

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, DEMOCRACIA
E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: CONSIDERAÇÕES A
PARTIR DA PEC N.º 3, DE 10 DE FEVEREIRO DE 2011**

*JUDICIAL REVIEW, DEMOCRACY AND
REVIEWING POLITICS: IDEAS FROM PEC 3*

*Marcelo Cattoni**

Resumo: este artigo busca discutir a chamada judicialização da política e o papel da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito, partindo de um diálogo crítico com a Proposta de Emenda à Constituição n.º 3/2011.

Palavras-chaves: Judicialização da política. Jurisdição constitucional. Estado Democrático de Direito.

Abstract: this paper aims to discuss the call “judicialization of politics” and the role of judicial review in Constitutional Democracy, from a critical dialogue with the Proposed Amendment to the Constitution n.º 3/2011.

Keywords: Judicialization of politics. Judicial review. Constitutional Democracy.

* Bolsista em Produtividade do CNPq (Pq 1D 2013). Possui Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Realizou estágio de pós-doutorado como bolsista da CAPES em Teoria do Direito na Università degli studi di Roma Tre (2008-2009). Professor Associado 3 da Universidade Federal de Minas Gerais. Coordenador do Colegiado do Curso de Bacharelado em Ciências do Estado da Faculdade de Direito da UFMG.

O presente artigo orienta-se por dois motivos: a) um imediato, a Proposta de Emenda à Constituição, apresentada pelo Dep. Nazareno Fonteles e outros, visando à “preservação das competências legislativas em face de atribuição normativa do Poder Judiciário” - a PEC n.º 3/11 -, por meio da alteração do inc. V do art. 49, da Constituição da República e b) um motivo mediato, a discussão acerca da chamada judicialização da política, subjacente à mesma Proposta de Emenda Constitucional.

Começo minhas reflexões pela chamada judicialização da política, como fenômeno típico dos Estados sociais, em função da profunda redefinição paradigmática do princípio da separação dos poderes, com impacto sobre o controle judicial de políticas públicas no sentido da garantia dos direitos sociais, econômicos e culturais, bem como sobre o controle judicial de constitucionalidade, no pós-guerra.

No plano do direito constitucional comparado, o pós Segunda Guerra será marcado pela introdução e pelo desenvolvimento do controle judicial de controle de constitucionalidade das chamadas omissões legislativas e administrativas (como é o caso da Constituição da República Portuguesa de 1976, por inspiração da antiga Constituição Socialista da ex-Iugoslávia) (CANOTILHO, 1982), das novas técnicas de controle, tais como as sentenças interpretativas e sentenças intermediárias (como no caso do Direito Constitucional alemão sob a Lei Fundamental de 1949 ou do Direito Constitucional italiano sob a Constituição de 1948, especialmente pela atuação das suas respectivas cortes constitucionais) (MEYER, 2008). Tudo isso, sobre o pano de fundo da chamada jurisprudência dos valores, do desenvolvimento do raciocínio jurídico da ponderação ou balanceamento de interesses e de direitos, tomando-se o princípio da proporcionalidade como critério de aplicação de normas constitucionais supostamente em conflito (COURA, 2009).

Se, por um lado, essas mudanças paradigmáticas pressupõem o caráter de prestações positivas dos direitos fundamentais frente ao

Estado e a horizontalização desses direitos mediante a sua aplicação às relações jurídico-privadas, por outro lado colocam em questão não apenas a extensão, em face do Legislativo e da Administração Pública, dos poderes judiciais/jurispcionais, mas também o sentido deles, especialmente no caso das cortes constitucionais, em que essas questões passam a ser explicitamente discutidas (HABERMAS, 1998).

Assim, se o ativismo judicial na defesa de direitos fundamentais seria inclusive justificável em função do reconhecimento de uma vinculação não somente negativa mas positiva de todos os poderes do Estado à Constituição e a direitos que não estão à disposição de maiorias parlamentares ou da conveniência e oportunidade administrativas, por outro a chamada judicialização da política poderia revelar um profundo déficit democrático dessa atuação judicial (STRECK, 2010), havendo mesmo quem falasse em um poder constituinte permanente e em reinvenção da constituição pela jurisdição constitucional (SAMPAIO, 2002).

