

Universidade de Brasília - UNB  
Faculdade de Direito - FD

Sabrina Aparecida Carneiro Alves

Reflexões sobre os fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro e as recentes propostas de emendas à Constituição PEC 33 e PEC 37

Brasília - DF  
2013

Sabrina Aparecida Carneiro Alves

Reflexões sobre os fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro e as recentes propostas de emendas à Constituição PEC 33 e PEC 37

Monografia apresentada ao curso de graduação de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Dr. Guilherme Fernandes Neto

Brasília, julho de 2013.

Sabrina Aparecida Carneiro Alves

Reflexões sobre os fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro e as recentes propostas de emendas à Constituição PEC 33 e PEC 37

Monografia apresentada ao curso de graduação de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Dr. Guilherme Fernandes Neto

Banca Examinadora

---

Prof. Dr. Guilherme Fernandes Neto (Orientador)

---

Prof. Hércules Alexandre da Costa Benício (Membro da Banca)

---

Mestrando Bruno Wurmbauer Júnior (Membro da Banca)

---

Mestranda Ana Karenina Silva Ramalho Duarte (Suplente)

Brasília, julho de 2013.

A Deus. Pai, Filho e Espírito Santo.

À Nossa Senhora Aparecida.

À minha mãe.

Ao meu orientador.

Aos meus amigos, em especial a três que sei que rezaram por mim, Rita, Cris e Wilma.

Ao Kleber, por me fazer ver que a vida simplesmente é.

Ao Lucas.

“Tudo posso naqu’Ele que me fortalece.”  
Filipenses, 4:13.

“Os mártires vão em grupo para a arena.  
Mas são sacrificados um a um”.  
Aldous Huxley

“Viver significa lutar”.  
Sêneca

## Sumário

Introdução .....	7
1. Poder, política e direito.....	9
1.1 Considerações preliminares sobre o poder .....	9
1.2 Poder, poder político e poder do Estado.....	10
1.3 Separação dos poderes.....	13
1.4 Política, direito e poder constituinte derivado reformador .....	15
2. Estado Democrático de Direito.....	20
2.1 Elementos essenciais do Estado Democrático de Direito.....	20
2.2 Fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro .....	25
3. PEC 33 e PEC 37 – contexto político, conteúdos, justificativas e aspectos gerais de tramitação .....	28
3.1 Contexto político de apresentação das propostas .....	28
3.2 Conteúdo e justificativa da PEC 33 .....	29
3.3 Aspectos gerais de tramitação da PEC 33 .....	31
3.4 Conteúdo e justificativa da PEC 37 .....	32
3.5 Aspectos gerais de tramitação da PEC 37 .....	35
3.6 PEC 37 e o Projeto de Lei nº 132/2012 .....	36
4. Exame da PEC 37 à luz dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro ....	38
4.1 Considerações preliminares.....	38
4.2 Exclusividade na apuração das infrações penais e a separação dos poderes no Estado Democrático de Direito brasileiro .....	39
4.3 Exclusividade na apuração das infrações penais, democracia e cidadania.....	42
4.3.1 Cidadania, direitos humanos, dignidade da pessoa humana, direitos e garantias individuais .....	45
4.4 Estado Democrático de Direito brasileiro, direitos humanos e o cumprimento do Estatuto de Roma.....	48
5. Exame da PEC 33 sob a perspectiva da separação dos poderes e do poder constituinte derivado reformador .....	52
5.1 PEC 33, a separação dos poderes e o poder constituinte derivado reformador.....	52
Considerações Finais.....	58
Referências Bibliográficas.....	60

## Introdução

O Estado Democrático de Direito é fenômeno complexo, cujos caracteres essenciais, os quais representariam um conjunto mínimo de atributos que colaborariam para a aproximação de um conceito atinente, não guardam significados que se exauram em si mesmos. Ou seja, nem Estado, nem democracia e, muito menos o direito, revelam sua real substância de modo abstrato, mas, antes, encontram em contextos fáticos, oportunidades para a verificação de suas premissas.

Nesse sentido, este trabalho tem como parâmetro avaliativo alguns dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro. De fato, o propósito principal deste estudo é examinar duas recentes propostas de emendas à Constituição (PEC 33 e PEC 37) e perquirir se os efeitos que produziriam, caso aprovadas, reteriam harmonia com os preceitos associados a esse tipo estatal.

Para tanto, utiliza-se um método dedutivo, no qual raciocínios mais amplos são delineados e, à medida que eles cumprem o objetivo de traçar um prognóstico geral, tenta-se sintetizar as principais ideias desenvolvidas. Todavia, aludida síntese não se ambiciona conclusiva. Pelo contrário, crê-se que este trabalho carrega vocação muito mais especulativa do que decisiva. Como referenciais teóricos precípuos, conta-se com a contribuição de Bobbio, Miguel Reale, Dallari e Barroso.

Assim, no primeiro capítulo, inicia-se o estudo com a apreciação de três temas considerados relevantes não somente para a compreensão de uma ordem estatal, como também de uma ordem jurídica. São eles o poder, a política e o próprio direito. Busca-se, de fato, observar que diversos tipos de relações podem ser estabelecidas entre esses campos e, desse modo, possa sobressair notória a ideia de quão interdependentes são.

Expostas as bases sobre as quais qualquer tipo estatal se consolida, reflete-se, no capítulo 2, sobre aqueles que se constituiriam nos elementos essenciais do Estado Democrático de Direito. Como já assinalado, mantém-se o entendimento acerca da complexidade desse fenômeno e, por conseguinte, a análise empreendida se direciona a um tipo ideal, a um protótipo que sirva de norte para as experiências estatais factíveis, inclusive a brasileira. Em seguida, é justamente sobre esse modelo de Estado Democrático de Direito que recai a atenção e, assim, dedica-se o olhar sobre alguns de seus componentes.

O capítulo 3, por sua vez, traz o contexto político, os conteúdos, as justificativas e os aspectos gerais de tramitação atinentes às duas propostas de emendas à Constituição, PEC 33

e PEC 37. Entende-se que o exame desses aspectos pode fornecer dados expressivos para delimitar quais são seriam os efeitos dessas proposições e, dessa maneira, possam eles ser colacionados com as premissas do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Por fim, os capítulos 4 e 5 constituem exatamente o foco primordial deste trabalho e, destarte, neles os efeitos decorrentes da eventual aprovação das propostas em comento são ponderados sob a ótica de alguns dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro. A seleção que se efetivou em relação a um ou outro componente basilar desse tipo estatal decorreu, sobretudo, da ênfase referencial direcionada a eles por ocasião dos debates, especializados ou não, que se estabeleceram em diversos segmentos sociais, com vistas a fomentarem argumentos favoráveis e contrários às aprovações pertinentes.

Ressalta-se que este estudo tem caráter muito mais reflexivo do que conclusivo. Por certo, é impossível que suas elucubrações não se deparem com certas constatações, no entanto, não se aspira que elas recaiam como máximas sobre o leitor, mas antes que possam provocar nele um sentimento de indagação sobre o que significa ser sujeito de direitos em um Estado Democrático de Direito.

Ademais, busca-se suscitar que esse mesmo direito (Estado de Direito) pode ser articulado por outros atores, em especial os que se vinculam ao desempenho de cada um das três funções estatais e, dessa maneira, é possível a perpetração de movimentos que ora se direcionam ao robustecimento das notas distintivas e essenciais atinentes à democracia, ora se orientam em sentido contrário.

São esses, portanto, os caminhos que este trabalho objetiva trilhar.



## 1. Poder, política e direito

### 1.1 Considerações preliminares sobre o poder

A noção de poder pressupõe, minimamente, duas condições: uma assimetria de forças (física, mental, de influência) e algum tipo de relação na qual essa disparidade entre posições possa se manifestar<sup>1</sup>.

É possível asseverar que todos indivíduos têm poder ou, pelo menos, têm o potencial para exercerem algum tipo de poder. O poder de produzir algo, o poder de consumir, de comandar, de manipular e outras possibilidades de conduta. Esse é o significado que denota a origem latina do vocábulo, que significa “ser capaz de”.

Nesse sentido, o poder pode ser apreendido como a capacidade de agir, de produzir efeitos desejados sobre indivíduos ou grupos humanos. Afonso Arinos o define como a faculdade de tomar decisões em nome da coletividade<sup>2</sup>.

Porém, o poder não é fenômeno estático e, a despeito dessa aparente simplicidade exarada nessas noções primárias, sua compreensão exige maior nota. Desse modo, o poder pode ser percebido como uma situação processual (que se desenvolve ao longo do tempo) na qual um dos sujeitos impõe ao outro comportamento ou atitudes, que contrariam interesses, para, em virtude disso, realizar os seus próprios, buscando determinados benefícios<sup>3</sup>.

Igualmente, um tipo de poder pode transformar-se em outro tipo. Por exemplo, o controle dos meios de violência pode transformar-se em controle dos meios de comunicação. Ainda sob esse enfoque de sua dinamicidade, o poder é entendido como acumulativo e, como tal, tende a agregar-se a outros tipos e, eventualmente, a formar uma estrutura de poder combinada.

A Ciência Política é tida como o campo fundamental do estudo do poder. Apesar de não haver dúvida de que o tema em apreço marca sua presença em múltiplas situações sociais, é notório seu relevo na política.

Nessa seara, duas questões essenciais sobre o poder são perquiridas: a legitimidade e a coerção.

---

<sup>1</sup> BOBBIO, Noberto. **Teoria geral da política**. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 210.

<sup>2</sup> MELO FRANCO, Afonso Arinos. **História e teoria do partido político no Direito Constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: S. ed, 1948, p. 48. Conferir também BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000, p. 133.

<sup>3</sup> CORSETTI, Eduardo. **Poder e poder político**. In: PETERSEN, Aurea, *et al.* **Ciência política – textos introdutórios**. Porto Alegre: Mundo Jovem, 1998, p. 28.

A Ciência Jurídica, por sua vez, não é estranha a essas indagações. Pelo contrário, legitimidade e legalidade do poder são temas que constantemente oferecem oportunidades para debate.

Aludido debate, dada a diversidade de locais nos quais o poder se aperfeiçoa, poderia conduzir a uma discussão *ad infinitum*. Por certo, não é essa a pretensão deste estudo. Como consequência, delimita-se o exame do poder a um lugar específico de sua ocorrência. Esse lugar é o Estado.

Na seção seguinte, portanto, o poder será observado como componente estatal e, para tanto, contar-se-á com contribuições de estudos jurídicos e políticos que verterão atenção à legalidade e à legitimidade desse poder.

## 1.2 Poder, poder político e poder do Estado

Escolheu-se o Estado como locus privilegiado do poder em razão de algo já asseverado anteriormente: o Estado é um ente no qual pode a estrutura do poder manifestar-se de forma combinada, ou seja, o Estado agrega, em si, várias modalidades de poder, a saber: o monopólio do uso da violência (forças armadas), o arcabouço jurídico, a cobrança de tributos, a administração burocrática.

Todavia, antes de serem expostas outras considerações atinentes, buscar-se-á refletir sobre as acepções de política, poder político e Estado. Sem dúvida, não de maneira exauriente, mas antes como delimitação problemática e sob um panorama maior no qual essas três expressões se confluam e possam oferecer ensejo para a apreciação de outros temas já suscitados, com a legalidade e a legitimidade.

Bobbio designa que política é geralmente o termo utilizado para indicar a esfera de ações que faz alusão direta ou indireta à conquista e ao exercício do poder último (supremo ou soberano) em uma comunidade de indivíduos sobre um território<sup>4</sup>. Observa-se, aqui, que, para esse autor, o conceito de política parece estar vinculado ao de Estado.

Quanto ao poder político, Herman Heller adverte que deve ser traçada uma diferença entre o poder do Estado e o poder político per se. A justificativa dessa distinção seria a de que o poder político não se esgotaria no Estado, podendo se desenvolver em outras associações menores que se situam dentro da esfera social, mas que não possuem uma função política

---

<sup>4</sup> BOBBIO, Noberto, *op. cit.*, p. 216.

propriamente dita. Assim, nem todo poder estatal é poder político, mas todo poder político é potencialmente estatal<sup>5</sup>.

