

**A CRISE FUNCIONAL DO ESTADO CONTEMPORÂNEO BRASILEIRO:
UMA ANÁLISE DAS PEC's nº 03/2011, nº 33/2011 E DO PRC 21/2011**

**THE FUNCTIONAL CRISIS OF THE CONTEMPORARY BRAZILIAN STATE:
AN ANALYSIS OF PEC's No 03/2011, 33/2011 AND THE PRC 21/2011**

MIRELLE MONTE SOARES¹

Resumo

O Estado passa por uma grave crise, que se desmembra em crises específicas, como a conceitual e a funcional. O presente artigo aborda especificamente a crise funcional, caracterizando-a de forma exaustiva, para em sequência analisar um aspecto específico: a disputa atual entre Legislativo e Judiciário. Como há muito se alerta, o Judiciário brasileiro, em algumas decisões, tem extrapolado seu poder, alcançando competências constitucionais do Legislativo. Após observar tal comportamento do Judiciário, analisaremos de forma exemplificativa três respostas dadas pelo Legislativo, na tentativa de reaver seu poder – e às vezes até mesmo aumentando-o: a PEC nº 3/2011, a PEC nº 33/2011 e o PRC nº 21/2011, todos de autoria do Deputado Federal Nazareno Fonteles. Como conclusão, mostra-se a causa dessa disputa e que a crise ainda está para chegar em seu momento ápice no Brasil, com o travamento frontal dessa disputa, tendo o processo do mensalão como palco.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Piauí. Pós-Graduada em Direito Tributário do Instituto de Educação Continuada (IEC-PUC Minas). Aluna do programa Pós graduação *stricto sensu* da Unisinos.

Palavras-chaves: Crise do Estado. PEC nº 03/2011. PEC nº 33/2011. PRC nº 21/2011.

Abstract

The State is passing through a serious crisis, which breaks down into other crises, such as the conceptual and the functional. The present essay deals specifically with the functional crisis, characterizing it in full, so therefore analyses just one specific aspect: the current dispute between the Legislative and the Judicial powers. As already known for so long, the Brazilian Judicial power, in some decisions, has extrapolated its power, reaching constitutional powers of the Legislative. After observing such behavior of the judiciary, we look so exemplary three answers given by the Legislative in an attempt to regain his power - and sometimes even increasing it: PEC No. 3/2011, PEC 33/2011 and CRP No. 21 / 2011, all authored by Congressman Nazareno Fonteles. In conclusion, it shows the cause of this dispute and that the crisis is yet to get its moment summit in Brazil, with the locking front of this dispute and the mensalão case as stage.

Keywords: State crisis. PEC nº 03/2011. PEC nº 33/2011. PRC nº 21/2011.

INTRODUÇÃO

O Estado Contemporâneo brasileiro passa por um período de crise. Para o estudo desse artigo, focar-se á na crise funcional do Estado, que é definida por José Luis Bolzan de Moraes como um reflexo dos problemas do Estado de bem-estar social. É a crise enfrentada pelas funções de governo, tanto internamente quanto externamente. Internamente, partindo da ideia tripartite do Estado, Legislativo, Executivo e Judiciário disputam o mesmo espaço, numa luta fratricida, cada um em busca de mais competências.

Imaginando-se tal cenário como uma batalha, a luta a ser analisada agora tem como lutadores legisladores e juízes, o ringue dessa batalha é a crise funcional do

Estado Contemporâneo. O ringue, os lutadores, as táticas de combate e os golpes serão estudados em alguns de seus aspectos neste trabalho. Será dada especial atenção para o contra-ataque dado neste momento pelos legisladores.

Acontece que os juízes estão há muito atacando, principalmente com o ativismo judicial e a judicialização da política. Como resposta, o Legislativo tenta retornar o seu poder, sendo a função única com competência constitucional para legislar. O Legislativo, passado para trás e tornado um Poder inferior pela capacidade criativa e interpretativa do Supremo, começou a tomar atitudes que possam frear o vigor legiferante da Corte. Dentre as medidas tomadas, ganham destaque a PEC nº 3/2011 e a PRC 21/2011, ambas de autoria do Deputado Nazareno Fonteles. A PEC nº 03/2011 permite ao Congresso Nacional sustar atos normativos viciados emanados do Poder Judiciário, como já lhe é permitido fazer em relação ao Poder Executivo. O PRC nº 21 pretende alterar o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, criando a Comissão de Controle Legislativo dos atos normativos dos Poderes Executivo e Judiciário.

Esta disputa entre funções, especialmente entre a Legislativa e a Judiciária apresenta seu ápice no momento atual do Estado Contemporâneo brasileiro, com o embate cume entre os dois Poderes: de um lado, o Judiciário nunca esteve tão forte, chegando mesmo a criar leis – ainda que as chame de resoluções –, usurpando a competência do Legislativo. Apenas para citar, recentemente houve o caso dos fetos anencéfalos, do casamento homossexual, o da verticalização partidária e da fidelidade partidária – todas decisões que ultrapassaram o poder das Cortes de interpretar as leis e a Constituição. De outro lado, tem-se o Legislativo tentando recuperar seu poder, por vezes por vias tortas e também extrapoladas. Estudar-se-ão a PEC e o PRC para concluir se eles se enquadram como resposta correta do Legislativo ou se este Poder tenta corrigir um excesso com outro excesso.