E tudo isso considerando-se também que mesmo no plano da jurisdição comum ou ordinária novas técnicas processuais passam a centralizar no juiz a direção e o andamento dos processos, sob o argumento da celeridade processual e da eficácia das decisões, ainda que em detrimento da participação dos diretamente interessados. Algo que se potencializa com as demandas e ações coletivas, de massa ou metaindividuais. As reformas processuais ao longo de todo o século XX assim vão apostar nos poderes dos juízes e dos relatores nos tribunais como forma de efetivação do chamado acesso à justiça (BAHIA, 2009; BARROS, 2009; NUNES, 2008; CARVALHO DIAS, 2010; NUNES; BAHIA; CÂMARA; SOARES, 2011).

De minha parte, posicionei-me no que se refere ao controle de constitucionalidade no Estado Democrático de Direito, quando defendi a tese, em 1999, e na obra *Devido processo legislativo* (CATTONI, 2000 e 2006), de que cabe à jurisdição constitucional a garantia do devido processo legislativo, compreendendo, para isso, os direitos fundamentais como condições de institucionalização

de um processo legislativo democrático, os direitos fundamentais como condição de possibilidade democrática. O controle deveria, portanto, reforçar a dinâmica democrática, reconhecendo, inclusive, novos sujeitos e novos direitos, por meio de uma interpretação inclusiva da Constituição (art. 5.º, §2.º, da Constituição brasileira).

Quanto ao motivo imediato, a PEC n.º 3/11, e ao modo com que em princípio posiciono-me em relação a essa Proposta – destacando, inclusive, a relevância quanto ao tema que suscita – cabe dizer de início que, para mim, numa democracia é fundamental o debate público permanente sobre o papel dos tribunais em face dos legislativos. Numa democracia, é o parlamento o centro do regime político, sendo que ele também deve zelar pela sua legitimidade, representatividade e abertura ao debate público, assim como zelar por suas competências constitucionais (por exemplo, nos termos do art. 49, XI, da Constituição brasileira). Nesse sentido, compartilho das preocupações subjacentes à PEC n.º 3/11, embora discorde do modo com que por meio dela se pretenda lidar com o problema da chamada judicialização da política¹.

Vejam os disposto no art. 49, especialmente os incisos V e XI, da Constituição da República. É de competência exclusiva do Con-

1 As críticas que serão apresentadas aplicam-se à PEC n.º 33, também de autoria do Dep. Nazareno Fonteles. A PEC n.º 33 prevê aprovação do Congresso Nacional das súmulas vinculantes e das decisões em sede de ações diretas de inconstitucionalidade e das declaratórias de constitucionalidade emitidas pelo Supremo Tribunal Federal. O que é de todo inconstitucional, não se podendo restringir por meio de controle político, majoritário, decisões em matéria constitucional do Supremo Tribunal Federal – e do Judiciário em geral – por violação do art. 60, §4.º, IV, da Constituição da República. A PEC também propõe ampliar de seis para nove o número mínimo de ministros do STF necessários para declarar a inconstitucionalidade de normas. Não é novidade no Direito brasileiro a tentativa de controle político de decisões do STF em sede de controle de constitucionalidade. Ainda que a intenção no presente possa ser diferente das do passado, cabe não apenas lembrar da doutrina das questões políticas durante a República Velha, da Carta de 1937 que expressamente previa a possibilidade de o Congresso derrubar decisões do STF a pedido do Presidente da República e mesmo da tentativa de tornar judicialmente inumes os atos institucionais, bem como as medidas de execução deles, em face do controle judicial durante a Autocracia de 1964.

gresso Nacional: “V – sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa” e “XI – zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes”.