No entanto, nas sociedades modernas, o único meio pelo qual seria possível a um grupo minoritário assegurar a sua imposição e controle sobre a população seria por meio do poder estatal. Isso porque esse tipo de poder seria exercido por agrupamentos pluralistas menores que, com o apoio de um sistema legal e burocrático, teria possível sua viabilização. Além disso, por meio desse poder, há a convergência de interesses (cenário político) de modo que sejam providos de aplicabilidade fática<sup>6</sup>.

Dessa maneira, sob a compreensão do citado autor, o poder político seria o poder exercido pelo Estado e/ou por uma organização social que trataria de incorporar-se à ação estatal. O Estado, ao desenvolver-se, tenderia a politizar outras atividades do poder. Nessa linha de pensamento, o Estado se constituiria numa parte do poder político, mas uma parte muito privilegiada, muito peculiar.

Interessante notar que os apontamentos acima parecem já sinalizar a própria noção do que seria Estado. Passa-se a ela, portanto, mas não sem antes indicar que o escopo referencial é o Estado moderno, cujo desenvolvimento remonta ao período Absolutista.

Dalmo Dallari ressalta que há uma diversidade de opiniões quanto aos elementos essenciais do Estado moderno, variedade essa que se exprime de modo qualitativo e quantitativo. De maneira geral, entretanto, são reconhecidas a existência de dois elementos materiais (território e povo) agregados à existência de um terceiro componente, dito formal. Esse último estaria identificado com o poder, ou com alguma de suas expressões, tal como soberania, autoridade ou governo<sup>7</sup>.

Salienta também que é impossível determinar um conceito de Estado moderno que comungue os mais diversos pontos de vista e que, caso fosse feita a análise da razão dessa abundância conceitual, seria constatado que um dos motivos que a explica é a própria orientação adotada. Mencionada orientação refere-se ao fato do conceito de Estado ter como ênfase um elemento concreto ligado ora à noção de força, ora a um componente jurídico relacionado à ideia de ordem<sup>8</sup>.

Em consonância com essa dualidade de pontos de partida, Dallari pondera sobre o poder do Estado e apresenta duas classificações: o poder do Estado como poder político,

---

<sup>5</sup> HELLER, Herman. **Teoria do estado**. Trad. Lyango G. da Motta. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968, p. 22.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>7</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 29.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 30.

incondicionado e preocupado em assegurar sua eficácia e sem qualquer limitação; e o poder do Estado como poder jurídico, oriundo do direito e exercido exclusivamente para a consecução de fins jurídicos. De fato, para Dallari, o poder do Estado é sempre, de maneira simultânea, político e jurídico, ainda que em graus distintos<sup>9</sup>.

Como se verá, referida classificação coadunar-se-á com as reflexões que serão delineadas sobre política e direito no item 1.4 deste capítulo, visto que revela um movimento que ora parte do poder em direção do direito, ora do direito em direção à política.

Tal classificação também colabora para a apreciação da legitimidade e da legalidade do poder.

A legalidade, nos sistemas políticos, dentre eles o Estado, exprime, basicamente, a observância do ordenamento jurídico vigente, isto é, o procedimento daqueles que exercem o poder (estatal) deve guardar estrita conformidade com o direito estabelecido.

O poder legal representa, destarte, o poder em harmonia com as normas e os princípios jurídicos, os quais, como já asseverado, devem fornecer esteio à atuação estatal.

Já a legitimidade denota uma noção de anuência (por parte de significativa parcela de uma população de um território) relativamente à condução do governo por um dado governante.

Bobbio articula as duas acepções (legalidade/legitimidade) ao explicar que um poder é considerado legítimo quando quem o detém o exerce a justo título, e o exerce a justo título enquanto estiver autorizado por uma norma ou por um complexo de normas que determinem quem, em uma dada comunidade, tem o direito de comandar e ter seus comandos obedecidos<sup>10</sup>.

Em acréscimo, aduz ainda que quando se invoca a legalidade do poder, exige-se que quem o detém o exerça não de acordo com o próprio capricho, mas em conformidade com as regras estabelecidas e dentro do limite dessas regras. Assim, o contrário do poder legítimo seria o poder de fato e o oposto do poder legal seria o poder arbitrário<sup>11</sup>.

Sob esse panorama, mister declarar que a concepção do Estado moderno atrela-se ao entendimento de que o Estado é o único criador do direito e ele mesmo fornecerá soluções aos conflitos sociais por intermédio do Estado-juiz que aplicará as normas positivadas pelo Estado-legislador.

---

<sup>9</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu, *op. cit.*, p.41.

<sup>10</sup> BOBBIO, Noberto, *op.cit.*, p. 235.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 236.

Ademais, é possível observar que o entendimento ostentado pelo autor italiano insere-se naquele movimento com ponto de partida dual já consignado anteriormente e aventado por Dallari. Isto é, do deslocamento poder/direito, direito/poder. No caso em epígrafe, no que se destina a distinguir o poder legítimo do ilegítimo, percebe-se que o direito é que afere justificativa ao poder político estatal.

Pode-se atestar, outrossim, que nem todo poder político estatal é legal e legítimo de modo simultâneo. Normalmente, esse tipo de poder estatal, ou seja, que guarda aptidão de conservar esses dois caracteres, denomina-se Estado de Direito.

Esse, em sua origem, carregava uma conotação tipicamente liberal, tanto que é corriqueira a denominação Estado Liberal de Direito. Como atributos básicos, associam-se a esse tipo estatal, a submissão à lei, emanada pelo Poder Legislativo, composto por representantes do povo; a separação dos poderes, marcada pela independência e harmonia entre as funções legislativa, judiciária e executiva; um enunciado de direitos fundamentais<sup>12</sup>.

Na seção seguinte, serão apresentadas considerações pertinentes a uma dessas características, qual seja, a separação dos poderes.

### 1.3 Separação dos poderes

Dallari evidencia que a preocupação com esse tema remonta à antiguidade. Dessa maneira, fornece em sua obra um quadro retrospectivo (reproduzido abaixo) que pontua momentos em que a separação dos poderes recebeu destaque ao longo da história<sup>13</sup>.

Esclarece, assim, que a discussão sobre a necessidade de se conter os malefícios oriundos da concentração de elevado nível de poder em uma mesma pessoa ou instituição alcançou o chamado período clássico.

Para ilustrar essa primeira assertiva, faz remissão ao diálogo *Das leis*, de Platão, no qual Licurgo, ao contrapor o poder da Assembleia dos Anciãos ao poder do rei, afirmou que não se deve estabelecer jamais uma autoridade demasiadamente poderosa e sem freio ou paliativos.

Na *Política*, Aristóteles, por sua vez, apresentou as primeiras bases teóricas para a tripartição dos poderes. Vislumbrou esse filósofo três funções distintas exercidas pelo poder soberano: a função de editar normas gerais a serem observadas por todos, a de aplicar as

---

<sup>12</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 271.

<sup>13</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu, *op cit.*, p.78.

citadas normas ao caso concreto (administrando) e a função de julgamento, que consistiria em dirimir os conflitos oriundos da execução daquelas mesmas normas gerais no plano fático.

No entanto, Aristóteles, em decorrência do momento histórico de sua teorização, descreveu, em verdade, a concentração do exercício de tais funções na figura de uma única pessoa, o soberano, o qual detinha um poder incontrastável de mando. Dessa forma, sua contribuição foi no sentido de identificar o exercício de três funções estatais diversas, porém com dinâmica centralizada em um único órgão.

No século XIV, Marcílio de Pádua, em sua obra o *Defensor da paz* aventou uma contraposição entre o Poder Legislativo, representado pelo povo, e o Poder Executivo, representado pelo rei.

É a John Locke, de fato, em sua obra *Segundo tratado do governo civil*, que pode ser atribuída a maestria de ter sido o primeiro a formular uma sistematização sobre as premissas do princípio da separação dos poderes. Nomeadas como legislativo, executivo, federativo e prerrogativo, suas funções seriam, respectivamente, a edição de regras jurídicas (legislativo), a aplicação dessas regras no território nacional (executivo), o direito de celebrar a paz, declarar guerra, celebrar tratados e alianças, conduzir negócios com pessoas e comunidades estrangeiras (federativo), a promoção do bem comum onde houvesse omissão ou lacuna da lei (prerrogativo). O Legislativo seria atribuição do Parlamento (composto por 2 Câmaras), enquanto as outras três seriam imputadas à Coroa. Importante notar que o contexto histórico no qual essa estrutura foi articulada refere-se à sociedade feudal estamental e ao Absolutismo.

Tal como Locke, visando ao comedimento do poder real, Montesquieu concebeu, com *O Espírito das leis*, a separação dos poderes, contudo de maneira tripartite, conformada em Executivo, Legislativo e Judiciário. As instituições correlatas eram o governo, o parlamento e os tribunais.

Segundo ele, para que se evitasse o abuso do poder, necessário seria que o próprio poder freasse o poder. Daí, premente a divisão/controle dos poderes do Estado, atribuídos a órgãos diferentes e independentes uns dos outros<sup>14</sup>.

Esse controle elaborado por Montesquieu tornou-se princípio fundamental da organização política liberal, em verdade, do próprio Estado de Direito, e transformou-se em um axioma inderrogável por meio de sua inclusão na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

---

<sup>14</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Trad. Pedro Vieira Mota. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 163.

A tripartição dos poderes<sup>15</sup>, exposta por Montesquieu, foi adotada por grande parte dos Estados modernos, contudo, de maneira abrandada. Isso significa que, além do exercício das chamadas funções típicas (predominantes), as quais são inerentes e ínsitas à sua razão de existência, cada poder/órgão também exerce outras duas funções atípicas (de natureza típica dos outros dois). Assim, o Legislativo, por exemplo, além de desempenhar uma função típica, inerente à sua área de atuação, executa, também, uma função atípica de cunho executiva e outra função atípica de caráter jurisdicional.

Imprescindível a compreensão de que, mesmo no exercício de função atípica, o órgão cumprirá uma função sua, não sendo caso, portanto, de desobediência ao princípio da separação dos poderes. Isso decorre do fato de que tal competência (atípica) foi constitucionalmente assegurada pelo poder constituinte originário.

Outro ponto que merece reserva é a própria imprecisão da expressão tripartição ou separação dos poderes. Isso porque o poder é uno e indivisível. Ele é um só, manifestando-se por meio de órgãos que cumprem funções. O poder é um atributo do Estado que emana do povo. No caso brasileiro, esse é o enunciado do art. 1º, parágrafo único, CF.

Apresentadas essas noções basilares sobre a separação dos poderes, as quais serão úteis para maior desdobramento temático a ser feito no capítulo 4, item 4.2, mas, sobretudo, com maior densidade no capítulo 5, passa-se à seção seguinte na qual se busca contextualizar o poder numa relação específica entre política e direito.

#### **1.4 Política, direito e poder constituinte derivado reformador**

A problemática da relação entre direito e política pode ser percebida como sendo uma interação complexa e de interdependência recíproca. É desse modo, por exemplo, que a compreende Bobbio. Segundo ele, uma vez que se entende o direito como um conjunto de normas, um sistema normativo, no qual se desenvolve a vida de um grupo organizado, a política concatena-se com o direito sob duas perspectivas: a ação política se exerce por meio do direito e o direito delimita e disciplina a ação política<sup>16</sup>.

Constata o pensador italiano que tanto os estudos políticos quanto os jurídicos por vezes ignoram essa proximidade. Em evidência a isso, explica que o conceito fundamental

---

<sup>15</sup> Importante destacar que a separação/tripartição dos poderes é desenvolvimento teórico atribuído a Locke. A Montesquieu, de modo mais acertado, relaciona-se o sistema de controle do poder pelo próprio poder, ou seja, o mecanismo dos freios e contrapesos.

<sup>16</sup> BOBBIO, Noberto, *op. cit.*, p. 232.

que ambos os campos têm em comum, qual seja, o conceito de poder, é utilizado de modo estanque, de maneira que cada um desses domínios prescindia da contribuição do outro.