I A CRISE FUNCIONAL DO ESTADO CONTEMPORÂNEO BRASILEIRO

José Luis Bolzan de Moraes em seu livro “As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Especial dos Direitos Humanos” enquadra as crises enfrentadas pelo Estado Contemporâneo em crise conceitual, estrutural, institucional, funcional e política. A crise conceitual apresenta-se pela dificuldade encontrada em conceituar o Estado. Seus elementos clássicos ou sofreram alteração de significado ou não conseguem mais caracterizar o Estado de forma completa e satisfatória. Os elementos

constitutivos do Estado (povo, soberania e território) já não são o bastante. A própria soberania precisa ter seu conceito revisto, diante da nova realidade mundial. Afirmo o professor: “Falar em soberania, nos dias que correm, como um poder irrestrito, muito embora seus limites jurídicos, parece mais um saudosismo do que uma avaliação lúcida dos vínculos que a circunscrevem” (MORAIS, 2011). Outro conceito que perde o sentido é o de povo. Há vários países em que não há essa unidade. Na Espanha, por exemplo, há os bascos e os galegos, que possuem idiomas próprios e se consideram mais bascos e galegos do que espanhóis. Há os curdos na Turquia – povo sem território. Na América do Sul, com o neoconstitucionalismo latino-americano, em especial com a Constituição da Bolívia, há o reconhecimento do Estado que em seu território existem mais de um povo, tendo inclusive sistemas jurídicos separados, obedecendo as tradições locais.

Já a crise estrutural está ligada ao fim do Estado de bem-estar social. Uma das principais características dessa crise é a sua crise fiscal: os problemas de caixa do Estado do bem-estar social apenas aumentaram desde a década de 60. Há também a crise ideológica, que reflete na crise filosófica – que trata dos fundamentos de tal Estado.

A crise institucional corresponde ao processo de desconstitucionalização, que se alega ser promovido pelo neoliberalismo. Ainda, ela é provocada pelo abismo entre o que a Constituição garante e ao que de fato se tem acesso.

Quanto à crise política, esta diz respeito à representação política; o tipo de democracia representativa tida no Brasil. Sobre ela, Chevalier aponta sua desestabilização, tanto no liame político, quanto no vínculo cívico. Essa desestabilização dá-se tanto pela desconfiança do povo nos seus representantes, como há uma crise de participação do povo, em decorrência da desconfiança. Rosanvallon a chama de crise estrutural, como consequência da dessacralização da eleição (ROSANVALLON, 1997).

Por fim, há a crise funcional. Dentro da idéia tripartite do Estado, sua crise funcional se torna palpável, diante da judicialização da política e da tentativa do Legislativo em retomar o seu poder exclusivo. Esta disputa pelo Poder reflete na sociedade e é papel da Academia discutir suas implicações, fazer seu diagnóstico e encontrar o papel do Direito neste embate.

De um lado, o Judiciário amplia cada vez mais seus poderes, com a judicialização da política. Há várias decisões que mostram a expansão deste Poder e das

decisões políticas tomadas. Como bem explica Lênio Streck (STRECK, 2012) só há democracia consolidada, se a Constituição é vista como a “explicitação do contrato social”. Toda atividade hermenêutica deve, portanto, tomar como fundamento maior a Constituição, sob pena de vivenciar verdadeiros “estados de exceção hermenêuticos”.

Ocorre que O STF tem decidido reiteradamente em desacordo com a Constituição e em contrariedade com o Legislativo, por vezes mesmo criando leis. Isso evidencia o solipsismo praticado na mais alta Corte do país, o que leva a uma obscuridade e insegurança jurídica enormes – muito embora alguns chamem de mutação constitucional (MENDES, 2004).

Bolzan de Moraes, em seu livro “As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Especial dos Direitos Humanos”, define a crise funcional do Estado Contemporâneo como sendo aquela em que as funções estatais perdem seu poder tanto internamente, quanto por agentes externos. Em suas palavras: “Portanto, sem discorrermos acerca da teoria tripartite, o que não é objeto da presente análise pressuposto que está o seu conhecimento, devemos avançar diretamente para aquilo que diz respeito à sua revisão diante do contexto de perda de centralidade e exclusividade da figura do Estado, como até aqui refletido, bem como ante o rearranjo que se percebe nas suas inter-relações, seja como decorrência das próprias crises – em especial das crises conceitual e estrutural – seja como consequência da sua própria funcionalidade e de disputas internas (BOLZAN DE MORAIS, 2011)”. Destaca-se ainda sua impressão sobre a disputa de poder entre as funções: “De outro lado, é preciso que se remonte mais uma vez e ainda as transformações que se observam nas relações mesmas entre as funções estatais tradicionais quando, ao que parece, cada uma delas, como reflexo de sua perda de importância própria, se projeta por sobre aquilo que tradicionalmente seria atribuição característica de outra ou, em decorrência mesmo da fragilização das *funções de governo* e sua incapacidade de realizar as promessas contidas no projeto constitucional fazem crescer e se transformar o papel da *função de garantia*, constituindo-a como ambiente de disputa e busca de satisfação de interesses individuais e coletivos” (BOLZAN DE MORAIS, 2011).