A PEC n. 3/11 propõe dar a seguinte redação ao inc. V do art. 49: “V – sustar os atos normativos dos outros poderes que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”.

Para efeito do art. 49, quais seriam as atribuições normativas, os atos normativos dos demais Poderes? Atos normativos expedidos em função de delegação e atos de natureza regulamentar. Em princípio, podemos pensar no disposto nos artigos 84, VI, a e b (competência do Presidente da República para dispor por decreto da organização e funcionamento da administração federal quando não implicar aumento de despesa ou a criação e extinção de órgãos, assim como a extinção de cargos e funções públicos quando vagos), 59, IV (leis delegadas, com a vedação do §1.º do art. 68), 96, I, a e b (elaboração dos regimentos internos pelos tribunais e organização das secretarias, serviços auxiliares e os dos juízos), 103-B, §4.º, I (competência do Conselho Nacional de Justiça para expedir atos regulamentares no âmbito de sua competência) e 118 e seguintes (competências da Justiça Eleitoral, considerada a legislação infraconstitucional em vigor).

O Poder Legislativo poderia sustar, por decreto legislativo, decisões judiciais (inclusive em sede de controle de constitucionalidade)? A resposta é não. Seja em função do disposto no art. 5.º, XXXVI (coisa julgada) ou do art. 5.º, XL (irretroatividade da lei penal), por exemplo, decisões judiciais estão inunes a alterações legislativas, inclusive a propostas de emendas constitucionais (art. 60, §4.º, IV da Constituição), pois estaremos diante de direitos e garantias individuais.

Além desses, cabe considerar que nem a atribuição pela Constituição ao Supremo Tribunal Federal do controle de constitucio-

nalidade por meio de ação direta (nos termos do art. 102, I, e §2.º), de argüição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1.º) ou para editar as súmulas vinculantes (art. 103-A, nos termos da Emenda Constitucional n.º 45) recai sobre hipóteses de poder regulamentar. Não podem ser, portanto, sustadas por meio de decreto legislativo, nos termos do art. 49, V e XI, da Constituição, mesmo se a redação desse fosse alterada no sentido da PEC n.º 3/112.

Como, então, controlar legislativamente o Poder Judiciário? Quais seriam as vias restantes do ponto de vista constitucional?

Primeiramente, legislar, enfrentando temas polêmicos e de relevância política e social. Não pode faltar ao Legislativo coragem política para tratar sobre questões tais como o do tratamento diferenciado para a interrupção da gravidez no caso de anencefalia em face do crime de aborto, para a extensão e sentido da Lei da Anistia de 1979 hoje, para a questão do reconhecimento pleno das uniões homoafetivas, para a questão acerca de casos de descriminalização e regulamentação do uso – inclusive medicamentoso - de drogas, etc., bem como para as diversas questões, enfim, envolvendo políticas sociais, econômicas e culturais exigidas política e socialmente para a garantia efetiva do exercício em igualdade dos direitos fun-

-
- 2 Atualmente, tramita perante a Câmara dos Deputados, projeto de decreto legislativo, de autoria do Dep. João Campos, do PSDB de Goiás, que pretende sustar, com base no art. 49, V e XI, da Constituição, as decisões proferidas nas ADI n.º 4277 e ADFP n.º 132, em que o STF reconheceu de modo constitucionalmente adequado a constitucionalidade da união homoafetiva como união estável, com base em interpretação dos princípios constitucionais da igualdade, da não discriminação, da proibição do preconceito e do direito à liberdade individual, à vida privada e à intimidade. O argumento com base no qual se pretende justificar tal projeto seria a da suposta violação da separação dos poderes e invasão, portanto, pelo STF de competências legislativas do Congresso Nacional. Ora, tais violação e invasão não ocorreram, pois é tarefa constitucional do Poder Judiciário e, especialmente, do STF por meio de ADI e de ADPF, interpretar de forma consistente e conforme a Constituição os princípios da igualdade e da liberdade, garantindo esses direitos em face de lesão ou ameaça (art. 5.º, XXXV, combinado com os art. 1.º, III, 3.º, IV, 4.º, II, 5.º, X e 5.º, §2.º, da Constituição). O Poder Legislativo não tem competência para sustar por decreto legislativo decisões em sede de controle de constitucionalidade, o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é judicial e não político. Um decreto legislativo, com esse teor, seria totalmente inconstitucional, pois violaria, inclusive, a coisa julgada! (art. 5.º, XXXVI, da Constituição da República).