Superando essa separação, esclarece o autor que a ligação entre direito e política se aperfeiçoa de modo estreito, sobretudo quando o cerne de análise que os conecta recai sobre o problema do poder – sua legalidade, legitimidade, efetividade e resistência (contra-poder).

Essa conexão, por sua vez, existe tanto em termos de direito apreendido como *objetivo*, quanto como *subjetivo*.

Destarte, quanto ao direito objetivo, entendido como um conjunto de normas vinculantes que se fazem valer recorrendo-se em última instância à coação<sup>17</sup>, o poder manifesta sua interferência tanto no momento da criação quanto no da aplicação das normas.

Sob a acepção da teoria do direito subjetivo, nota-se que os juristas denominam habitualmente de poder uma forma particular de situação subjetiva ativa que consiste na capacidade, deferida pela ordem positiva, de produzir efeitos jurídicos.

É sabido, no entanto, que a unificação desses dois usos de poder na linguagem jurídica foi realizada por Kelsen, o qual, ao incluir o direito subjetivo em sentido técnico na teoria das fontes do direito, eliminou qualquer distinção entre o poder avocado no direito público e aquele reivindicado no direito privado<sup>18</sup>.

Dessas reflexões, pode-se estabelecer que, no âmbito da teoria geral do direito, a seara de referência do poder é a produção e a aplicação de normas jurídicas.

Em consequência dessa constatação, a norma jurídica e o poder podem ser considerados como duas faces da mesma moeda, podendo a problemática da relação direito e poder (ou direito e política) ser visualizada sob a ótica da norma ou sob a ótica do poder.

Nesse sentido, podem ser executados dois movimentos: do poder ao direito (ou seja, o poder tem existência anterior ao direito) e do direito ao poder (o direito manifesta-se primeiramente).

Como ilustração a esses dois pontos de partida opostos que, no entanto, conduzem ao mesmo ponto de chegada, Bobbio recorre a Weber e a Kelsen. O primeiro concentra-se na investigação daquilo que torna o poder legítimo (o direito) e, o outro, daquilo que torna efetivo o direito (o poder). O mesmo ponto de chegada para os dois teóricos seria a conclusão de que existe um poder legítimo distinto do poder de fato.

Seguindo a autoridade dos autores acima citados, e perfilhando esses pontos de partida antagônicos, foram desenvolvidos conceitos no âmbito do Direito e da Ciência Política que,

---

<sup>17</sup> BOBBIO, Noberto, *op. cit.*, p. 238.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 239.



como denomina Bobbio, podem ser apreendidos como pertencentes a dois blocos: um bloco que englobaria formulações sobre direito e poder sob a concepção do positivismo jurídico e outro bloco cujas digressões atinentes manifestar-se-iam em torno da concepção de Estado de Direito<sup>19</sup>.

Em linhas gerais, a história do positivismo jurídico pode ser percebida como atravessada pelo movimento do poder ao direito, e do direito ao poder. Em contrapartida, a doutrina do Estado de Direito é traspassada por uma marcha contrária, do direito ao poder, e do poder ao direito.

Enquanto a doutrina do positivismo jurídico conjectura o direito do ponto de vista do poder, a doutrina do Estado de Direito considera o poder do ponto de vista do direito. A elas correspondem duas premissas fundamentais que exteriorizam a questão que perpassou durante anos a filosofia jurídica e política: *auctoritas facit legem* ou *lex facit regem*?<sup>20</sup> Para os primeiros, o direito, entendido como direito positivo, não pode prescindir do poder; para os segundos, o poder, contemplado sempre como soberania, não pode prescindir do direito.

Porém, tanto o positivismo jurídico como a doutrina do Estado de Direito enfrentam dois conceitos limites cujas considerações atinentes podem contribuir para as articulações que serão desenvolvidas neste trabalho. Tais conceitos limites são, respectivamente, a norma fundamental e a soberania.

Como elucida Bobbio, a norma fundamental tem, em uma teoria normativa do direito, a mesma função que a soberania tem em uma teoria política. Referida função seria a de fechar o sistema. A primeira fecharia um sistema cujo primado é o do direito sobre o poder; a segunda cerraria um sistema baseado no primado do poder sobre o direito<sup>21</sup>.

Nesses termos, poder-se-ia inferir que o tema kelseniano da norma fundamental encontra simetria com o tradicional tema do poder soberano. Essa analogia pode ser deduzida da seguinte maneira: para a teoria normativa, o degrau superior é sempre uma norma, para a teoria política tradicional, é sempre um poder.

Dito de outro modo, em uma teoria normativa é a norma fundamental que institui o poder de produzir normas jurídicas válidas em um determinado território e para uma população específica; para a teoria política é o poder constituinte que estabelece um conjunto de normas aptas a vincular o comportamento dos órgãos do Estado e, em segunda instância, as condutas dos cidadãos.

---

<sup>19</sup> A referência, aqui, é sem sentido amplo, voltada não para a moderna acepção do constitucionalismo, mas antes para uma mais tradicional cuja ênfase era a superioridade do governo das leis sobre o governo dos homens.

<sup>20</sup> BOBBIO, Noberto, *op. cit.*, p. 250.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 251.

Recupera-se, agora, a noção já explicitada de que, na esfera da teoria geral do direito, o campo de referência do poder é a produção e a aplicação de normas jurídicas.

Pode-se asseverar que o processo legislativo representa um ponto de encontro entre direito e política. É um processo que desvenda uma ação política, uma vez que, a princípio, apresenta-se como resultado de uma convergência de interesses comuns em razão de um determinado fim. Também se caracteriza como uma operação jurídica, visto que é responsável pela formulação da lei, uma das principais fontes do direito.

Nessa compreensão do processo legislativo, inclui-se também o processo de modificação constitucional, o qual, aliás, percorre processo legislativo peculiar.

A teoria do poder constituinte o divide em poder originário e poder derivado. Este último, ainda, é subdividido em reformador (aptidão para alterar o texto constitucional) e decorrente, relacionado ao exercício da autonomia político-administrativa dos Estados-membros.

É comum a caracterização do poder constituinte originário como inicial, incondicionado e ilimitado. De maneira dicotômica, o poder constituinte derivado (reformador e decorrente) seria subordinado, condicionado e limitado. As condições e as limitações seriam expressões do próprio poder originário, o qual, por sua vez, poderia trazer, no texto constitucional, referidas restrições, mormente no que tange ao poder reformador. É esse o caso de países que se regem por constituições do tipo rígidas, como o Brasil.

No plano fático, tem-se que o poder constituinte derivado reformador manifesta-se por meio da atividade legislativa. Por certo, é sobre esse tipo de poder constituinte que recai a atenção do presente estudo.

Michel Temer ensina que normas constitucionais são criadas por força da reforma. Contudo, a produção dessa normatividade não seria emanação direta da soberania popular, mas indireta, o que ocorreria também na elaboração da normatividade secundária (leis, decretos). Assim, para esse autor, seria mais apropriado reservar a expressão *poder constituinte* somente para situações de emanação direta da soberania popular. O restante, ou seja, a emanação indireta, seria caso de fixação de competência, de atribuições. Por conseguinte, a possibilidade de modificação parcial da Constituição seria mais bem designada como competência reformadora<sup>22</sup>.

Revisitando a questão do poder, prevalece na doutrina jurídica o entendimento de que o poder constituinte derivado reformador é um poder de direito e não um poder de fato, ou

---

<sup>22</sup> TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 24<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 56.

seja, o poder de reforma é um poder jurídico. Nesse sentido, de maneira já proferida na lição de Michel Temer, como poder jurídico, apenas revelaria o exercício de uma competência reformadora.

Relembrando também ensinamento já aventado por Bobbio, pode-se afirmar que o poder constituinte derivado reformador exterioriza a relação direito/política na qual o primeiro delimita e disciplina a atividade político-legislativa.

Como assinalado, a atividade legislativa reformadora, também chamada de constituída, deve orientar-se por certas balizas que, em nosso cenário constitucional, perpassam as chamadas limitações procedimentais (formais), circunstanciais e materiais.

Dentre essas limitações, as materiais consubstanciam um ponto de atenção para este trabalho, visto que os fundamentos do Estado Democrático de Direito constituem seu eixo expositivo.

Elucidando mais detidamente essa assertiva, infere-se, como tentar-se-á expor à frente, que esse é um modelo de Estado que assume compromissos para além do aspecto formal do direito. Ou seja, busca efetivar o conteúdo normativo. Por isso, justifica-se o interesse pelas contenções concernentes à matéria jurídica.

A doutrina apresenta as limitações materiais como explícitas e implícitas. Na Carta Constitucional de 1988, as primeiras são as chamadas cláusulas pétreas, elencadas no art. 60, §4º, CF. Já as implícitas estariam dispostas ao longo do texto constitucional e decorreriam dos princípios, do regime e da forma de governo adotados.

Uma das cláusulas explícitas versa sobre a separação dos poderes (art. 60, §4º, III, CF).

Bobbio assinala que a constitucionalização das medidas contra o abuso do poder realizou-se por meio de dois institutos: a separação dos poderes e a subordinação de todo o poder estatal ao direito<sup>23</sup>.

Referida constitucionalização, contudo, coaduna-se com um modelo estatal próprio, não só de direito, mas também democrático.

Assim, feitas essas reflexões sobre o poder, conceito indissociável tanto à política, quanto ao direito, bem como tendo sido expostas as características elementares de um poder peculiar, qual seja, o poder constituinte derivado reformador, no capítulo seguinte serão feitos apontamentos sobre um ente a respeito do qual já se dispensou certa atenção, isto é, o Estado. Porém, focar-se-á nesse como democrático e de direito.

---

<sup>23</sup> BOBBIO, Noberto, *op.cit.*, p. 256.

## 2. Estado Democrático de Direito

### 2.1 Elementos essenciais do Estado Democrático de Direito

No capítulo anterior, foram esboçadas compreensões consideradas indispensáveis para uma melhor observação não apenas dos chamados elementos essenciais do Estado Democrático de Direito, como também para a análise a que se destina este trabalho, ou seja, o cotejo entre os conteúdos de duas recentes propostas de emendas à Constituição (PEC 33 e PEC 37) com alguns desses fundamentos, atrelados ao modelo nacional.

Bonavides afirma que ao poder se entrelaçam a força (coerção) e a competência, significando esta última a própria legitimidade oriunda do consentimento. Se em um corpo social o poder repousa unicamente sobre a força e, dessa maneira, tem-se o uso da coerção como ponto característico da obtenção da obediência, não importa quão sólido ou estável esse poder aparenta ser, ele será sempre um poder de fato.

Ao revés, se o poder busca sua base de apoio mais na competência e menos na coerção, converter-se-á em um poder de direito. Para ele, inicia-se aí o traço próprio do Estado de Direito, qual seja, o exercício de um processo de despersonalização do poder, que se aperfeiçoou pela passagem de um poder de pessoa para um poder de instituições, de um poder imposto pela força a um poder fundado na aprovação do grupo, em suma, de um poder de fato a um poder de direito<sup>24</sup>.

Já se elucidou, em momento anterior, que os atributos básicos do Estado de Direito, associado ao modelo liberal, são a submissão à lei, emanada pelo poder legislativo, composto por representantes do povo; a separação dos poderes, marcada pela independência e harmonia entre as funções legislativa, judiciária e executiva; um enunciado de direitos fundamentais. Questiona-se, por conseguinte, o que o paradigma do Estado Democrático de Direito teria como inovador.

Para tanto, esclarece-se que a tentativa de meditar sobre essa pergunta pauta-se sobre o raciocínio preliminar de que a própria noção de democracia é dinâmica – ou seja, a democracia de hoje difere-se da dos modernos e daquela dos antigos. Sobretudo, entende-se que a democracia atual é uma que mais se autoquestiona como tal do que se afirma.

Destarte, na busca da compreensão dos componentes primordiais do Estado Democrático de Direito, far-se-á duas linhas expositivas: uma que se situa no exame das

---

<sup>24</sup> BONAVIDES, Paulo, *op.cit.*, p. 133.

ideias que perpassaram vários momentos históricos dos quais esse modelo Estatal é tributário, e outra que faz uma análise comparativa sucinta de três paradigmas estatais, quais sejam, o Estado Liberal, o Estado Social e o Estado Democrático de Direito.