Como já acima mencionado, há agora uma pluralidade de atores e não mais apenas as funções clássicas do Estado – ele passa a atuar ao lado desses novos atores. Além disso, internamente, as funções de governo disputam entre si os poderes, temendo sua diminuição já contra-atacam para manter-se independente e cada vez maior. Isso

acaba por gerar uma guerra fratricida, que fragiliza as funções. A judicialização da política nada mais é do que um dos aspectos dessa disputa.

Como o Estado de bem-estar social não cumpre com muitas de suas promessas, apesar de haver a garantia constitucional, a alternativa é recorrer à judicialização da política para fazer valer seus direitos. Assim, sai-se de um ambiente de funções de governo para um de funções de garantia – que nada mais é do que colocar nos Tribunais a expectativa de cumprimento das garantias sociais.

No Brasil, com a Constituição de 1988, dá-se início ao Estado Democrático de Direito, que tenta fazer uma transformação social. Na Constituição há a promessa de fim de todas as mazelas sociais enfrentadas no país, garantindo o acesso de todos aos benefícios sociais. No entanto, contraditoriamente, quanto mais acesso se tem teoricamente menos se vê esse progresso chegando para os mais pobres. Assim, não resta outra alternativa a não ser se socorrer no Judiciário para que ele dê a resposta política que, em princípio, cabia ao Governo. Lênio Streck observa os benefícios dessa maior atividade judicial: “Nos últimos anos o STF tem participado, cada vez mais incisivamente, da vida política nacional. Isso deveria ser alvissareiro uma vez que — como veremos a seguir — a existência de um Poder Judicial independente que funcione como efetivo garantidor dos direitos fundamentais é um marco definidor de um Estado Democrático de Direito. Vale dizer, em uma democracia constitucional, o Judiciário tende a aparecer mais porque as demandas pela concretização de direitos (civis, políticos e sociais) são efetivamente reconhecidas pelo Estado e a sua proteção cabe, efetivamente, ao guardião da Constituição (STRECK, 2012)”.

O que ocorre, no entanto, é que o Judiciário extrapola sua competência constitucional, em vez de interpretar, escolhe lados, decide exclusivamente politicamente, cria “resoluções”, “atos normativos”, “instruções” que são, na verdade, verdadeira criação normativa; o Judiciário passa a legislar, usurpando um poder que é do Legislativo. São inúmeros os exemplos em que os tribunais brasileiros extrapolam sua competência e decidem eles mesmos temas importantes para a sociedade e que deveriam ser debatidos em seu local próprio: o Congresso – locus privilegiado da legitimidade democrática brasileira. Ademais, é de se perguntar sobre a legitimidade democrática de uma decisão por vezes inconstitucional do STF, como o caso paradigmático dos fetos anencéfalos.

Rosanvallon trata da legitimidade dos poderes por meio da teoria política. Ele caracteriza a representação-delegação (típica dos representantes eleitos) e a

representação-figuração(vinculada à ideia de personificação) como a forma clássica de representação, mas fala também da nova ordem, através das autoridades independentes. Preferencialmente, elas obedecem o princípio colegiado, garantindo maior feição coletiva, social e democrática. Ainda, é preciso que haja prova da validação desse poder. É preciso que o “povo” valide as decisões daquele órgão, as imparcialidade, seja pessoal seja funcional.

Além de Bolzan, vários outros autores nacionais e internacionais se ocupam em estudar as crises do Estado, como Jacques Chevalier, em sua obra “O Estado Pós-Moderno”, caracteriza o Estado pós-moderno e faz um diagnóstico bastante preciso sobre seus problemas.

Entre as crises do estado pós-moderno, Chevalier detecta: **a crise da arquitetura estatal** (falta de critérios para caracterizar o estado pós-moderno, devido a crise enfrentada por suas fundações); **a fragmentação da estrutura estatal**; **a crise da modernidade jurídica**; e **a crise da democracia**. Portanto, esse tema é atual e bastante complexo, necessitando-se estudá-lo em grau aprofundado e voltado ao Brasil.

Enfatiza-se que a criação de autoridades independentes tem sua origem, frequentemente, no reconhecimento das disfunções ou nas insuficiências do Estado tradicional. Corresponde, então, a um “ato político de desconfiança do legislador em respeito a outros poderes ou autoridades’ (Rosanvallon)

2 A RESPOSTA DO LEGISLATIVO E A PEC Nº 33/2011

Como largamente demonstrado acima, várias são as decisões do STF contraditórias à própria Constituição. Com esse ativismo, o Judiciário acaba usurpando o poder de debate e criação de leis pelo Legislativo. Como resposta, o Legislativo tenta constranger o Judiciário e retornar a ter a exclusividade de legislar. Uma dessas tentativas vem da PEC nº 33/2011, do deputado federal Nazareno Fonteles, que aguarda indicação de relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Em sua ementa, o deputado esclarece a alteração pretendida: “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”.

