisa fácil de ser resolvida, e é por isso que ela não foi resolvida até agora pelo próprio Congresso, mesmo parte do Congresso Nacional se sentindo penalizada.

E: . O senhor acha que a judicialização da política foi uma das causas para a proposição da PEC?

D: . Eu acredito que sim.

E: . Como o senhor avaliaria a competência do Supremo para processar e julgar crimes cometidos pelos deputados federais?

D: . Eu acho que nesse sentido a decisão do Supremo é importante. O que eu acho é que a cassação e o afastamento do deputado, que foi eleito pelo povo, teria que ser feito pelos próprios deputados, não seria só uma homologação da decisão do Judiciário, mas eu acho que o papel, de tirar o mandato, é dessa Casa.

E: . Como o senhor avalia o trâmite dessa PEC? Há possibilidades de ela ser aprovada pelo plenário da Câmara?

D: . Eu acho que não, no mínimo nessa legislatura mais não. Na outra que vai ser mais conservadora, eu acredito que é muito difícil a aprovação dessa PEC. Eu, na verdade, não acredito na aprovação da PEC.

E: . Então por que ela teria sido proposta, já que a não aprovação é tão evidente?

D: . Isso é uma avaliação minha, não quer dizer que vá acontecer isso. Eu acho que na conjuntura de hoje, que na política tudo pode mudar, é um governo do PT, é um governo que tem dificuldades no Congresso, que governa muitas vezes de uma forma muito republicana. Então isso tem muita dificuldade na relação com o Legislativo. Então acho que essa Casa vai ter muita dificuldade de aprovar esse projeto. Eu na verdade, se não houver uma mudança significativa no quadro da conjuntura, eu não acredito na aprovação dessa PEC.

9.

Deputado Marcos Rogério (PDT/RO)

20 de novembro de 2014

E: . O que que o senhor pensa sobre a PEC 33 de 2011 ?

D: . Ela é uma PEC que afronta a separação de poderes. Você fazer a revisão de atos do Poder Judiciário pelo Legislativo isso é uma ofensa àquilo que a Constituição estabeleceu como separação de poderes e a autonomia das decisões de cada Poder. Uma coisa é você rever atos que extrapolem, que exorbitem o poder de delegação, outra coisa é você querer atuar na esfera jurisdicional, isso é algo impensável, seria um golpe à separação de poderes, enfim, à própria democracia. É um projeto muito perigoso, uma proposta de emenda muito perigosa. Quando ela foi aprovada na CCJ sua admissibilidade, portanto não é mérito, houve um movimento dentro do parlamento de insatisfação, justamente porque nós vivemos hoje no Brasil um período, assim, que exige muita cautela, de disputa entre os Poderes, de enfraquecimento dos poderes em razão dessa queda de braço permanente. É Judiciário querendo fazer a vez do Executivo, querendo fazer a vez Legislativo, quando legisla ao decidir em matéria que a

legislação não trata. O Legislativo querendo fazer as vezes do Judiciário, quando quer exorbitar no seu papel investigatório também. E o Executivo querendo fazer a vez de todo mundo, querendo legislar, julgar o que é certo e o que é errado, e executando. Então, eu vejo que há um crise entre os Poderes, que precisa ser administrada com a responsabilidade que todos temos que ter com a democracia, e com o Estado de Direito. Você tem essa questão da separação dos poderes, ela tem uma regra que foi definida por Montesquieu, quando fala das questões dos freios, só o poder freia o poder, e nisso você tem os chamados freios e contrapesos, então quando você tem um Poder que se acha superior ao outro Poder, alguma coisa está errada. Então eu acho que essa PEC está nessa linha de ofender a separação de poderes, e os freios que devem haver. Eu acho que o Poder Judiciário não pode exorbitar na sua função, tem que cumprir a lei, assim como o Poder Legislativo também não pode exorbitar na sua função, não pode extrapolar os limites que ele tem, então eu acho que o exemplo tem que começar de Casa, de cada Casa, o Parlamento respeitando pra ser respeitado, o Judiciário respeitando pra ser respeitado, e o Executivo respeitando as regras também para ser respeitado

E: . O que que o senhor acha que motivou a proposição da PEC e a consequente aprovação na CCJ?