No que concerne aos ideais inerentes ao Estado Democrático de Direito, pode-se afirmar que suas raízes remontam ao século XVIII (entretanto, como esclarecido, crê-se na dinamicidade desse modelo estatal e, destarte, suas notas constitutivas não se vinculam a um marco temporal estanque. Em verdade, arrazoa-se esse modelo estatal não como uma evolução do Estado de Direito, mas um questionamento em aberto desse e, por conseguinte, tal como foi sinalizado em relação à democracia, entende-se que é um ente que se autoquestiona em busca de constante auto-aprimoramento para a realização dos inúmeros fins a que se propõe).

A referência ao século XVIII é mesmo uma alusão à origem do Estado Democrático de Direito moderno como luta contra o Absolutismo. Três grandes movimentos político-sociais transpuseram para o plano fático os princípios que iriam conduzir esse modelo de Estado. Os princípios, em linhas gerais, seriam a noção de governo do povo, a afirmação de valores fundamentais da pessoa humana e a exigência de uma organização estatal com vistas à proteção desses valores. Os movimentos, por sua vez, foram a Revolução Inglesa, a Revolução Americana e a Revolução Francesa<sup>25</sup>.

Em relação à Revolução Inglesa, dois pontos básicos podem ser destacados: a intenção de estabelecer limites ao poder absoluto do monarca e a influência do protestantismo. Ambos contribuíram para a afirmação dos direitos naturais dos indivíduos, nascidos livres e iguais, premissa que corroboraria para a realização de um governo da maioria. Ademais, nesse governo, o poder legislativo seria ocupado precisamente por essa maioria, com o fito de assegurar a liberdade dos cidadãos<sup>26</sup>. Desse contexto, sobressai como símbolo o Bill of Rights, 1689.

As colônias da América do Norte também figurariam como cenário para a luta contra o Absolutismo inglês. De fato, era essa uma das promessas do novo mundo, para o qual muitos migraram com a esperança de lá encontrarem liberdade. A discussão precípua entre os pais-fundadores<sup>27</sup> daquela emergente nação gravitaria em torno de como construir um poder local forte (contra a metrópole inglesa), porém sem estabelecer, para si próprios, uma tirania.

---

<sup>25</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu, *op.cit.*, p. 54.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 55.

<sup>27</sup> Expressão traduzida do original inglês *founding fathers*, a qual se refere a sete políticos da história norte-americana: John Adams, Benjamin Franklin, Alexander Hamilton, John Jay, Thomas Jefferson, James Madison e George Washington.

Com foco nesse postulado, é que a Revolução Americana buscava elevar as treze colônias em um país independente, os Estados Unidos da América, identificando-se com uma estrutura estatal que se mostrasse propícia à supremacia da vontade do povo, à liberdade de associação e ao constante controle dos atos do governo.

O terceiro movimento atinente às aspirações democráticas do século XVIII foi a Revolução Francesa. Como marco documental desse contexto, tem-se a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Nela, estatuiu-se que os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. A liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão são declarados como direitos imprescritíveis do homem. Portanto, as limitações a serem impostas ao indivíduo só se justificariam se feitas por meio da lei, visto que essa era instrumento emanado da vontade geral, e não somente de um único sujeito<sup>28</sup>.

A partir desses movimentos, podem ser extraídas três vertentes, as quais passariam a nortear os Estados que se vocacionassem ao ideal democrático. São elas a supremacia da vontade popular, a preservação da liberdade e a igualdade de direitos.

Contudo, as aludidas vertentes teriam e têm que se confrontar com a realidade, notadamente com as relações de poder que as impulsionam ou, ao contrário, tiram-lhes a força.

Verificou-se que o mote desses movimentos foi estabelecer um poder de direito. Em decorrência, seria possível um Estado controlável. O comedimento desse ente não se prestaria apenas para que não houvesse opressão à liberdade individual, mas para que direitos fossem viabilizados no plano fático.

No entanto, o que se notaria é que esse Estado Democrático de Direito efetivaria promessas que se vinculariam muito mais ao Direito (deontologia) do que à democracia. Neste momento, é útil o exame sobre os paradigmas estatais, sobre o qual já se fez menção.

Inicialmente, esclarece-se que a contribuição desses paradigmas é servirem de referência como esquemas abstratos, ou seja, prestam-se como modelos para a análise de sistemas estatais concretos. Por conseguinte, como tipos ideais, são falhos e incompletos, seja por estarem impossibilitados de guardar correspondência simétrica com a multiplicidade de situações reais, seja pela própria restrição conceitual/teórica que os constrói. As considerações que se declinam a seguir, por exemplo, tem como eixo a problemática da autonomia privada versus a autonomia pública.

---

<sup>28</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu, *op.cit.*, p. 55.

Seriam três os paradigmas estatais: o paradigma do Estado Liberal, o do Estado Social e o do Estado Democrático de Direito.

Tanto o paradigma do Estado Liberal quanto o do Estado Social evidenciaram falhas na lida com a autonomia privada e com a autonomia pública. Em ambos os modelos houve um desequilíbrio na relação entre essas duas esferas.

O modelo Liberal foi excessivo em privilegiar a autonomia privada. A tônica, sob o ponto de vista do embate cidadão versus Estado, era a de que, por meio da liberdade, os sujeitos de uma comunidade política estariam, enquanto livres, aptos a alcançarem a igualdade estabelecida no texto legal.

Além da liberdade, a separação dos poderes também impulsionaria a efetivação da igualdade, uma vez que não haveria um poder concentrado, mas antes um desenho de funções estatais que permitiria que uma das manifestações do poder fosse a própria representação dos cidadãos. Assim, neste modelo, o Poder Legislativo era locus privilegiado por produzir o parâmetro da liberdade e da igualdade (lei) e pelo fato de que esse parâmetro era produto da vontade da maioria.

O paradigma do Estado Social, por sua vez, mostrar-se-ia como uma tentativa de correção do engano liberal quanto à lei como garantia única da igualdade. Ou seja, atentou-se para a diferença igualdade formal versus igualdade material. Contudo, se no modelo anterior o ente estatal contraiu-se por demais, neste, a expansão é que se revelou excessiva. Sob uma proposta assistencialista, novo desequilíbrio se operou entre a autonomia privada e autonomia pública. De cidadão, o indivíduo passaria a ser um cliente do Estado provedor. Este, como tal, passaria a ter na função executiva sua maior manifestação.

Tanto um quanto outro observaram os direitos dos cidadãos como bens, no sentido de serem passíveis de distribuição. No entanto, direitos não parecem se conformar com essa lógica distributiva exclusiva, visto que, se assim apreendidos, parecem destoar do sentido ativo inerente à palavra cidadania. Direitos, em um contexto democrático, parecem se moldar melhor por uma percepção de que são conquistas. Aliás, o ideal de conquistas que se disseminou outrora, naquele período que se suscitou como embrionário do paradigma do Estado Democrático de Direito.

Esse modelo, por conseguinte, pode ser vislumbrado como um capaz de transformar a realidade, porém sem um viés utópico de que a lei, o direito, o povo, o proletariado, o bem-comum (ou seja, quaisquer outros conceitos de apelo retórico, mas que, em termos práticos podem ser contingenciais) possam, isoladamente, carrear essa missão. Em verdade, cada um dos termos de sua nomenclatura – Estado, democrático, direito – estrutura-se a partir de

diversas outras premissas. Contudo, na conjunção desses três vocábulos, duas ideias parecem sobressair evidentes: o Estado deve atuar para que haja participação pública em vários segmentos; a democracia, a participação implicam, necessariamente, a construção de condições materiais de existência. Não basta a forma (de direito), deve-se buscar a concretização dela (democracia).

No tocante à forma jurídica, identifica-se o Estado Democrático de Direito como aquele de excelência do Estado Constitucional. E a razão primordial de tal identificação não é outra senão o fato de que o texto constitucional, para além de explicitar as estruturas estatais, passou a exercer, no âmbito interno dos Estados, função semelhante à das declarações de direitos. Como exemplos notáveis, recorre-se frequentemente às Constituições de Weimar (1919) e à Constituição do México (1917).

Apesar desses documentos vincularem-se ao paradigma do Estado Social, isso não significa que se dissociam do Estado Democrático de Direito. Como visto, um ponto crucial que difere os dois modelos anteriores de Estado (Liberal e Social) do modelo em comento (Democrático de Direito) é o modo como os direitos fundamentais dos cidadãos foram percebidos.

Mas há outra razão, para além do fato de se constituir como Carta de Direitos, que justifica a importância do texto constitucional. Nele, como é o caso brasileiro, encontram-se os meios instrumentais para a participação popular, bem como a relação de instituições dotadas de atribuições (constitucionais) para a execução desses meios. Como tal, a própria Constituição merece guarida e, nesse sentido, erige um Tribunal Constitucional.

Destarte, resgatando a indagação de qual é o verdadeiro acréscimo promovido pela inclusão do *Democrático* à terminologia *de Direito*, no qual já se vislumbravam a submissão à lei, a separação dos poderes e um enunciado de direitos fundamentais, pode-se chegar à conclusão de que aquele termo veio agregar algo já cogitado: se o poder emana do povo, que esse poder e esse povo não sejam unidades abstratas estereis, meros formatos ideológicos voláteis e suscetíveis a qualquer tipo de conteúdo, mas possam, por meio de instituições reais, realizar o ideal democrático que é a consecução dos direitos fundamentais para todos, representando essa consecução o parâmetro para se averiguar a efetivação da cidadania.

Portanto, podem ser delineados como elementos essenciais do Estado Democrático de Direito a separação dos poderes, a submissão ao próprio direito, com a supremacia da Constituição, um enunciado de direitos fundamentais, a existência de mecanismos de apuração da vontade popular, bem como de implementação dessa soberania e dos citados direitos, instituições autônomas e independentes vocacionadas à defesa dos direitos coletivos,



realização da democracia por meio da justiça social, existência de órgãos judiciais livres e com independência de atuação, existência de um órgão guardião da Constituição.

Esboçadas essas considerações sobre um tipo ideal de Estado Democrático de Direito, far-se-á, na seção seguinte, a busca dos fundamentos desse modelo estatal em um contexto específico, qual seja, o brasileiro.

## 2.2 Fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro

Sintetizadas as notas distintivas do Estado Democrático de Direito como tipo ideal, como um modelo para as experiências estatais factíveis, pôde-se aferir que é o Estado no qual todos os seus componentes estruturais (instituições e sujeitos) se conformam aos ditames da legalidade (de Direito), cuja expressão tende a ser a vontade da maioria (democracia).

É, destarte, o Estado caracterizado como um ente independente, cujos elementos são, necessariamente, uma população fixada em um território determinado, no qual existe um arcabouço governamental regido por normas emanadas do próprio povo<sup>29</sup>.

Todavia, crê-se que o sentido real da expressão em comento transcende uma elucubração de um tipo abstrato e, por conseguinte, verte-se a busca de seus fundamentos para um contexto fático, em uma esfera de um Estado particular, qual seja, o Estado brasileiro.

Na lição de Miguel Reale, os elementos fundamentais que caracterizam o Estado Democrático de Direito brasileiro devem ter como ponto de partida o artigo 1º da Constituição Federal, não estando, no entanto, limitados a esse dispositivo. Como esclarece o autor, os artigos 5º e 6º da Carta Constitucional são o desenrolar natural do que é proclamado no art.1º.<sup>30</sup>

No entanto, antes da referência a esses fundamentos, relevante é observar a assertiva do autor a respeito do acréscimo do adjetivo *democrático* a Estado de Direito. Segundo ensina, pode significar o escopo de passar-se de um Estado de Direito, meramente formal, a um Estado de Direito e de justiça social. Portanto, Estado Democrático de Direito equivaleria, em última análise, a Estado de Direito e de Justiça Social<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> VERGOTTINI *apud* SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 103.

<sup>30</sup> REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 3.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 2.