Sobre a PEC nº 03/2011, mas aplicável à PEC nº 33, Lênio afirma: “Efetivamente, nada é gratuito. Não é difícil perceber que esse sucesso inicial da

referida PEC na CCJ da Câmara representa um sintoma da patologia que vem se alastrando no Judiciário brasileiro. Trata-se de um “troco” do Legislativo ao Judiciário... Sintomas, à evidência, do “estado de natureza interpretativo” que se estabeleceu no Judiciário de *terrae brasilis*, onde cada um decide como quer, inventam-se princípios, aplicam-se teses sem contexto, além da “escolha” que tribunais fazem acerca de “cumprir a lei ou não cumprir a lei”... Isso para dizer o mínimo” (STRECK, 2012).

Como fica evidente, o Legislativo está tentando trazer de volta ao Poder os debates importantes que acontecem no seio da sociedade, tentando trazer para si o mando final sobre esses assuntos, como o recentemente discutido aborto de fetos anencéfalos. Afinal, ele é o Poder responsável por emanar a vontade popular; ele é o criador das leis, não o Judiciário.

Para o Deputado criador da PEC, “O ativismo denota um comportamento, um modo proativo de interpretar a Constituição por parte dos membros do Poder Judiciário. Adotando essa postura, os magistrados, para o deslinde da controvérsia, vão além do que o caso concreto exige, criando normas que não passaram pelo escrutínio do legislador”.

É preciso analisar separadamente cada aspecto da PEC nº 33/2011: a alteração da quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis para a necessidade de maioria absoluta dos membros; o condicionamento do efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submissão ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. Quanto ao primeiro aspecto, pretende a PEC alterar o art. 97 da CF:

Artigo 1º. O art. 97 da Constituição Federal de 1988 passará a vigorar com a seguinte redação;
Art. 97 Somente pelo voto de quatro quintos de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou do ato normativo do poder público.(NR).

Quanto a quantidade de votos necessários para a maioria declarar a inconstitucionalidade de leis, entende-se que é uma tentativa de dificultar tal declaração, uma “queda de braço”, um “troco” dado pelo Legislativo. No entanto, a maioria necessária é algo apenas deliberativo do Legislativo, não sendo essa parte da PEC inconstitucional.

Passando para a segunda consideração, a alteração passa a ser a seguinte:

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

Art. 103-A O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de quatro quintos de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, propor súmula que, após 2aprovação pelo Congresso Nacional, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

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

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

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

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

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

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

Percebe-se que o STF não mais aprova súmula, ele apenas a propões, cabendo ao Congresso aprová-la. Portanto, a súmula só teria validade depois de passar pelo crivo do Congresso, que teria 90 dias para votá-la, sob pena de aprovação tácita. Seria uma “medida provisória judiciária”. Quanto a esse aspecto, é importante que os doutrinadores jurídicos a estudam, haja visto que sua aprovação representa grande inovação.

É evidente que as súmulas vinculantes, da forma como são feitas no Brasil, representam grave risco ao Direito, por aprisionarem o sentido, por serem às vezes forma de criar lei pelo Judiciário. Conforme Lênio: “Há matérias sumuladas contrárias a lei e a Constituição. Quem não lembra da Súmula 2, do STJ, que praticamente acabou com o Habeas Data? A própria Súmula Vinculante 11 não obedeceu o seu próprio rito. A SV 5 contraria a Constituição. Antigamente, fez-se a Súmula 554, “alterando” o Código

Penal. Furto e sonegação de tributos são tratados de forma absolutamente diferenciada; na verdade, para o legislador e também para o Poder Judiciário e o Ministério Público, é mais grave furtar do que sonegar, como se não existisse Constituição e tampouco a obrigação de se aplicar o direito de forma isonômica. E mais não é preciso dizer, neste momento. Imaginemos o número de atos normativos (que não tem o *status* de lei ou súmula) que contrariam a Constituição?” (STRECK, 2012)

Fica claro que as súmulas vinculantes carecem também de legitimidade democrática para existirem. Percebendo isso, a PEC tenta dar legitimidade democrática às súmulas, exigindo sua aprovação pelo Legislativo. Ocorre, no entanto, que cabe também a este Poder fazer sua mea culpa, uma vez que a justificativa das súmulas às vezes é falta de lei, ou de claridade de leis confusas.

Apesar desse aparte, é de fundamental importância que se discuta tanto a validade e legitimidade das súmulas, quanto essa tentativa do Legislativo que, ao menos, garante sua legitimidade e dá ao Poder correto a competência de criar leis.

A última alteração proposta pela PEC é a seguinte:

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

"Art. 102. ...

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

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

§2º-C É vedada, em qualquer hipótese, a suspensão da eficácia de Emenda à Constituição por medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal. (NR)

Essa alteração sim é completamente inconstitucional! Aqui, tenta o Legislativo usurpar o lugar do Judiciário. Em ação direta de inconstitucionalidade, cabe ao STF e apenas a ele declarar a (in)constitucionalidade da lei, sem depender de aprovação pelo Congresso e menos ainda a consulta popular.