D: . A motivação para proposição da PEC só o autor pode te dar, eu acho que cada um tem suas motivações pessoais. Eu particularmente acho que ela é um equívoco, depois que essa PEC foi aprovada, na época me manifestei, com relação a este tema, salvo engano no plenário, porque ela foi aprovada em uma sessão da CCJ, com um quórum bastante reduzido, naquelas sessões de quinta feira que normalmente tem temas de consenso, matérias que não são polêmicas, então você tem o quórum definido pela presença dos parlamentares, que passam na Comissão, assinam a presença e voltam para seus estados. Então aqueles temas que são consensuais você coloca em votação, vota naturalmente e referendado por quem passou pela sessão. Então muitas das vezes vai constar lá que o deputado X aprovou aquela proposta de Emenda, e na verdade não apoiou, porque ele passou na sessão no dia, registrou a presença, foi para o estado, e na ordem do dia dos trabalhos estava uma proposta que ele é contra, mas que pela ausência de corpo presente, acabou ajudando a aprovar. Na época nós até conversamos na Comissão com a Presidência, foi uma inclusão de votação desrespeitosa com os parlamentares. Porque essa proposta se fosse em uma sessão com a presença dos parlamentares em sua maioria, não seria aprovada tão facilmente, poderia até ser aprovada a admissibilidade, porque admissibilidade de PEC é uma coisa, discussão de mérito é outra, nesse caso especificamente, eu teria uma posição contra até a admissibilidade, porque ela ofende a separação de poderes, e nas regras da admissibilidade de PEC, você tem lá que a PEC não pode ser tendente à abolição da forma federativa, separação de poderes, a violação do voto direto, secreto e universal, enfim, você tem alguns critérios objetivos que são observados para você admitir uma Proposta de Emenda à Constituição. Nesse caso especificamente a proposta ofende a separação de poderes, ela poderia ter sido aprovada, com a presença dos deputados discutindo os temas, mas você teria o debate de algum que defende e de alguém era contra, o que não poderia ter sido permitido era uma votação sem a presença de um quórum qualificado pra discutir um tema desse, é uma PEC que tem um conteúdo extremamente exclusivo e perigoso. Mas ela está na Comissão Especial e no âmbito da Comissão Especial há a possibilidade de fazer as correções necessários, e de até rejeitar ela se os deputados que lá estão entenderem que o tema não deve avançar.

E: . A minha pergunta é nesse sentido, como o senhor enxerga o futuro trâmite dessa PEC, há alguma possibilidade dela ser aprovada pela Casa?

D: . Não acredito, particularmente não acredito na aprovação dela pela casa. Acho que essa proposta está na mesma linha suicida da PEC 37, que tratava da questão da possibilidade do Ministério Público fazer ou não fazer investigação criminal. É uma proposta que vai contra o interesse da sociedade, e o parlamento deve estar antenado com o interesse da sociedade, a Constituição Federal diz que o poder emana do povo que o exerce por meio de representantes, quando esses representantes agem desconectados da vontade popular, ou em desrespeito ou em afronta à vontade popular, há uma perda da legitimidade na representação, e esse é um tema que obviamente, a sociedade tomando conhecimento dele não vai concordar. Imagine você se essa PEC tivesse sido aprovada há dois, três anos atrás e nós tivéssemos uma decisão como a do Supremo Tribunal Federal recentemente na ação penal 470, será que o Congresso Nacional se acharia à altura pra rever a decisão do Supremo que condenou um grupo de políticos e parlamentares, que fizeram o que fizeram no mensalão? Então, você tem olhar pra essa proposta no pragmatismo que ela representa caso ela seja aprovada.

E: . Já que o senhor suscitou o tema, qual a sua posição sobre a atribuição do Supremo em processar e julgar processos advindos de crimes cometidos por parlamentares federais?