damentais, afetas ao desenvolvimento, à redistribuição e à sustentabilidade.

Não pode faltar ao Legislativo coragem política para rever a legislação e abolir os resquícios de autoritarismo ainda nela presentes, seja em matéria de segurança, de sistema penal, de estrutura sindical, de sistema eleitoral e partidário ou mesmo de organização da administração pública brasileira (BERCOVICI, 2010). E para cuidar com atenção das reformas judiciais e processuais.

Sobre as reformas judiciais e processuais, tramita no Congresso Nacional o projeto de Novo Código de Processo Civil, criticado por grande parte da doutrina brasileira (MORAIS E BARROS, 2010). A Câmara dos Deputados está com a faca e o queijo na mão para rever as decisões do Senado que pretendem atribuir mais e mais poderes aos juízes.

E, por fim, o controle legislativo pode advir por meio de emendas constitucionais, no sentido de se buscar decidir em última instância sobre questões controversas, respeitados condições e limites do art. 60 da Constituição da República.

Todavia, cabe dizer que no Direito Constitucional brasileiro sempre haverá a possibilidade de controle judicial de qualquer decisão legislativa do ponto de vista da sua constitucionalidade, como um correlato da forma constitucional tipicamente moderna de nossa Constituição, assim como da tradição do nosso sistema de controle de constitucionalidade, compreendidos como garantia de direitos fundamentais em face de deliberações legislativas majoritárias. O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é judicial e não político. E, todavia, não apenas porque esses direitos representam limites para o que possa ser decidido legislativamente, mas porque, como dito, esses direitos se apresentam, após duzentos anos de aprendizado social na tradição do constitucionalismo, como condições de institucionalização do próprio processo democrático. Direitos fundamentais não são limites externos à formação

legítima do poder político, mas são constitutivos da geração legítima da opinião e da vontade.

Toda essa discussão nos remete, enfim, à necessidade de construção permanente de uma cultura política e jurídica democrática, no sentido da consolidação entre nós, como conquista nossa, na nossa própria história, do Estado Democrático de Direito. Seja a mobilização público-política de uma sociedade que se constitui historicamente como sociedade aberta de interpretes da Constituição (HÄBERLE) a base de legitimidade de todo regime constitucional. Que o sistema de direitos fundamentais e o regime democrático como co-implicados e interdependentes possam constituir o núcleo de integração política da sociedade nos termos do desenvolvimento de um patriotismo constitucional (HABERMAS) é o grande e permanente desafio para a legitimidade e para a estabilidade, ao longo do tempo, de uma sociedade política, neste século.

Referências bibliográficas

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ*. Curitiba: Juruá, 2009.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BERCOVICI, Gilberto. “O direito constitucional passa, o direito administrativo permanece”: persistência da estrutura administrativa de 1967 In: TELES, Edson e SAFATLE, Vladimir (orgs.). *O que resta da ditadura*. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 77 a 91.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1982.

CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.
- COURA, Alexandre de Castro. *Hermenêutica jurídica e jurisdição (in) constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.
- HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*. Trad. William Rehg. Cambridge, Mass.: MIT, 1998.
- MEYER, Emilio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008.
- MORAIS, José Luis Bolzan de e BARROS, Flaviane de Magalhães. *Reforma do processo civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.
- NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre, Câmara, Bernardo Ribeiro e SOARES, Carlos Henrique. *Curso de Direito Processual Civil. Fundamentação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.