O artigo 102, I, “a” da CF, com a Emenda nº 3/93, passou a ter o seguinte teor:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

O locus para a discussão sobre constitucionalidade de leis, quando proposta a ação, é claramente o STF. Ademais, não pode o Poder submeter sua competência a aprovação de outro Poder. Isso quebra a divisão dos poderes e sua autonomia. Não pode jamais o STF submeter seu controle de leis ao Legislativo. Cada um deve exercer seu poder de forma autônoma: o Legislativo cria leis e o Judiciário decide sobre sua constitucionalidade. Não pode o Legislativo, na tentativa de conter o ativismo judicial, ele mesmo fazer um “ativismo legislativo”, extrapolando sua competência e tentando submeter a sua aprovação as decisões constitucionais de outro poder que não lhe compete.

3 A PEC Nº 03/2011 E O PRC Nº 21/2011

Como falou Chevalier, os Poderes estão em conflito; não há um liame definido no Brasil sobre a competência de cada um. O que se vê é a constante judicialização da política. Aliás, vive-se hoje no Brasil a judicialização de tudo: religião, política, sociedade. Ao analisar a polêmica sobre a laicidade do Estado e os dizeres religiosos nas notas de dinheiro, Lênio fala categoricamente: “Claro que minha análise é hermenêutica. Não importa o que eu penso sobre o assunto. Tais escolhas são de índole da razão prática solipsista. E estas não importam. O que falo, aqui, é do âmbito do Direito. E Direito não é filosofia, não é política, não é sociologia, não é religião, como venho deixando claro. E o que discuto são os espaços da judicialização. Ou o imperialismo da judicialização sobre esses espaços culturais que devem ser discutidos no plano de outra esfera, que não a do Judiciário! É assim que este texto deve ser lido (STRECK, 2012)”!

Além do problema da judicialização, há também o ativismo judicial. Com ele e focados na permanência da filosofia da consciência, os juízes decidem conforme querem. Eles passam a ‘interpretar’ as leis para aplicá-las conforme a conveniência e sua consciência. Assim, há sentenças e acórdãos de todos os tipos: certos, errados e os que chegam ao absurdo mesmo de criar leis, tão absurda foi a interpretação. É por causa desses dois males que o Judiciário cooptou para si uma competência que é

constitucionalmente do Legislativo. E isso representa bem a crise funcional: um Poder assumindo competência do outro. Como era de se esperar, o Legislativo tentar reaver sua competência, às vezes, também tentando assumir competências do Judiciário.

Sobre a tentativa de se redefinir a competência de cada poder, necessária se faz a análise da PEC nº 3/2011. Sua redação pretende alterar o art. 49, V da Constituição, que passaria a ter a seguinte redação:

Art. 1º O inciso V do art. 49 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art.49.....

V – sustar os atos normativos dos outros poderes que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

.....

O Deputado Federal Nazareno Fonteles, que a apresentou, assim a justifica: “Como podemos observar, a redação que estamos apresentando para o inciso V, do art. 49, é congruente e coerente com a redação já existente no inciso XI, do referido artigo. Ou seja, a substituição da expressão “do Poder Executivo” por “dos outros poderes”. Assim, nada mais razoável que o Congresso Nacional passe também a poder sustar atos normativos viciados emanados do Poder Judiciário, como já o faz em relação ao Poder Executivo. Com isso estaremos garantindo de modo mais completo a independência e harmonia dos Poderes, conforme previsto no art. 2º da CF. A inscrição, nas constituições, de regras claras sobre o funcionamento harmônico e independente dos poderes fortalece o regime democrático, evitando que ocorram, com frequência, conflitos de competência entre os mesmos e o conseqüente desgaste de suas imagens perante a opinião pública”.

Ocorre que o deputado não percebeu que extrapolou os limites da competência do Legislativo. Lênio Streck bem esclarece o real motivo de tal PEC: “Efetivamente, nada é gratuito. Não é difícil perceber que esse sucesso inicial da referida PEC na CCJ da Câmara representa um sintoma da patologia que vem se alastrando no Judiciário brasileiro. Trata-se de um “troco” do Legislativo ao Judiciário... Sintomas, à evidência, do “estado de natureza interpretativo” que se estabeleceu no Judiciário de *terraebrasilis*, onde cada um decide como quer, inventam-se princípios, aplicam-se teses sem contexto, além da “escolha” que tribunais fazem acerca de “cumprir a lei ou não cumprir a lei”... Isso para dizer o mínimo” (STRECK, 2012).