D: . Eu acho que em razão da prerrogativa de foro especial, as ações contra parlamentares são originárias direto no Supremo Tribunal Federal, diferente de outras pessoas que começam no primeiro grau, você começa aqui no Supremo. Eu acho que não é uma questão de opinião, é uma questão que a Constituição disciplina, que parlamentares, ministros, presidentes da República são processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal. Se você me faz uma pergunta diferente, sobre o que eu acho sobre a prerrogativa do foro especial, eu sou a favor da prerrogativa do foro especial, eu sou contra o fim do foro especial. Eu sou a favor porque o foro especial não representa benefícios ao parlamentar. Houve um tempo que representava, hoje não. Se você pegar o tempo que leva um processo que começa em um fórum de uma cidade no interior do Brasil, o tempo que aquele processo leva para ser julgado com todos os recursos que são possíveis dentro do processo, você vai ver que ele leva aí 10,15 anos, em alguns casos leva até mais que 15 anos, pra ser concluído, pra você ter o trânsito em julgado daquela decisão. Em muitos casos a pretensão punitiva já foi pro bebeléu, porque o processo demorou tempo demais. O Supremo Tribunal Federal na ação penal 470, demorou menos de 7 anos pra processar e julgar todo mundo, e estão na cadeia, alguns já até cumpriram pena. Se você perguntar para os réus do mensalão, se eles são contra ou a favor do foro especial, eles vão dizer que são contra. Então basta a sociedade fazer essa avaliação, se aqueles que foram condenados na ação do mensalão são contra o foro especial, é por que o foro especial é bom ou ruim pra quem comete crime? Simples, então o foro especial protege o bom parlamentar, o bom representante, mas ele apressa a condenação, acelera a condenação para o mal representante, porque você é processado e julgado em uma mesma instância, o máximo que você tem de recursos no âmbito do STF são embargos, agravo e embargos infringentes ou declaratórios, mais do que isso não é possível. E então o tempo do processo no Supremo é muito inferior ao processo que começaria em um juízo de primeiro

grau. Por isso eu sou a favor da manutenção do foro especial em razão da função exercida pelo parlamentar ou por outro representante seja do Judiciário ou mesmo do Poder Executivo.

E: . Como o senhor avalia a judicialização da política para o cenário político nacional?

D: . Eu acho que isso é um prejuízo à boa política, mas não dá pra fazer uma avaliação simplesmente de ser a favor ou contra a judicialização da política, porque a judicialização é decorrente de alguns comportamentos, de algumas circunstâncias. A judicialização da política é em razão do comportamento eleitoral, assim como a judicialização do legislativo é decorrente da má qualidade da produção legislativa, então não dá pra você simplesmente falar se sou a favor ou sou contra. Eu penso que a judicialização da política e a judicialização do processo legislativo, são decorrentes justamente de fatos e comportamentos que exigem a intervenção do Poder Judiciário, toda vez que há ofensa à direito, toda vez que há ofensa à algum bem, o Judiciário deve ser provocado. Freios e contra pesos, quando um Poder se acha acima da lei, ou acima dos interesses da sociedade, você tem que recorrer ao Judiciário, então a judicialização é necessária quando há violação de direitos ou quando há ameaça de violação desses direitos.

E: . Dentro dessa ideia que o senhor estava falando de recorrer ao Judiciário, quais são as decisões que foram tomadas pelo Supremo, que o senhor entende que deveriam ter sido tomadas pelo Congresso?

D: . Veja, o Supremo Tribunal Federal tem agido - e aí é uma crítica de forma à legislar a partir das suas decisões, aí é uma seara, não é a judicialização da política, mas é um Poder Judiciário que legisla a partir de suas decisões, o que é um prejuízo. Nós tivemos no caso das células tronco, o Judiciário decidindo, e a decisão deles servindo de referência legislativa, quer dizer, hoje esse é um tema que foi decidido no Supremo Tribunal Federal, a questão dos anencéfalos também, a questão também relacionada ao conceito de família e à heteronormatividade, ou a questão da união civil homoafetiva, é um tema que veio do Judiciário, a questão do aborto, por exemplo, que ainda não tem definição. Mas hoje há uma tentativa de se fazer isso também pelas barras do Judiciário, é um erro, é um equívoco. Nenhum outro Poder tem o poder de legislar, exceto pelo Legislativo. Toda vez que o Judiciário atua no sentido de com suas decisões ele estar legislando, ele está ofendendo um dos Poderes, enfraquecendo a separação de poderes, enfraquecendo um sistema que é o melhor sistema, não é perfeito, mas ainda é o melhor sistema. Nós temos três Poderes independentes, harmônicos entre si, e que deve cada um exercer o seu papel de forma que a sociedade seja beneficiada disso. Mas eu acho que o Judiciário nesse aspecto da questão de alguns temas que são temas polêmicos, o Judiciário tem se antecipado ao Legislativo, ou, muitas das vezes ao argumento de que o Legislativo é omissivo naquele tema, o Judiciário então legisla, decide positivamente. Isso é um erro, salvo o melhor juízo, é a minha opinião, eu acho que é um erro. E outra, o Legislativo não legisla só quando ele faz uma lei, ou quando ele aprova uma lei. Não aprovar um ato de determinada matéria, também é ato de legislação. Quando o Legislativo não avança pra aprovar, por exemplo, o aborto, o Legislativo está deixando de aprovar o aborto, e por isso não está legislando? Não, ele está legislando, ele está dizendo em outras palavras que ele é contra o aborto. Quando o Legislativo não avança para poder mudar o conceito de família, significa que ele não está legislando? Não, significa que