Retomando o artigo 1º da Constituição Federal, as notas diferenciais e norteadoras do Estado Democrático de Direito brasileiro são a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político.

De maneira concisa, na Constituição da República Federativa do Brasil foi traçado um modelo de Estado Democrático de Direito que deve se materializar por meio da escolha de princípios orientadores que façam valer a soberania popular, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Igualmente, devem ser reconhecidos e perpetrados os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, com o acolhimento do pluralismo político. O equilíbrio entre liberdade e igualdade<sup>32</sup>, por sua vez, é o caminho que trilhará a justiça social.

Referidos princípios podem ser extraídos do próprio texto constitucional, a exemplo do Título I desse diploma, o qual elenca os princípios fundamentais. Por certo, não estão aí exauridos.

O Professor Willis Santiago Guerra Filho, em referência ao já mencionado artigo 1º, leciona que todo o restante do texto constitucional pode ser entendido como uma explicação do conteúdo dessa fórmula política<sup>33</sup>.

Fórmula política, como conceitua, é o elemento caracterizador da Constituição, principal vetor de orientação para a interpretação de suas normas e, por meio delas, de todo o ordenamento jurídico.<sup>34</sup>

Reale afirma que essas diretrizes gerais de ação, previstas no artigo 1º do texto da Carta Magna, comportam interpretações divergentes, as quais abrem um leque de opções diversas. Contudo, enfatiza que tais opções devem estar sempre em consonância com os valores hermenêuticos compatíveis com o texto constitucional, que não pode ser desviado de suas reais e objetivas finalidades<sup>35</sup>.

Em complemento, assinala que para possibilitar e garantir situações inevitavelmente conflitantes é que o Estado Democrático de Direito pressupõe um sistema de equilíbrio entre três poderes soberanos, tal como está previsto, logo a seguir, no art. 2º da Carta Magna<sup>36</sup>.

Especificamente no que se refere aos abusos de poder de legislar que possam ofender direitos e princípios consagrados em normas constitucionais, surge, no cenário do Estado Democrático de Direito (por certo, não sendo diferente o modelo nacional), a possibilidade de se aferir a constitucionalidade das leis.

---

<sup>32</sup> REALE, Miguel, *op. cit.*, p. 90.

<sup>33</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001, p. 19.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>35</sup> REALE, Miguel, *op. cit.* p. 10.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 11.

Para Kelsen, a aplicação das regras constitucionais relativas à legislação não é efetivamente garantida senão com a condição de que um órgão distinto do corpo legislativo seja encarregado de examinar a constitucionalidade de uma lei e de promover sua ab-rogação se concluir que ela é inconstitucional<sup>37</sup>.

Com esteio nessa assertiva, é que alguns juristas defendem que a existência de um Tribunal Constitucional também se consubstancia em um dos pilares de um Estado verdadeiramente democrático e, entre eles, pode-se destacar a lição de Barroso para o qual o judiciário (Supremo Tribunal Federal) é o guardião da Constituição e deve desempenhar tal função em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros poderes<sup>38</sup>.

A partir dessas noções sobre quais são os integrantes basilares do Estado Democrático de Direito brasileiro e recepcionando tais componentes como a *fórmula política*, far-se-á, no capítulo seguinte, o exame dos conteúdos e das justificativas das propostas de emendas à Constituição sobre as quais se situam as considerações primordiais deste trabalho. O objetivo desse exame será esclarecer quais os efeitos que poderiam ser produzidos caso essas propostas fossem aprovadas.

Desse modo, em momento posterior, poder-se-á, com maior segurança, ponderar sobre esses mesmos efeitos e os fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro observados nesta seção.

---

<sup>37</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 226.

<sup>38</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 21/06/2013, p. 19.

### 3. PEC 33 e PEC 37 – contexto político, conteúdos, justificativas e aspectos gerais de tramitação

#### 3.1 Contexto político de apresentação das propostas

As propostas de emendas à Constituição que compõem o objeto de análise do presente estudo têm, em comum, ao menos dois pontos: a iniciativa (Câmara dos Deputados) e o questionamento, nos meios de comunicação, se representam uma afronta a uma das chamadas cláusulas pétreas, qual seja, a separação dos poderes, tal como disposto no art. 60, § 4º, III, CF.

Além disso, observa-se que há uma proximidade temporal entre as apresentações dessas propostas. De fato, o interregno que as separa é inferior a 15 dias.

Destarte, com esteio nessas semelhanças, muito se aduziu, opiniões técnicas ou não, se a motivação legislativa que as impulsionou não estaria calcada em algum componente político imbuído de uma espécie de demonstração de força de um poder sobre o outro. Em outras palavras, muito se repetiu que ambas as propostas representavam uma reação do Poder Legislativo ao Poder Judiciário.

Nesse ponto, pertinente observar a que seria essa *reação*, ou seja, qual a *ação* que a deflagrou.

Como opinião geral, suscitou-se que ambas foram uma resposta à Ação Penal 470 (AP 470), cujos réus incluíram alguns parlamentares.

Especificamente, quanto à PEC 37, a preleção que procurava sustentar esse posicionamento firmou-se no fato de que, caso essa proposta fosse aprovada, haveria o risco patente de todas as investigações já promovidas pelo Ministério Público serem consideradas ilegais. No caso específico da AP 470, houve a atuação investigativa do órgão ministerial.

Por certo, o Ministério Público não é instituição integrante do Poder Judiciário, contudo, de modo indireto, poder-se-ia vislumbrar reflexos da aprovação da PEC 37 no âmbito desse poder<sup>39</sup>.

Já no que tange à PEC 33, o discurso era o de que a constrição a ser empreendida no Poder Judiciário seria fato notório, cuja explicação poderia ser dispensada, uma vez que a mais alta Corte desse poder teria suas decisões reexaminadas pelo Poder Legislativo.

---

<sup>39</sup> Conferir considerações sobre as possíveis relações entre a PEC 37 e o poder judiciário no capítulo 4, subitem 4.1.

Em sentido contrário, há os que negam a existência de vinculação entre as propostas em comento e a citada ação penal. Em síntese, a alegação é a de que os temas veiculados pelas propostas há muito ocupavam o espaço de discussão legislativa e, por conseguinte, o fato de terem sido apresentadas no desenrolar da Ação Penal 470 foi mera coincidência.

No entanto, por maior que seja a robustez apelativa desses argumentos, acredita-se que eles devem passar por um crivo que, afastando-se da retórica como valor principal, possa fornecer-lhes apoio em premissas passíveis de serem confirmadas ou refutadas em um quadro lógico-dialético.

Assim, este trabalho, como já afirmado em sua introdução, procurará observar essas duas propostas de emendas à Constituição sob o enfoque de alguns dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro, de modo que se possa cogitar se os efeitos que essas proposições legislativas surtiriam, caso aprovadas, poderiam ser considerados compatíveis ou não com esse modelo de Estado.

Para tanto, neste capítulo, dar-se-ão os primeiros passos nessa direção e, destarte, serão examinados os conteúdos, as justificativas e a pertinência temática de alguma dessas propostas com eventual projeto de lei correlato que logrou aprovação.

### **3.2 Conteúdo e justificativa da PEC 33**

O Projeto de Emenda à Constituição de número 33 (PEC 33) foi apresentado à Mesa da Câmara dos Deputados em 25 de maio de 2011 e teve como primeiro signatário o deputado federal Nazareno Fonteles.

Antes de serem observados os trabalhos legislativos, retém-se a atenção sobre o conteúdo e justificativa dessa proposta.

No que se refere ao seu conteúdo, podem ser numeradas três finalidades: alterar a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para a declaração de inconstitucionalidade de leis; condicionar o efeito vinculante de enunciados de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação do Poder Legislativo; submeter ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de emendas à Constituição.

Em relação à sua justificativa, selecionam-se os seguintes trechos <sup>40</sup>:

---

<sup>40</sup> Conferir o Anexo 1, o qual traz o inteiro teor da proposta de emenda à Constituição de número 33 – PEC 33.

*“O protagonismo alcançado pelo Poder Judiciário, especialmente dos órgãos de cúpula, é fato notório nos dias atuais. A manifestação desse protagonismo tem ocorrido sob duas vertentes [...]: a judicialização das relações sociais e o ativismo judicial.*

*Não são poucos os exemplos a ilustrar o ativismo exacerbado no Brasil. Começemos pelo caso da fidelidade partidária, no qual o Supremo Tribunal Federal ratificou o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral [...] criando uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar [...]*

*Há ainda os casos de redução de vagas de vereadores, da súmula das algemas e de tantos outros.*

*Por óbvio, devemos reconhecer as deficiências do poder legislativo, que tem passado por várias crises de credibilidade. Contudo, esse aspecto não deve justificar tais medidas, como se houvesse um vácuo político a ser ocupado pelo Supremo Tribunal Federal.*

*O fato é que, em prejuízo da democracia, a hipertrofia do Poder Judiciário vem deslocando boa parte de questões relevantes do Legislativo para o Judiciário. Disso são exemplos as questões das ações afirmativas baseadas em cotas raciais, a questão das células tronco e tantas outras.*

*Há muito o STF deixou de ser um legislador negativo e passou a ser um legislador positivo. E, diga-se, sem legitimidade eleitoral. O certo é que o Supremo vem se tornando um superlegislativo.*

*É bastante comum ouvirmos a afirmação de que à Suprema Corte cabe a última palavra sobre a Constituição, ou, ainda, que a Constituição é o que o Supremo diz que ela é. Na verdade deve caber ao povo dizer o que é a Constituição.*

*Precisamos, pois, resgatar o valor da representação política, da soberania popular e da dignidade da lei aprovada pelos representantes legítimos do povo, ameaçadas pela postura ativista do Judiciário. Restabelecer o equilíbrio entre os poderes é, pois, o objetivo central da presente proposição”.*

A justificativa apresentada parece indicar que o propósito essencial das inovações constitucionais aventadas por essa proposta de emenda à Constituição é deslocar atribuições que, hoje, são desempenhadas no âmbito do Poder Judiciário para a seara de atuação do Poder Legislativo.

Como explanado na introdução deste trabalho, verter-se-á atenção se os efeitos almejados pelas duas propostas de emendas à Constituição encontram respaldo nos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro.

No estudo da PEC 33, em específico, o princípio basilar desse modelo de Estado a ser considerado é o da separação dos poderes, sobre o qual já se descreveram noções iniciais. No capítulo 5, de fato, atenção mais detida será dispendida, em particular no que se refere ao instrumento eminente desse princípio, qual seja, o sistema de freios e contrapesos.

Por ora, neste capítulo, como noticiado, segue-se com a verificação das características de tramitação de ambas as propostas.

### **3.3 Aspectos gerais de tramitação da PEC 33**

Em conformidade com as restrições formais concernentes à iniciativa do processo legislativo de uma emenda constitucional, contou a proposta em apreço com a assinatura de 219 (duzentos e dezenove) deputados. Por conseguinte, foi observada a exigência de que, caso originária de uma das Casas legislativas, fosse subscrita por, no mínimo, um 1/3 (um terço) dos respectivos parlamentares (art. 60, I, CF). Outrossim, obedecendo às chamadas limitações circunstanciais, a apresentação da proposta aconteceu em momento de funcionamento ordinário do aparato estatal e de suas instituições democráticas, em outras palavras, inoportunidade de intervenção federal, estado de defesa ou de sítio (art. 60, §1º, CF e art. 202, I e II, Regimento Interno da Câmara dos Deputados – RICD).

Seguindo os trâmites regimentais daquela Casa, antes de ser submetida à deliberação do Plenário, a proposta foi encaminhada à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJC, encarregada de proferir um juízo de admissibilidade, bem como avaliar aspectos de constitucionalidade, legalidade, juridicidade, regimentalidade e de técnica legislativa.

Na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC) em um primeiro momento foi designado como relator o Deputado Esperidião Amin. Este apresentou, em 30 de agosto de 2011, parecer favorável, com emendas, à admissibilidade da proposta. Em 17 de maio de 2012 foi designado novo relator, o deputado João Campos. Na data de 05 de dezembro de 2012, esse parlamentar emitiu seu parecer também com opinião favorável à admissibilidade da proposta. Em 24 de abril de 2013, citado parecer foi aprovado pela Comissão.