Mais ainda, o professor explica de forma contundente o óbvio: o controle das decisões do judiciário deve ser feito por ele mesmo, pela hermenêutica, não por outro poder, que tente o limitar. “Se é certo que a atividade jurisdicional deve ser exercida segundo uma rigorosa fundamentação e se é certo que é necessário problematizarmos, pela via da teoria do direito, os limites interpretativos de modo a construir anteparos para a atividade jurisdicional, também é igualmente verdadeiro que esses limites não podem — de forma alguma — ser feitos por um outro Poder da República, como que a repristinar um perigoso “controle político” do poder judiciário, como o constante no art. 96 da Constituição de 1937 (a nossa “polaca”). O relevante controle das decisões judiciais — que, registre-se, é uma necessidade democrática — deve ser hermenêutico e de forma alguma poderá ser aceito um controle político das decisões” (STRECK, 2012).

De forma contundente, ele critica diretamente a PEC nº 3/2011: “Sendo bem mais claro: em hipótese alguma, a juristocracia pode ser vencida pela instituição de uma espécie tardia de *Polizeistaat*. Nesse caso, o problema apenas mudaria de endereço na praça dos três poderes: do Poder Judiciário em direção ao Congresso Nacional. Ou seja, se o ativismo do Poder Judiciário se mostra perigoso ao ponto de o Poder Legislativo pretender limitá-lo via EC 3, não é a simples transferência do polo de tensão para o Poder Legislativo que resolverá a “questão da democracia”. Ao fim e ao cabo, a PEC 3, apontando de volta para o século XIX, não merece mais do que uma onomatopéia que é dita pressionando a língua entre os dentes.

Numa palavra final: para resolver os problemas do ativismo judicial, da vontade de poder (*WillezurMacht*) ou do voluntarismo, não precisamos voltar ao hermetismo do século XIX, como querem os parlamentares que aprova(ra)m a PEC 3 na CCJ. Para tirar a água suja, há que se cuidar para não jogar a criança junto... E nem vamos resolver o problema da traição tirando o sofá da sala... Não podemos nos comportar como o sujeito que, tendo perdido o relógio, pôs-se a procurá-lo debaixo de um poste de luz, longe do lugar da perda...porque ali era mais fácil!”(STRECK, 2012)

Perceba-se a que ponto a crise funcional do estado chegou: o Legislativo, por meio de uma PEC, pretende ele mesmo controlar as decisões e os atos normativos do Judiciário, tornando-se ele o poder absoluto do estado, aquele que pode sustar atos tanto do Executivo, quanto do Judiciário, desde que ache que os atos “exorbitaram” seu poder regulamentar!

A urgência dessa discussão se faz ainda maior, porque a PEC já teve relator indicado e ele já emitiu parecer favorável. Pode-se concluir, então, que o desejo de

retornar ao seu poder constitucional não é algo isolado, mas a vontade dos deputados. Isto faz com que a situação deva ser analisada imediatamente e de forma séria pelos cientista jurídicos, confrontando seus potenciais resultados.

Outra medida tomada pelo Legislativo, inclusive como forma de implementar a PEC nº 3/2011 é o PRC nº 21/2011, que traz como ementa: “Acrescente-se o inciso XXI ao art. 32 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, para criar a Comissão de Controle Legislativo dos atos normativos dos Poderes Executivo e Judiciário”. Atualmente, o artigo 32 do Regimento estabelece a competência das 20 Comissões Permanentes da Câmara. Com o PRC, o Regimento Interno passaria a ter a seguinte redação:

Art. 1º O art. 32 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados passa a vigorar acrescido do seguinte inciso XXI:

“Art.32.....

.....
XXI – Comissão de Controle Legislativo dos atos normativos dos Poderes Executivo e Judiciário:

- a) atuação precípua no cumprimento do mandamento constitucional expresso no art. 49, incisos V e XI, da Constituição Federal;
- b) matérias relativas ao Controle Legislativo dos atos normativos dos outros Poderes;
- c) assuntos relacionados ao controle constitucional exercido pelo Poder Judiciário e Funções Essenciais à Justiça;
- d) emitir pareceres sobre os atos normativos dos outros Poderes quanto à competência legislativa;
- e) propor projeto de decreto legislativo para sustar atos normativos dos outros Poderes, quando estes exorbitarem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;
- f) propor proposições que aperfeiçoem o Controle Legislativo;
- g) realizar estudos, seminários e audiências públicas sobre o papel do Poder Legislativo no fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

.....(NR)

Portanto, seria criada a vigésima primeira Comissão Permanente, a Comissão de Controle Legislativo dos atos normativos dos Poderes Executivo e Judiciário. Diz o Deputado em sua justificativa: “A criação da Comissão de Controle do Legislativo dos atos dos demais Poderes virá para restabelecer o equilíbrio e o respeito aos mandamentos constitucionais do Estado Democrático de Direito”. No entanto,

equilíbrio significa harmonia, independência, e não submissão, como aconteceria, se a Comissão fosse realmente criada.

Ainda pior é a letra “c” do inciso, que dá competência para o Legislativo tratar de assuntos relacionados ao controle constitucional exercido pelo Poder Judiciário e Funções Essenciais à Justiça. Ora, aqui evidentemente foram ultrapassadas todas as barreiras do aceitável! Pretendo o Legislativo controlar o controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário! É um momento em que o Judiciário tenta fazer dele o locus privilegiado de debate sobre assuntos de interesse nacional e o Legislativo tenta fazer dele o locus privilegiado de controle de constitucionalidade.