ele está dizendo que ele é contra esse avanço, não significa que ele é contra as pessoas, as pessoas têm o direito de fazer da sua vida o que quiser, faz parte das liberdades e das garantias individuais, direitos de personalidade, enfim. Mas traduzir em um novo conceito a questão de família não significa que o Legislativo esteja se omitindo, significa que o tema não alcançou maioria para ser aprovado no parlamento, e a democracia não é isso? Não é o respeito à vontade de uma maioria? E o parlamento é feito disso, então quando um outro Poder considera que o Legislativo não legislou, portanto se omitiu, sobre um determinado comportamento e ele faz as vezes, ele está exorbitando na sua função, porque se o Legislativo não o fez, certamente é porque no ambiente interno não há maioria capaz de estabelecer aquela norma. Isso também é uma forma de legislação, então eu tenho minhas cautelas com relação à isso, acho que o país tem que preservar essa tradição de separação de poderes sob pena da gente ofender a própria democracia e isso ultimamente tem sido alvo de bastante preocupação

E: . Como o senhor avalia a recente relação entre os Poderes Judiciário e o Legislativo?

D: . Eu vejo assim, acho que uma situação pontual ou outra, que tenha, de repente, tido alguns arranhões, mas acho que a relação entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo é uma relação respeitosa, que não tem comprometido, eu não vejo comprometimento das relações. O que eu vejo são situações pontuais de, repito, usurpação da função, às vezes o Legislativo querendo fazer o papel do Judiciário, está aí o exemplo das CPIs, que são necessárias. Mas às vezes o Legislativo acha que vai fazer aquilo que é o papel do Judiciário, e o Judiciário fazendo as vezes do Legislativo. Mas eu acho que nas relações institucionais, eu não vejo nesse momento nenhuma situação que comprometa as relações. Se você me perguntasse isso há algum tempo atrás eu poderia ter uma avaliação diferente. Já houve um momento de uma crise acentuada entre os dois Poderes, em razão de comportamentos pontuais, por exemplo quando o Supremo decidiu que as vagas de suplentes dentro do parlamento pertenciam aos suplentes do partido e não da coligação. Isso estremeceu as relações entre os Poderes, porque você faz coligação para ganhar a eleição, um partido sozinho no Brasil não consegue eleger ninguém, então o suplente é da coligação, isso é óbvio e todo mundo sabe disso. Mas o Supremo em algum momento entendeu que não, que a vaga de suplência era daquele partido do titular da vaga, isso estremeceu um pouco as relações, mas, as manifestações da época, fizeram o próprio Supremo Tribunal Federal amadurecer o tema, e, ao amadurecer o tema, reviu a decisão, e hoje, no âmbito das duas casas há um respeito mútuo. Recentemente, o Supremo decidiu que teria que julgar os parlamentares por turmas, por sessões, e não pelo pleno do Supremo. Isso também causou um desconforto dentro do Legislativo, houve manifestações, não só manifestações políticas, mas manifestações jurídicas também, apelos jurídicos também ao Supremo Tribunal Federal que revisse essa decisão, essa ainda não foi decidida pelo Supremo. Essas situações que obviamente provocam reações no âmbito dos Poderes, uma reação do Legislativo contra uma decisão como essa. Mas não são capazes de comprometer a relação e de respeito institucional entre as duas Casas. Eu acho que, as instituições são maiores do que as pessoas que estão dentro delas, então deve-se respeitar as instituições, e independência que cada uma deve exercer, porque não há outro caminho, você pode ter situações pontuais de desconforto, mas não vejo nenhuma crise capaz de comprometer a relação de respeito entre os três Poderes, não só entre o Legislativo e o Judiciário, mas