Atualmente, encontra-se a proposta no aguardo de criação de comissão temporária, bem como na espera de encaminhamento pertinente na coordenação de comissões permanentes.

Passa-se agora ao exame desses aspectos em relação à PEC 37.

### 3.4 Conteúdo e justificativa da PEC 37

O Projeto de Emenda à Constituição de número 37 (PEC 37), de autoria<sup>41</sup> do deputado federal e delegado de polícia civil do estado do Maranhão, Lourival Mendes, e outros, foi apresentado à Mesa da Câmara dos Deputados em 08 de junho de 2011.

Antes de serem observados os trabalhos das comissões legislativas, transcrevem-se, *ipsis litteris*, com os erros de concordância e pontuação, o conteúdo da proposta:

“Art. 1º O art. 144 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte § 10:

Art. 144 .....

.....

§ 10. A apuração das infrações penais de que tratam os §§1º e 4º deste artigo, incumbem privativamente às polícias federal e civis dos Estados e do Distrito Federal, respectivamente.

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua promulgação”.

Em relação à sua justificativa<sup>42</sup>, o autor da proposta granjeia o respaldo doutrinário de Alberto José Tavares Vieira da Silva e, para tanto, cita os seguintes trechos:

*“Ao Ministério Público nacional são confiadas atribuições multifárias de destacado relevo, ressaíndo, entre tanta, a de fiscal da lei. A investigação de crimes, entretanto, não está incluída no círculo de suas competências legais. Apenas um segmento dessa honrada instituição entende em sentido contrário, sem razão.*

*Não engrandece, nem fortalece o Ministério Público o exercício da atividade investigatória de crimes, sem respaldo legal, revelador de perigoso arbítrio, a propiciar o sepultamento de direitos e garantias inalienáveis dos cidadãos.*

*O êxito das investigações depende de um cabedal de conhecimentos técnico-científicos de que não dispõem os integrantes do Ministério Público e seu corpo funcional. As instituições penais são as únicas que contam com pessoal capacitado para investigar crimes e, destarte, cumprir com a missão que lhe outorga o art. 144 da Constituição Federal.*

<sup>41</sup> De acordo com o art. 102, § 1º, Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD), “consideram-se autores da proposição para efeitos regimentais, todos os seus signatários, podendo as respectivas assinaturas ser apostas por meio eletrônico de acordo com Ato da Mesa”.

<sup>42</sup> Conferir o anexo 2, o qual traz o conteúdo e a justificativa da PEC nº 37, de 2011, na íntegra.



*A todos os cidadãos importa que o Ministério Público, dentro dos ditames da lei, não transija com o crimes e quaisquer tipos de ilicitudes.*

*O destino do Ministério Público brasileiro, no decurso de sua existência, recebeu a luz de incensuráveis padrões éticos na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.*

*Às polícias sempre coube a árdua missão de travar contato direto com os transgressores da lei penal, numa luta heroica, sem quartel, no decurso da qual, no cumprimento de sagrado juramento profissional, muitos sacrificam a própria vida na defesa da ordem pública e dos cidadãos.*

*A atuação integrada e independente do Ministério Público e das Polícias garantirá o sucesso da persecução penal, com vistas à realização da justiça e a salvaguarda do bem comum”.*

A justificativa apresentada exterioriza que o propósito pungente do acréscimo do § 10 ao art. 144 da Constituição Federal é impossibilitar a apuração das infrações penais por uma instituição específica, qual seja, o Ministério Público.

Do texto da proposta da emenda, o termo *privativamente* chama a atenção. Intuir-se-ia, em um primeiro momento, sobre a necessidade de se perquirir, na doutrina constitucionalista, o significado dessa expressão.

José Afonso da Silva leciona que a diferença, a priori, entre competência exclusiva e privativa é que a primeira é indelegável e a última é delegável. Assim, quando se quer atribuir competência própria a uma entidade ou órgão, com possibilidade de delegação de tudo ou parte, declara-se que compete privativamente a ele a matéria indicada<sup>43</sup>.

Como exemplo dessa possibilidade de delegação, recorre o autor a alguns artigos do texto constitucional, entre eles, o art. 22. Nesse afere-se a competência privativa (não exclusiva) à União para legislar. E, em consonância, o parágrafo único faculta à lei complementar autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas nesse comando.

Reportando-se ao artigo 49, indica a competência exclusiva do Congresso Nacional. Por sua vez, o art. 84 arrolaria a matéria de competência privativa do Presidente da República, e constata-se que seu parágrafo único autoriza a delegação de algumas atribuições ali enumeradas.

---

<sup>43</sup> SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 78.

Contudo, o jurista alerta que a Constituição não é rigorosamente técnica nesse assunto. Como exemplo, cita os artigos 51 e 52, nos quais há matérias de competência exclusiva, respectivamente, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, mas cuja redação pertinente as classifica como competência privativa. Entretanto, não poderia ser o caso, visto que aquelas são atribuições indelegáveis<sup>44</sup>.

Como explanado, nem mesmo no corpo constitucional o citado vocábulo encontra rigidez semântica. Curiosamente, é o mesmo termo utilizado no art. 129, I, CF, o qual traz, como uma das funções institucionais do Ministério Público, promover, *privativamente*, a ação penal pública.

Nesse tocante, o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça decidiram de modo reiterado e unânime que a expressão *privativo* no que tange à atuação do Ministério Público na promoção da ação penal pública é sinônimo de *exclusividade* ou de *monopólio*.

Feito a reminiscência de que *privativo e exclusivo* não estão restritos a uma noção perfunctória de delegável e indelegável, respectivamente, retoma-se a justificativa da PEC 37 pelo fato de que, em seu corpo textual, deixa seu autor transparecer o que *privativamente* implicaria. Lê-se: “[...] ressalte-se que o inquérito policial é o único instrumento de investigação criminal que, além de sofrer o ordinário controle pelo juiz e pelo promotor, tem prazo certo, fator importante para as relações jurídicas. [...] Este procedimento realizado pelo Estado, por intermédio *exclusivo* da polícia civil e federal propiciará às partes – Ministério Público e a defesa, além da indeclinável robustez probatória servível à propositura e exercício da ação penal, também os elementos necessários à defesa, tudo vertido para a efetiva realização da justiça”.

No entanto, de maneira contraditória, o autor enfatiza que as demais competências ou atribuições de outros segmentos para a investigação criminal, definidas na Constituição Federal, não seriam afetadas e, como exemplo, menciona aquelas das comissões parlamentares de inquérito.

Como exposto na introdução, este trabalho se vocaciona a examinar os efeitos que seriam produzidos, caso fossem aprovadas as duas propostas de emendas já explicitadas. Em relação à PEC 37, questiona-se se o novo paradigma de apuração de infrações penais que seria implementado, o qual significaria a inauguração de um monopólio quase absoluto de investigação criminal por parte das polícias civis e federal, coadunar-se-ia com um Estado Democrático de Direito, mais precisamente, com o Estado Democrático de Direito brasileiro.

---

<sup>44</sup> SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 78.

### 3.5 Aspectos gerais de tramitação da PEC 37

Em obediência às limitações formais concernentes à iniciativa do processo legislativo de uma emenda constitucional, contou a proposta em exame com a assinatura de 207 (duzentos e sete) deputados. Ou seja, foi observada a exigência de que, caso originária de uma das Casas legislativas, fosse subscrita por, no mínimo, um 1/3 (um terço) dos respectivos parlamentares (art. 60, I, CF). Do mesmo modo, observando as chamadas limitações circunstanciais, a apresentação da proposta deu-se em momento de normalidade do funcionamento do aparato estatal e de suas instituições democráticas, em outros termos, inoccorrência de intervenção federal, estado de defesa ou de sítio (art. 60, §1º, CF e art. 202, I e II, Regimento Interno da Câmara dos Deputados – RICD).

De acordo com os trâmites regimentais daquela Casa, antes de ser submetida à deliberação do Plenário, a proposta foi encaminhada à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJC, responsável por emitir um juízo de admissibilidade, bem como examinar aspectos de constitucionalidade, legalidade, juridicidade, regimentalidade e de técnica legislativa.

Outrossim, por força do mesmo Regimento, foi criada uma Comissão Especial para a apresentação de parecer atinente.

Na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC) foi designado como relator o Deputado Arnaldo Faria de Sá. Este, em 05 de outubro de 2011, apresentou parecer favorável à admissibilidade da proposta. O próximo passo seria a aprovação ou a rejeição desse parecer pela Comissão.

Contudo, em reunião deliberativa ordinária, realizada em 29 de outubro de 2011, houve pedidos de vista de 10 (dez) membros da Comissão. Desses deputados, 4 (quatro) apresentaram voto em separado, sendo 3 (três) contrários e 1 (um) favorável.

Em 13 de dezembro de 2011, no que tange à admissibilidade, o resultado da votação firmou-se, nessa Comissão, em 32 (trinta e dois) votos favoráveis e 8 (oito) contrários. Dia 20 de dezembro de 2011 o parecer aprovado foi publicado no Diário da Câmara dos Deputados.

Como já exposto, seguindo o Regimento Interno (art. 202, §2º), no dia 07 de março de 2012 foi criada Comissão Especial destinada a proferir parecer à PEC.

Nessa Comissão, a relatoria foi incumbida ao Deputado Fábio Trad. Entre os dias 12 de abril e 23 de maio de 2012, foram apresentados e aprovados diversos requerimentos para a realização de audiências públicas.

Os mencionados requerimentos versaram sobre a presença de diversas autoridades, nas reuniões da comissão, com o objetivo de instruírem a matéria em debate. Por conseguinte, foram realizadas 4 (quatro) audiências públicas, entre os dias 25 de abril e 23 de maio de 2012, nas quais colaboraram representantes do Ministério Público, das polícias (civil e federal), do Poder Judiciário, do Poder Executivo, da advocacia e de entidades e órgãos públicos e privados.

Na Comissão Especial, o Relator proferiu, em 13 de junho de 2012, parecer inicial<sup>45</sup>, pela aprovação da proposta, nos termos de emenda substitutiva.

Esse substitutivo conferia, em seu artigo 2º, um texto mais amplo à PEC, regulamentando situações nas quais o Ministério Público poderia agir de forma subsidiária à atuação das polícias civis e federal. Segundo o relator, essa redação seguia a orientação dos votos mais recentes proferidos em decisões do Supremo Tribunal Federal, os quais reconheciam o papel complementar do Ministério Público nas investigações penais, segundo regras específicas.

O parecer do Relator, com substitutivo, foi aprovado, ressalvado o destaque, para votação em separado do supracitado art. 2º, apresentado pelo Deputado Ronaldo Fonseca. Submetido à votação, esse artigo foi rejeitado e, portanto, suprimido do texto. Desse modo, em 28 de novembro de 2012, foi apresentado parecer reformulado<sup>46</sup>.

Por fim, em 25 de junho de 2013, a indigitada proposta foi votada no Plenário da Câmara dos Deputados, recebendo 430 votos contrários e 9 favoráveis.

### **3.6 PEC 37 e o Projeto de Lei nº 132/2012**

Interessante notar que, contemporaneamente à PEC 37, tramitou no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 132/2012, o qual retém pertinência temática com essa proposta de emenda. Referido projeto visava elencar diretrizes sobre como a investigação criminal deveria ser conduzida pelo delegado de polícia.

Esse projeto foi sancionado e, assim, materializa-se, hoje, sob a forma da Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013.

Contudo, apesar de sancionado, houve também a ocorrência de um veto parcial, o qual abrangeu o conteúdo de seu parágrafo terceiro. As razões para esse veto pautaram-se na

---

<sup>45</sup> Conferir anexo 3 que apresenta o texto da emenda substitutiva à Proposta de Emenda à Constituição nº 37-A, de 2011, na íntegra.

<sup>46</sup> Conferir anexo 4 que apresenta o texto do parecer reformulado na íntegra.

opinião de que, na forma como fora redigido, aquele dispositivo poderia sugerir um conflito com as atribuições investigativas de outras instituições, previstas constitucionalmente e no Código de Processo Penal.