Há duas competências nesse PRC que precisam ser profundamente estudadas: a possibilidade do Legislativo sustar atos normativos do Judiciário e de poder controlar seu controle de constitucionalidade.

Quanto à primeira, é evidente que o Legislativo não pode sustar atos normativos do Judiciário. A Constituição não lhe deu essa competência, justamente porque existe a harmonia entre os Poderes. Não cabe ao Legislativo analisar a constitucionalidade dos atos normativos do Judiciário. Quem deve controlar seus atos é ele próprio, o Judiciário.

Quanto à segunda, independentemente de o controle ter sido concentrado ou difuso, se o Judiciário foi provocado, é ele quem deve decidir sobre a (in)constitucionalidade das leis. Ademais, não pode o Poder submeter sua competência a aprovação de outro Poder. Isso quebra a divisão dos poderes e sua autonomia. Não pode jamais o STF submeter seu controle de leis ao Legislativo. Cada um deve exercer seu poder de forma autônoma: o Legislativo cria leis e o Judiciário decide sobre sua constitucionalidade. Não pode o Legislativo, na tentativa de conter o ativismo judicial, ele mesmo fazer um “ativismo legislativo”, extrapolando sua competência e tentando submeter a sua aprovação as decisões constitucionais de outro poder que não lhe compete. O professor Lênio fala brevemente sobre a importância do intérprete das leis: “Efetivamente, o Direito não cabe na lei. Os sentidos da lei somente se dão na concretude. Se o Direito não fosse alográfico, um bom linguista poderia ser o intérprete perfeito, dispensando qualquer formação jurídica. Alguém picado pelo “agulhão semântico” poderia pensar que a dicção das palavras “os Tribunais, pela maioria dos seus membros efetivos” seria autoexplicativa. Mas não é. Mas — e ainda bem — o Direito é alográfico. Por isso, o intérprete é indispensável” (STRECK, 2012). Deve, portanto, ser o juiz o intérprete das leis e deve fazê-lo de forma completamente

independente e jamais se submeter ao crivo de algum outro Poder – seja o Legislativo, seja o Executivo.

Não se trata aqui de negar a existência do ativismo judicial ou concordar com ele. É verdade que há o ataque ao legislativo, por meio do ativismo. Trata-se apenas de dizer que a resposta dada pelo Legislativo não é a certa.

Como se percebe, a crise entre o Legislativo e o Judiciário está chegando a níveis alarmantes, ao ponto de o Judiciário estar impregnado pelo ativismo e o Legislativo pretender criar uma Comissão para controlar as decisões e os atos normativos também do Judiciário. Essa tentativa do Legislativo de “dar o troco” é gravíssima aos princípios democráticos brasileiros, uma vez que ela se configura na tentativa de um Poder se sobrepor aos demais, destruindo a independência entre eles.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como largamente analisada, a crise funcional do Estado Contemporâneo brasileiro é o motivo pelo qual se vive a judicialização da política. Essa crise pode ser vista como uma guerra, em que a luta estudada neste artigo foi entre legisladores e juízes, cada um combatendo em lados opostos. O troféu? Ah, claro! Não existe vencedor sem troféu. No caso, o ganhador leva o prêmio de poder perdurar, de se sobrepor sobre os outros, de ser O Poder que representa a democracia brasileira.

O Judiciário, em todos os graus, inclusive na mais alta Corte do país, extrapola sua competência constitucional, indo bem mais além de suas atribuições. Evidentemente, num Estado Democrático de Direito, este Poder chama bem mais atenção, é inclusive algo positivo que se tenha um Judiciário forte e independente. No entanto, trata-se aqui não da normalidade proveniente desse tipo de Estado, mas exatamente de uma função que tenta ser mais que as outras, usurpar competências alheias. Também devido à resistência ao giro lingüístico, e à insistência em permanecer-se apegado à filosofia da consciência provoca esse tipo de abarcamento de competência. Afinal, com a filosofia da consciência, um juiz fica livre pra decidir de acordo com sua consciência, ainda que ela contrarie a Constituição. É esse paradigma, portanto, o instrumento de aumento de poder do Judiciário.

O outro lutador – Legislativo – obviamente não ficaria parado, apenas sendo atingido por golpe seguido de golpe pelo Judiciário. Ele é fortemente atacado e tem seu poder minado em cada decisão ativista do Judiciário – como exemplos: marcha da

maconha, feto anencéfalo, verticalização das coligações e fidelidade partidária. Além de as próprias decisões o enfraquecerem, elas acabam por tirar do locus privilegiado o foco das discussões de interesse social. Perceba-se: o lugar certo na democracia brasileira para haver debates sobre mudanças de leis – tratem elas de questões comportamentais ou não – é o Legislativo; lá é a “casa do povo”. Foi nos congressistas que o povo brasileiro votou para o representar, para defender seus posicionamentos e criar leis de acordo com eles. É realmente muito grave que o Judiciário tome para si as discussões e resolva, por meio de decisões e súmulas, temas que deveriam ser tratados por meio de lei pelo Legislativo. Com isso, tem-se que um Poder se sobrepõe ao outro, atacando a harmonia e independência entre os Poderes.