também o Executivo, acho que as crises são circunstanciais, mas as relações devem ser de respeito permanente.

10.

Deputado Luiz Couto(PT/RO)

24 de novembro de 2014

D: Essa PEC é do Nazareno. Nós votamos apenas pela admissibilidade. E a partir daí são várias as contestações, mostrando que essa PEC é inconstitucional. A OAB e também diversos parlamentares que participaram da votação e depois, quando da reação, começaram a dizer que ela é inconstitucional. De fato, ela fere a chamada Separação de Poderes, mas as outras cláusulas pétreas ela não fere. O problema que nós temos no País é que a Constituição diz que cada um dos Poderes tem a sua competência, mas eles devem agir de forma harmônica entre eles. A nossa Constituição, e o que o deputado Fonteles queria alterar é a quantidade mínima de votos dos membros de Tribunais para declarar inconstitucionalidade de leis, e também condicionar o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo STF à aprovação pelo Poder Legislativo. Eu votei pela admissibilidade. A nossa Constituição deve assegurar o princípio básico da democracia; o Poder Legislativo tem a sua competência; o Poder Executivo tem a sua competência; e, o Poder Judiciário tem a sua competência. O problema é que muitas vezes essas competências são invadidas, tanto pelo Executivo, que invade competência do Legislativo, quanto pelo Judiciário, que também tem invadido competência do Legislativo, em formulação de alguns princípios e de algumas resoluções que passam a ter efeito de lei e que invadem a competência do Legislativo. Ou seja, se os Três Poderes devem ser independentes e devem agir de forma harmônica, respeitando cada um a sua competência, acho que muitas vezes algumas decisões são mais políticas do que jurídicas, como também algumas leis que são aprovadas no Parlamento, mesmo que elas sejam inconstitucionais, mas por interesse de alguns seguimentos elas são votadas, e é claro que ao chegar o pedido de declaração de inconstitucionalidade no Judiciário, ele define que aquela lei é inconstitucional. Eu não fui relator, apenas estava lá como parlamentar e a gente segue muito o parecer do relator. Eu acho que o Nazareno, quando apresentou essa PEC foi porque havia algumas decisões que o STF tinha tomado, que ele considerava como que o Supremo estivesse invadindo a competência do Legislativo.

E: O senhor poderia citar quais decisões?

D: A questão das crianças que aquela doença (NÃO ENTENDI O NOME); a questão do contrato civil para os homoafetivos, e outros que no momento eu não tenho isso em mente, porque isso foi em 2011. Eu posso dizer a você que o Brasil precisa exercitar mais a chamada consulta popular, que se dá através do referendo e do plebiscito. Tanto que nós defendemos agora um plebiscito para que a população possa dizer qual a mudança, qual a reforma que o Brasil precisa fazer em relação ao sistema político, porque o sistema vigente está corrompido, apodrecido e precisa ser modificado. Mas a maioria do Congresso no Brasil hoje não defende mais o plebiscito; defende que os próprios parlamentares façam a lei e depois haja um referendo da população. Eu quero dizer que, se fosse votar no mérito, eu seria contrário a essa PEC 33. A não ser que nós tenhamos uma nova Constituinte para aí definir melhor as atribuições de cada ente federativo e de cada Poder. Porque, hoje no Brasil, de acordo com o

Pacto Federativo, a União, os Estados e Municípios, cada um com suas competências, suas atribuições e os recursos que são colocados para cada um desses entes. Mas o que a gente vê nesse momento é o município pedindo aos Estados, e estes por sua vez indo à União, e é aquela briga que nunca reforma que possa dividir melhor os recursos que são do País. Muitas vezes os Estados para conseguir ter fábricas adotam a renúncia fiscal, e termina não cumprindo as suas atribuições próprias.