Em suma, as anotações acima servem mais como amostra de que o cenário atual de investigação criminal, ao menos sob o ponto de vista do Poder Executivo, permite a atuação legítima de outros sujeitos que não exclusivamente as polícias.

Delineado o panorama sobre essas propostas, cujo objetivo foi dimensionar os efeitos que poderiam ser produzidos, caso aprovadas, passa-se agora ao cotejo desses mesmos efeitos com alguns dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro.

## 4. Exame da PEC 37 à luz dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro

### 4.1 Considerações preliminares

Do exame da redação final, aprovada na Comissão Especial da Câmara dos Deputados, da proposta de emenda à Constituição de número 37 (PEC 37), chegou-se à constatação de que, caso fosse aprovada, seu efeito seria a inauguração de um monopólio quase absoluto de investigação criminal por parte das polícias civis e federal.

Em excepcionalidade a esse monopólio, que estaria relativizado pelo acréscimo de três incisos ao parágrafo 10 do texto originário, seriam preservadas as competências investigativas, relativas a crimes, das polícias do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa do Distrito Federal, das comissões parlamentares de inquérito, e dos tribunais e do Ministério Público, em relação aos seus respectivos membros, conforme previsão de suas leis orgânicas.

Assim, de modo sintético, tem-se que: somente as polícias civis e federal poderiam investigar *todo e qualquer* tipo de crime, inclusive aqueles cometidos por seus integrantes; às polícias do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e das Assembleias Legislativas ficariam garantidas suas atribuições indicadas constitucionalmente<sup>47</sup> e regulamentadas *regimentalmente*<sup>48</sup>, ou seja, apenas crimes ocorridos no interior de suas dependências; as comissões parlamentares de inquérito manteriam seus poderes de investigação próprios das autoridades judiciais para apuração de fato determinado e por prazo certo; os tribunais e o Ministério Público estariam restritos à investigação de crimes cujos indícios apontassem a autoria por seus membros.

Inexiste, na Constituição Federal, qualquer vedação à ação investigatória por parte do Ministério Público ou de outros órgãos e instituições na seara criminal. Se assim não fosse, a PEC 37 não teria contado com uma razão lógica de existência. Em outros termos, o conteúdo dessa proposta de emenda constitucional visava, de *modo imediato*, exatamente a isso – erigir uma limitação constitucional à apuração de ilícitos penais, sob os pontos de vista subjetivo (quem pode investigar), objetivo (o que se pode investigar) e procedimental (consagração do inquérito policial como instrumento preponderante, à exceção, nesse quesito, das comissões parlamentares de inquérito).

---

<sup>47</sup> Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 58, § 3º, CF.

<sup>48</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Resolução nº 17, de 1989**, que aprova o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, art. 36.

A despeito da menção de que não há restrição constitucional concernente à investigação criminal, não se pretende, com este trabalho, uma análise do texto constitucional condicionada a um tipo de maniqueísmo argumentativo/retórico. Exposto de outra maneira, não se fará, enfatize-se, sob a ótica de uma hermenêutica constitucional, uma apresentação de ideias contrastantes que sustentem ou não a legitimidade para investigar de um ou outros sujeitos específicos.

Essa postura decorre do entendimento de que o debate em torno da PEC 37 poderia ter abarcado outros efeitos que não o imediato (a restrição da legitimidade subjetiva da investigação criminal). Assim, este estudo direciona-se a perquirir se as mudanças que seriam implementadas, caso aprovada a proposta, encontrariam albergue nos fundamentos do Estado Democrático de Direito no qual a República Federativa do Brasil se constitui.

Como já demonstrado, haveria uma mudança drástica na apuração das infrações penais, de fato, dar-se-ia o surgimento de um novo paradigma nesse campo.

Entende-se, portanto, que, caso o texto final da PEC 37, aprovado na Comissão Especial da Câmara dos Deputados, fosse confirmado em votação nas 2 (duas) Casas Legislativas, essa proposta representaria um marco divisor, no qual a investigação criminal no país contaria, em momento anterior e posterior à PEC, com características distintas e mesmo contrastantes umas com as outras.

Porém, essa constatação ainda não contempla aspectos relativos aos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro e, a partir deste momento, é sobre eles que se pretende situar a reflexão sobre uma nova redação constitucional oriunda da aprovação da PEC 37, tal como redigida na Comissão Especial da Câmara dos Deputados.

#### **4.2 Exclusividade na apuração das infrações penais e a separação dos poderes no Estado Democrático de Direito brasileiro**

O Estado Democrático de Direito, como assinala Guerra Filho<sup>49</sup>, acolhe dois princípios estruturantes de nosso sistema jurídico, quais sejam, o princípio do Estado de Direito e o princípio democrático. Ambos mantêm estreita relação de implicação mútua, de modo que a ofensa unilateral a um deles repercute no outro.

Como já sustentado, com a contribuição de Miguel Reale, o Estado Democrático de Direito pressupõe um sistema de equilíbrio entre três poderes soberanos. De fato, reitera-se,

---

<sup>49</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago, *op. cit.*, p. 33.

seguindo a mesma lição, que sem o princípio da separação harmônica dos poderes, estaria inviabilizada a ocorrência de formas democráticas de governo<sup>50</sup>.

Não obstante a terminologia *separação dos poderes* esteja sedimentada, esta não significa fragmentação do poder, o qual é sempre uno, mas antes a divisão das funções estatais em três vertentes de atuação. O objetivo central dessa tripartição é evitar que o poder do Estado seja exercido por uma única pessoa ou instituição, de modo que eventuais abusos sejam mais eficientemente coibidos.

Foi assinalado anteriormente que a aprovação da PEC 37 significaria a quase exclusividade da investigação criminal por parte das polícias civis e federal (malgrado as exceções).

Passa-se, então, a verificar se essa seletividade no tocante aos sujeitos legitimados à apuração das infrações penais poderia implicar no abalo, senão na completa desestruturação, desse equilíbrio entre as funções estatais.

O raciocínio que embasaria essa proposição resulta da constatação de que as polícias federal e civil estão, por força constitucional, atreladas ao Poder Executivo, sendo a primeira mantida pela União e subordinada ao governo federal, por intermédio do Ministério da Justiça e, a segunda, mantida pelos Estados e pelo Distrito Federal, estando subordinadas aos seus governadores, componentes do Executivo local.

O desvio que se operaria, portanto, seria a de uma concentração excessiva de poder por uma de suas linhas componentes, qual seja, a do Poder Executivo.

A investigação criminal, que passaria a ter o inquérito policial como procedimento padrão, estaria, quase em sua completude, no que concerne a uma chamada dimensão objetiva (crimes investigados) e dimensão subjetiva (quem investiga), atrelada à atividade executiva.

Esse desvio excessivo de poder, por sua vez, violaria o princípio da proporcionalidade. Cristóvam<sup>51</sup> apreende proporcionalidade como um parâmetro valorativo utilizado para a aferição da idoneidade de uma dada medida legislativa, administrativa ou judicial. Por meio de seus critérios, tornar-se-ia viável avaliar a adequação e a necessidade de certa medida, bem como seria possível estimar se outras menos gravosas aos interesses sociais não poderiam ser praticadas em substituição àquela empreendida pelo poder público.

---

<sup>50</sup> REALE, Miguel, *op. cit.*, p. 53.

<sup>51</sup> CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 211.



O corolário lógico é que, dada essa desproporcionalidade entre as funções estatais, restariam afetadas a independência e a harmonia que as consolidam, o que, por consequência, comprometeria a separação dos poderes<sup>52</sup>.

Como sabido, está a separação dos poderes incluídas entre as chamadas cláusulas pétreas, as quais se manifestam como limitações materiais às propostas de emenda à Constituição. Ademais, conforme explana Soares, o Estado Democrático de Direito pressupõe a distribuição e racionalização do poder igualitariamente<sup>53</sup>.

Mas essa nuance representaria somente uma faceta desse possível desequilíbrio. Ao limitar quem investiga, o que se investiga e como se investiga, restringir-se-ia o próprio acesso ao Poder Judiciário. Poderia ser perpetrado, por consequência, um comedimento da jurisdição no que se refere às responsabilidades criminais.

Explicitado de outro modo, a limitação à apuração das infrações penais que sobreviria com a aprovação da PEC 37 poderia consubstanciar o desequilíbrio entre os poderes Executivo e Judiciário uma vez que o primeiro passaria a controlar o acesso das ações penais pelo segundo. O Executivo, via polícias, poderia tornar-se um filtro.

Não é improficuo recordar que um dos movimentos que pautou a redemocratização brasileira foi a quebra do gigantismo do Poder Executivo, o qual, em conjuntura anterior, tolhia os Poderes Legislativo e Judiciário. Os exemplos marcantes desse tipo de atuação foram os atos institucionais.

O atual sistema constitucional, ao revés, molda-se por meio da distinção dos poderes<sup>54</sup>, concebidos de maneira complementar e harmônica, na qual, poder algum comanda o outro. Os poderes Legislativo e Executivo não possuem controle, no sentido de determinarem o modo de realização, das competências designadas ao Poder Judiciário. Todas as instituições cujas funções constitucionais relacionam-se a esse poder – Advocacia e Defensoria Pública, Ministério Público e, com efeito, em seu próprio âmbito, a magistratura, não estão subordinadas aos demais poderes da república, menos ainda aos seus governantes.

Como cogitado, o Poder Executivo, com a aprovação da PEC 37, poderia passar a figurar como filtro das infrações penais que seriam submetidas ao Poder Judiciário. Esse possível exame prévio parece não se enquadrar aos preceitos atrelados aos sistema de freios e contrapesos, mas antes aparenta constrangê-lo.

---

<sup>52</sup> Art. 60, § 4º, CF.

<sup>53</sup> SOARES. Mário Lúcio Quintão, *op. cit.*, p. 120.

<sup>54</sup> REALE, Miguel, *op. cit.*, p. 11.

Nesse ponto, importante salientar que o Estado Democrático de Direito brasileiro tem como uma de suas características predominantes, para além da sujeição de todos, inclusive as autoridades públicas, à legalidade, a necessidade de preservação desse complexo mecanismo de freios e contrapesos afeto à tripartição dos poderes. Em verdade, por meio desse mecanismo, é que se promove a própria legalidade.

Seguindo essa premissa, algumas instituições foram constitucionalmente dotadas, dentre outros, de caracteres explicitamente direcionados ao controle e à fiscalização, a exemplo, os tribunais de contas e o Ministério Público.

Neste momento, imprescindível trazer à baila a indagação de como o mister de controle externo da atividade policial atribuído ao *parquet* figuraria num cenário pós-aprovação PEC 37.

No entanto, uma vez que se almeja a maior isenção possível quanto aos sujeitos atinentes à promoção da investigação penal, opta-se por lançar um questionamento em aberto que suscita se, com o impedimento do Ministério Público de investigar ilícitos cujos indícios apontassem a autoria por policiais, a aludida função institucional manteria preservado o atual sentido que carrega no cumprimento dos preceitos básicos do Estado Democrático de Direito brasileiro, notadamente a materialização da legalidade e a separação das funções estatais.

### **4.3 Exclusividade na apuração das infrações penais, democracia e cidadania**

Pensar em cidadania sugere pensar em participação. Em Ciência Política, nesse quesito, costuma-se recorrer à distinção *democracia direta* e *democracia representativa*. Apesar de em nosso sistema político ser essa última a regra, o *caput* do art. 14 e incisos, CF, preceituam que “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal [...], e, nos termos da lei, mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular”. Para certos autores<sup>55</sup>, identificar-se-ia, nesses três instrumentos, um subsistema de democracia direta.

Apreendido que a República Federativa do Brasil adota, predominantemente, a democracia representativa, primordial é abalizar o alcance dessas duas expressões, quais sejam, *democracia* e *democracia representativa*. Para tanto, evocam-se as preleções de Mazzilli e de Bobbio.

---

<sup>55</sup> ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. **Reforma política, fidelidade partidária e a crise do sistema representativo brasileiro**. Revista Latino-Americana de estudos constitucionais, v. 8, 2008, p. 175.