O contra-ataque viria por certo! A primeira alteração pretendida não foi considerada tão grave, nem inconstitucional, pois apenas torna mais difícil se conseguir a maioria exigível para declaração de inconstitucionalidade. No entanto, querer que o STF apenas proponha súmulas, e que elas sejam aprovadas pelo Legislativo para ter validade é algo bastante inovador, devendo ser estudado profundamente. Veja-se que, de fato, a súmula vinculante brasileira possui vários problemas, como o aprisionamento dos sentidos, além de ser às vezes mais lei que interpretação. No entanto, é preciso ter cuidado ao vincular sua existência a outro Poder. Afinal, não se pode concertar um erro, com outro que interfere na distribuição de poderes e na autonomia deles.

Por fim, a última alteração pretendida – submeter ao Congresso decisões sobre inconstitucionalidade de leis – essa sim é inteira e completamente errada! Ora, não pode o Legislativo pretender decidir sobre constitucionalidade de leis, porque essa competência constitucionalmente é do Supremo Tribunal Federal. Não pode um Poder ser obrigado a ter aprovação de outro Poder, quando apenas cumpre com sua competência constitucional. E não pode o Legislativo, tentando impedir o errado ativismo judicial, ferir a Constituição, tentando alterar a competência dos poderes, querendo exigir submissão do Judiciário. O certo é que essa batalha entre legisladores e juízes ainda continuará e essa PEC é apenas uma das medidas tomadas pelo Legislativo para reaver seu poder. Novas medidas certamente virão. Cabe aos cientistas jurídicos atentarem e as analisarem sob o prisma constitucional.

O deputado federal Nazareno Fonteles apresentou PEC nº 3/2011 que altera a Constituição, aumentando a competência do Legislativo, autorizando-o a sustar atos normativos provenientes tanto do Judiciário, quanto do Legislativo. Veja-se que ele usa um golpe que tem as mesmas proporções do golpe dado pelo outro lutador. A intenção

da PEC é submeter os outros dois poderes ao seu – tal qual faz hoje o Judiciário com o Legislativo. No entanto, apesar de ser real e constante a agressão sofrida pelo Legislativo, ele não pode reagir também agredindo os outros poderes. Numa democracia com funções tripartites, é fundamental e um de seus tripés que os poderes sejam harmônicos e independentes entre si. Não pode o Judiciário submeter seus atos normativos à apreciação do Legislativo! O controle que deve ser feito dos seus atos normativos é interno; ele mesmo deve se regular. No caso do Judiciário, esse controle nada mais é do que o uso da hermenêutica, finalmente livrando do paradigma da filosofia da consciência e abraçando o giro lingüístico.

Para complementar a PEC e dar-lhe aplicabilidade, o mesmo deputado apresentou o PRC nº 21/2011. Com ele, cria-se na Câmara a Comissão de Controle Legislativo dos atos normativos dos Poderes Executivo e Judiciário. A crítica feita à PEC nº 3/2011 é totalmente aplicável aqui. Novamente, esta é uma tentativa de revidar à altura as agressões sofridas e causadas pelo Judiciário. No entanto, esses três poderes devem ser os guardiães da democracia. Eles devem se atentar constantemente para a harmonia dos poderes. O que se observa, no entanto, é uma briga fratricida entre eles. Como resposta a um grave ataque sofrido, o Legislativo ataca no mesmo nível, tentando também obter uma competência que não possui. Isso quebra a harmonia entre os Poderes. Não pode o Legislativo criar uma Comissão quase que inquisidora, que pode controlar atos normativos de outros poderes e controlar até mesmo o controle de constitucionalidade do Judiciário.

REFERÊNCIAS

CHEVALLIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz. **Garantismo, Hermeneutica e Neoconstitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, 260p.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva: IDP, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional**. Revista de Informação Legislativa, ano 41, n. 162, abr./jun. 2004. Disponível em:

<http://www.senado.gov.br/web/cegrf/ril/Pdf/pdf_162/R162-12.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2008.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2011.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **As funções do estado contemporâneo: o problema da jurisdição**. São Leopoldo: UNISINOS, 1997.

MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política & teoria do estado**. 7. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2010.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1996.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Estado Constitucional, Direitos Fundamentais: limites e possibilidades**. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2008 (Caderno de Direito Constitucional: módulo 5).

ROSANVALLON, Pierre. **A crise do estado-providência**. 1. ed. Goiânia: UFG, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”, o contraponto da resposta correta**. IN: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). **Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p 3-27.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, 420p.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, 118p.

STRECK, Lenio Luiz. **Diretas Já no Judiciário é ponto para a democracia**. In <http://www.conjur.com.br/2012-dez-20/senso-incomum-diretas-poder-judiciario-ponto-democracia>

STRECK, Lenio Luiz. **Poder Legislativo não deve revogar decisões judiciais**. In <http://www.conjur.com.br/2012-mai-31/senso-incomum-problema-ativismo-judicial-nao-resolvido-pec>