E: Deputado, quando o senhor votou pela admissibilidade da PEC, o senhor voou de maneira individual ou segundo orientação do partido?

D: No caso, naquele momento, tratava-se de um companheiro de partido, o relator tinha uma posição favorável e ninguém levantou a questão. Depois que houve a reação, é que todo mundo começou a dizer (que seria inconstitucional), mas todos votaram pela admissibilidade. Ou seja, nem foi votada sua juridicidade, mas apenas sua admissibilidade; admitir para que, de fato, na comissão temática, na comissão especial possa analisar também a sua constitucionalidade e o seu mérito. Porque se a comissão especial não for instalada, significa que essa PEC 33 será engavetada. E como o deputado Nazareno não foi reeleito, significa que ela só poderá vir à tona novamente se um parlamentar solicitar o seu desarquivamento. Eu não farei isso. Muita coisa que diz respeito a essa PEC tem a ver com muitas decisões, que setores fundamentalistas consideram que o STF estaria fazendo uma leitura contrária àquilo que a Constituição assegura, por exemplo na questão do contrato civil e outras questões conflitivas também, como o caso da área dos índios (Raposa Serra do Sol). Aí entra o interesse pessoal de cada um, que pretende se faça a leitura que ele tem. Eu acho que o STF deve continuar exercendo plenamente a sua competência. É ele que pode dizer se a lei ou a medida provisória aprovadas ferem algum dispositivo. O que o deputado queria era aumentar o quórum para 4/5 para que os Ministros do STF pudessem definir essas questões. Se o STF toma algumas decisões que parecem ser mais políticas do que jurídicas, nós temos que contestar e temos que combater. Por isso nós defendemos uma profunda reforma do Judiciário, colocando critérios para indicações de Ministros.

E: O que o senhor entende, e como avalia a judicialização da política para o cenário político?

D: São dois erros: judicializar a política e depois politizar a justiça. Nesse aspecto é que nós consideramos que o País precisa passar por profundas reformas, como a reforma política, a reforma federativa, a reforma do sistema de segurança pública, uma reforma que possa distribuir melhor as riquezas e os recursos que o País tem, e uma reforma urbana, colocando mais equipamentos que possam dar condições de a sociedade ter esses serviços. Nós verificamos hoje que, daqui um tempo não teremos mais como andar de carro nas ruas.

E: O senhor acha que a judicialização da política pode ter sido uma das causas para proposição dessa PEC e para a admissibilidade dela na CCJ?

D: Eu acho que essa Casa adota um critério, que eu não concordo, de que quando alguém quer que algo, que embora tenha elementos inconstitucionais, mas é ligado à corporação, e os parlamentares que estão lá também são aqueles que defendem aquela posição, eles não votam analisando a juridicidade ou constitucionalidade. Verificam apenas se é admissível ou não. Se

tem algo que contraria o interesse de algumas corporações, eles votam pela não admissibilidade da matéria. Vários projetos são derrubados porque o relator diz que se votar esse PL ou essa PEC isso prejudicará os interesses da minha corporação, do lobby que ele representa, e então ele vota pela não admissibilidade. Essa transformação do aspecto jurídico em político e o que é jurídico numa vertente política, como, por exemplo, uma decisão do STF que tenha contrariado uma leitura fundamentalista sobre alguns fatos, então eu vou agora querer é politizar a decisão que o Congresso irá tomar com relação ao Judiciário. Acho que nós temos que respeitar as competências de cada ente federativo, fazer uma reforma federativa, mas também fazer uma reforma do Judiciário para que se tenha um maior controle e fiscalização desse Poder, porque o Executivo e o Legislativo são fiscalizados e o Judiciário, muitas vezes toma posições que contrariam interesses de alguns. Um exemplo patente foi a decisão com relação ao “Mensalão”, ou seja, a demora na votação deste processo que começou em Minas Gerais, e depois veio a questão do PT. Parecia que cada um que falava, fazia mais uma leitura política dos fatos do que apenas analisar as questões jurídicas, como as provas materiais e não apenas formulações feitas pela mídia.

E: Como o senhor avalia essa atribuição do STF de processar e julgar os crimes cometidos por parlamentares federais?

D: Eu acho que nós deveríamos acabar com essa...ou seja, que o parlamentar fosse julgado como qualquer cidadão. É claro que, do ponto de vista que ele assume da sua competência, considerando que a constituição diz que o parlamentar é inviolável nos seus votos e nas suas opiniões enquanto parlamentar, então nesse aspecto é um princípio em defesa da democracia. Enfim é preciso fazer com que a democracia seja plena para todos, ou seja, nós verificamos que algumas decisões tem interesses políticos por trás. Quando um ministro declara que o STF pode virar um Corte Bolivariana, isso significa que ele está fazendo uma leitura que não corresponde àquilo que está ocorrendo. Tem que haver uma forma de responsabilizar esse ministro de ter tomado uma decisão que contraria inclusive a própria Constituição. Nesse aspecto nós achamos que a reforma do Judiciário até deveria definir os critérios de escolha dos ministros. Acho que não deveria ter interferência nenhuma do Poder Legislativo ou Executivo na designação daquele que vai ocupar um cargo de ministro do STF ou do STJ, assim como nas justiças federal e na estadual. Porque nós sabemos que existem interesses políticos.

E: O senhor acha que a AP 470, conhecida como “Mensalão” pode ter sido como uma das causas para a proposição dessa PEC?

D: Não, acho que não. Foi mais por algumas leituras que contrariavam posições religiosas ou políticas dos parlamentares. Não houve essa questão porque a gente verificava nas votações uma fundamentação mais política do que jurídica, tanto que após uma mudança no STF, algumas decisões foram modificadas num segundo momento, inclusive com diminuição de pena.

E: O senhor acha que essa proposta vai para a gaveta?

D: Eu tenho certeza que, a não ser que alguém da vertente fundamentalista queira. Pra mim foi mais em cima das chamadas decisões do STF que resolveram alguns conflitos que nós consideramos que o STF estava agindo corretamente. Pelo que eu vejo, sem a presença do Nazareno que era o grande defensor, se ela não for votada na comissão especial até 31 de dezembro, ela será arquivada e só poderá ser desarquivada, se houver algum parlamentar que solicite o seu desarquivamento.

11.

Deputado Luciano Castro (PR/RR)

24 de novembro de 2014

A entrevista com o deputado Luciano Castro foi realizada, entretanto, por problemas técnicos, não houve a gravação da entrevista.

A fala do deputado se deu no seguinte sentido:

O parlamentar enxerga uma relação conflituosa entre os poderes, problema este advindo justamente das decisões tomadas no Judiciário, especialmente em questões eleitorais, em que o Supremo extrapola as suas atribuições, funções, interferindo com veemência no Legislativo. Vislumbra na judicialização uma das causas para a crise entre os poderes, e se coloca contrário ao foro privilegiado, de forma que uma das maiores causas para a relação conturbada entre os poderes está no julgamento de processos pelo Supremo.

12.

Gorete Pereira (PR/CE)

02 de fevereiro de 2015 (respostas via email)

E: O que Vossa Excelência pensa sobre a PEC 33/2011?

D: Nossa Constituição Cidadã completou 26 anos. É natural nós legisladores com o decorrer do tempo e as transformações que sofrem as relações e a sociedade propormos novos conceitos e novas realidades para o debate legislativo. A PEC 33/2011 é uma proposta para o Congresso Nacional iniciar a discussão sobre o rigor do controle de constitucionalidade das leis. Além disso, é oportuno o Congresso Nacional disciplinar as regras para as funções atípicas exercidas pelos outros poderes, como forma de respeitar a harmonia entre os poderes.

E: Quando da sua participação na sessão da CCJC que aprovou o parecer do relator, pela admissibilidade da PEC, Vossa Excelência votou de acordo com o seu entendimento/vontade ou houve alguma orientação da bancada para a tomada de determinada decisão?

D: Sou uma parlamentar que estou no meu 4º mandato na Câmara dos Deputados. Tenho 27 anos de experiência legislativa. Reconheço a importância da orientação da bancada e do respeito aos princípios partidários, mas como representante do povo não posso deixar essas questões sobressaírem as minhas convicções e minhas bandeiras. Votei pelo meu entendimento na análise da PEC 33/2011.

E: Quais as circunstâncias que, a seu ver, motivaram esta decisão da bancada? Quais as circunstâncias que motivaram Vossa Excelência a votar pela (não) admissibilidade?

D: As propostas apresentadas por nós parlamentares ou pelos outros poderes merecem ser discutidas no Congresso Nacional desde que atendam aos princípios constitucionais. Portanto, a análise da PEC 33/2011 foi totalmente formal, ou seja, agora após a aprovação passamos para a fase dos debates, onde realmente vamos conhecer o mérito e discutir os impactos das mudanças para a nossa Constituição e para o futuro das relações sociais e jurídicas.

E: Vossa Excelência sabe do que se trata ou já ouviu falar sobre o termo “judicialização da política” e “ativismo judicial”? Se sim, o que o senhor entende por eles?

D: As minhas bandeiras na Casa são ligadas a área da saúde e ao desenvolvimento econômico do Brasil. Não sou da área jurídica para defender a fundo o assunto, mas já me interei um pouco sobre o tema. O fenômeno em questão que acontece em diversos países foi dado ênfase no Brasil a partir da edição de súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal, bem como entendimentos sobre leis que envolvem efeitos diretos na política brasileira. Ou seja, um efeito que envolve o Poder Judiciário e o Poder Legislativo. Assim, entendo que os dois poderes devem encontrar uma solução por meio do debate, edição de leis para que as consequências da judicialização da política não violem a harmonia entre os poderes. Portanto, um dos objetivos da PEC 33/2011 é justamente prevenir e evitar as consequências negativas da judicialização da política.

E: Como Vossa Excelência enxerga a judicialização da política para o cenário sócio-político-econômico do país?

D: Todos os fenômenos que envolvem a sociedade, como por exemplo a judicialização da política, têm impactos em todas as áreas do país. O importante é como nós legisladores e como a Administração Pública em geral vai lidar com as situações. O que devemos fazer sempre é evitar prejuízos e conduzir todas as situações de forma preventiva.

E: Vossa Excelência acha que a judicialização foi essencial para a proposição da PEC ou existem outros fatores? Se sim, quais?

D: Não considero o assunto como essencial, entendo que é um dos motivos, mas outros como a revisão do rigor do controle de constitucionalidade é um dos fatores.

E: Como Vossa Excelência avalia a relação atual entre os Poderes Judiciário e Legislativo? Por quê?

D: Há temas polêmicos, há divergências, mas a relação entre os poderes é estabelecida com o fim de valorizar o Estado Democrático de Direito. Portanto, a relação atual segue os princípios estabelecidos na Constituição.

E: Quais temas que foram decididos no Supremo, o senhor entende que deveriam ter sido decididos no Congresso?

D: O Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição. Nós parlamentares somos competentes para sedimentar as relações e conflitos em leis. Dessa forma, os assuntos de interpretação da lei à luz dos princípios constitucionais e sua aplicação devem ser exercidos da melhor forma pelo Supremo, por conseguinte as leis devem ser elaboradas pelo Congresso Nacional.

E: Como Vossa Excelência enxerga o trâmite futuro da PEC? a. Aprovada nos plenários da Câmara e Senado e sancionada pelo(a) Presidente. b. Aprovada nos plenários da Câmara e Senado e rejeitada pelo(a) Presidente. c. Aprovada no plenário da Câmara e rejeitada no Senado. d. Reprovada no plenário da Câmara. e. Não será colocada em votação no plenário da Câmara.

D: Como disse anteriormente, estamos reunidos aqui no Congresso Nacional justamente para discutir e debater situações de mudanças, de melhorias. Atualmente, não vejo necessidade na mudança da tramitação da PEC, mas como parlamentar estou à disposição para analisar o tema nas comissões temáticas da Casa, bem como no Plenário.

E: De que maneira Vossa Excelência avalia a atribuição do Supremo e seus ministros para julgar e processar os crimes cometidos por parlamentares federais?

D: A minha avaliação é com base na Constituição. Concordo com o modelo praticado atualmente, mas como disse anteriormente estou à disposição para analisar eventuais mudanças e melhorias.