Mazzilli ensina que a democracia não é apenas o governo da maioria, mas que esta é uma maioria qualificada, ou seja, é a maioria do *povo*. Essa nota singular quer transparecer que democracia não é o governo da maioria das elites, nem da maioria das corporações, nem da maioria dos grupos econômicos e nem mesmo da maioria de alguns grupos políticos. Estes, segundo entende o autor, muitas vezes são aqueles que *efetivamente* fazem a lei, mas nem sempre defendem os interesses da população. Democracia, assim, quer significar o governo da maioria do povo<sup>56</sup>.

Bobbio, por sua vez, informa que as democracias representativas que conhecemos são democracias nas quais os representantes devem se compreenderem como pessoas imbuídas de duas características estabelecidas. A primeira preceitua que gozam da confiança do corpo eleitoral, contudo, uma vez eleitos, não são mais responsáveis perante os próprios eleitores. Disso decorre a irrevogabilidade de seus mandatos. A segunda particularidade diz respeito ao fato de que os representantes não são responsáveis diretamente perante os seus eleitores porque foram convocados a tutelar os interesses gerais da sociedade civil, e não os interesses privados de uma ou outra categoria<sup>57</sup>.

Cidadania, como colocado por ora, pressupõe participação. Porém, adverte-se, essa característica é apenas uma das que permeiam esse elemento essencial do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Antes de conduzir a reflexão nessa direção, cogita-se se aprovação da PEC 37, e consequente redução do número de sujeitos legitimados à apuração das infrações penais, coadunar-se-ia com a noção de participação.

Para isso, a acepção do vocábulo participação deve ser ampliada, não ficando reduzida à política, notadamente identificada com o momento do voto.

Destarte, na temática específica da investigação criminal, participação é assimilada, em analogia ao conceito apresentado de democracia, como a possibilidade de atuação do maior número possível de sujeitos de modo que a sobreposição de interesses – das elites, dos grupos políticos, dos grupos econômicos, das corporações - seja dissolvida. Sem dúvida, referida atuação deve pautar-se por regramentos específicos.

Na seção imediatamente anterior, perquiriu-se se a concentração do poder seria passível de ostentar-se como ameaça ao Estado Democrático de Direito dado o possível desequilíbrio que essa concentração poderia produzir nas suas três vertentes de atuação. Em

---

<sup>56</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **Papel constitucional do Ministério Público**. In Ministério Público: instituição e processo. Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz (coord). São Paulo: Atlas, 1997, p. 95.

<sup>57</sup> BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 47.

um desdobramento lógico, poder-se-ia constatar que uma das formas de concentrar o poder é, justamente, diminuir a participação, afastar a incidência de atuação de quaisquer outros sujeitos estranhos àquele poder.

Um cerceamento à participação implicaria um cerceamento à cidadania e à democracia. Ao *princípio democrático*, inerente ao Estado Democrático de Direito brasileiro, avocado por Guerra Filho<sup>58</sup>.

A democracia, ressalte-se, deve ser entendida como o conceito imprescindível do Estado Democrático de Direito, uma vez que representa a possibilidade de materialização de valores necessários à convivência em sociedade, como a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana<sup>59</sup>.

No tocante à apuração das infrações penais, poder-se-ia traçar a seguinte linha argumentativa: todos os sujeitos que hoje exercem a investigação criminal estão investidos de um múnus público, são conduzidos pelos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da eficiência. Todos têm o objetivo comum de trabalharem em prol da elucidação de fatos e autoria, visando à possibilidade da devida e cabível responsabilização criminal. Há alguns com independência funcional, assegurada constitucionalmente, outros não. Porém, dada a pluralidade de instituições as quais pertencem, menor a chance de transgressão do poder, uma vez que esse se encontra compartilhado.

Nesse sentido, corrobora o entendimento de Bobbio para o qual a democracia contemporânea caracteriza-se pela luta contra o abuso do poder travada, paralelamente, em dois fronts - contra o poder que parte do alto em nome do poder que vem de baixo, e contra o poder concentrado em nome do poder distribuído<sup>60</sup>.

No entanto, caso fosse efetivada a quase completa exclusividade na apuração das infrações penais, o poder sobre a investigação penal estaria praticamente concentrado em uma única instituição que, nas configurações atuais, não conta com independência de atuação, seja por estar subordinada a outro poder específico, seja por questões de deficiências em sua própria dinâmica organizacional.

Nesse cenário de exame dos elementos integrantes do Estado Democrático de Direito brasileiro, não seria exigido grande esforço para demonstrar a posição peculiar na qual figura o Ministério Público, como sujeito incumbido de disseminar ações que robusteçam a

---

<sup>58</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago, *op. cit.*, p. 33.

<sup>59</sup> SILVA, José Afonso da, *op.cit.*, p. 113.

<sup>60</sup> BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**, p.60.

cidadania. Outrossim, a essa instituição, foi conferida a função de defender o regime democrático<sup>61</sup>.

Contudo, seguindo o compromisso de não se ater a um sujeito particular, seja sob a ótica dos impactos emergentes caso a PEC fosse aprovada, seja sob um desenho dissertativo sobre a existência de componentes conferidores de legitimidade para a investigação criminal, passa-se à seção seguinte.

#### **4.3.1 Cidadania, direitos humanos, dignidade da pessoa humana, direitos e garantias individuais**

Foi apontado em momento pretérito que a noção de cidadania não está somente vinculada à ideia de participação política. Cidadania, sob a apreensão de Brito Filomeno, deve ser compreendida como a própria expressão dos direitos humanos em sua mais ampla acepção<sup>62</sup>.

Como conjunto de ideários que levaram o mencionado autor a essa conclusão, reporta-se ele à *Magna Carta* de 1215, ao Bill of Rights, de 1688, à Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, 1776, à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789, e à Declaração Universal dos Direitos do Homem, editada pela Organização das Nações Unidas, em sua Assembleia Geral, em 1948.

Assim, a partir de uma base reflexiva extraída desses documentos, Filomeno justifica sua assertiva de que o vocábulo cidadania evoca a noção de direitos humanos, sob uma perspectiva ampla, em razão de que, independentemente de raça, sexo, ideologia ou outra diferença porventura existente entre seres humanos, o respeito devido à pessoa ultrapassa qualquer fronteira de cunho nacional.

Esse respeito à pessoa, por sua só condição de ser humano, constitui o cerne de outro fundamento do Estado Democrático de Direito, qual seja, a dignidade da pessoa humana. Sobre o tema, Reale oferece sua colaboração e designa que o essencial é que se reconheça o status originário e primordial da pessoa humana como valor-fonte, de modo que sejam

---

<sup>61</sup> Conferir art. 127, *caput*, CF e LC n.º 75/93, art. 5º, I.

<sup>62</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. **Ministério Público como guardião da cidadania**. In Ministério Público: instituição e processo. Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz (coord). São Paulo: Atlas, 1997, p. 128.

evitadas não somente ideologias totalitárias, mas também toda e qualquer forma de autoritarismo<sup>63</sup>.

Sob essa conotação de traduzir direitos humanos, a cidadania pressupõe não só o reconhecimento dos direitos e garantias individuais e sociais, representando esses uma contribuição do sistema jurídico para impor limites à soberania estatal, como também implica o acesso aos instrumentos para a efetiva defesa e realização desses direitos.

Dentre tais instrumentos, há a tutela administrativa, que impõe aos próprios órgãos governamentais o dever de bem cumprirem suas missões institucionais. Há, igualmente, uma tutela civil, orientada às ações judiciais que visam ao reconhecimento dos direitos do cidadão. Em complemento, erige uma tutela penal que deve convergir à respectiva responsabilização<sup>64</sup>.

Na seção anterior, foi questionado se o estabelecimento de um modelo de investigação penal promovido em exclusividade, quase completa, por uma única instituição amoldar-se-ia aos elementos de constituição e de realização da democracia, do próprio Estado Democrático. À cidadania, como componente estruturante da democracia, também lança-se a mesma pergunta e inquire-se se essa poderia ver-se atingida em uma conjuntura de concentração de poder.

Nesta seção, associa-se cidadania a direitos humanos, cuja orientação máxima é o fundamento da dignidade da pessoa humana. Esta, por sua vez, reveste-se, sob o ponto de vista jurídico, de modo indelével, mas não exclusivo, dos direitos e das garantias individuais.

Em um Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais revelam-se como consequência da própria soberania popular, na mediada em que a lei é produto de uma vontade geral, que identifica direitos e garantias em um Estado livre, composto por cidadãos livres. O texto constitucional, expressando esses direitos, ganha novas nuances no tocante à questão do limite ao poder estatal e passa a se constituir como instrumento político-jurídico de controle material (não só em abstrato) das atividades do Estado.

Refazendo o percurso em sentido contrário, tem-se que os direitos e garantias individuais emergem em um Estado que se compromete com o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, por seu turno, revelou-se como norte em um contexto<sup>65</sup> nos quais os mais diversos estilos de pensamento voltaram a atenção sobre a dimensão da terminologia direitos humanos. Estes, como arrazoado, não estão restritos por fronteiras de cunho nacional

---

<sup>63</sup> REALE, Miguel, *op. cit.*, p. 111.

<sup>64</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito, *op. cit.*, p. 129.

<sup>65</sup> Reporta-se ao contexto pós-segunda Guerra Mundial, às correntes doutrinárias do Direito Internacional Público conhecidas como universalistas e relativistas.

e, portanto, devem estar incorporados à concepção de cidadania. Esta, reitera-se, constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Da concatenação desses apontamentos, percebe-se que Estado Democrático de Direito, democracia, cidadania, direitos humanos, dignidade da pessoa humana, direitos e garantias individuais não são noções estanques, pelo contrário. Relacionam-se elas de modo contíguo. O estremecimento de uma atinge a outra, tal qual já se sugeriu em relação ao princípio do Estado de Direito e ao princípio democrático.

Plausível, portanto, a indagação se uma única instituição, de modo quase exclusivo à frente da apuração das infrações penais, poderia representar um comprometimento na efetivação de todos esses axiomas.

Caso a resposta seja afirmativa, caso seja possível constatar uma opressão ao elemento democrático que fora observado como um *continuum* conceitual, a consequência é que poderia emergir um tipo estatal cujo direito, cuja legalidade não se mostrariam orientados por meio dos limites e horizontes que a Carta Constitucional de 1988, a Constituição Cidadã, traçou para o ordenamento jurídico do país<sup>66</sup>. Sobre isso, Reale adverte que todo detalhismo regulativo importa em totalitarismo normativo, com inevitável imobilização das futuras opções conaturais ao processo democrático<sup>67</sup>.

Em adição, Bobbio leciona que somente o poder pode criar direito e apenas o direito pode limitar o poder<sup>68</sup>.

Ora, um poder sem limites, mesmo com a presença do direito, pode conduzir a um Estado de exceção. Em outros termos, o Estado de exceção não é a ausência de direito. É esse o preciso ensinamento de Agamben<sup>69</sup>:

[...] Na verdade, o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico [...]. A suspensão da norma não significa sua abolição e a zona de anomia por ela instaurada não é (ou, pelo menos, não pretende ser) destituída de relação com a ordem jurídica. [...]. Uma opinião recorrente coloca como fundamento do estado de exceção o conceito de necessidade. Segundo o adágio latino muito repetido [...], *necessitas legem non habet*, ou seja, a necessidade não tem lei, o que deve ser entendido em dois sentidos opostos: “a necessidade não reconhece nenhuma lei” e “a necessidade cria sua própria lei”. [...] A necessidade não é fonte de lei, nem tampouco suspende, em sentido próprio, a lei [...].

<sup>66</sup> REALE, Miguel, *op. cit.*, p. 10.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 34.

<sup>68</sup> BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**, p. 13.

<sup>69</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 41.

Por ora, fica o questionamento (cujas respostas iriam muito além do objetivo deste trabalho) se a redução dos sujeitos participantes na apuração das infrações penais, que faz da necessidade de concentração dessa apuração a fonte para o surgimento de uma norma, poderia conter caracteres semelhantes àqueles de um Estado de exceção. O que parece avultar é que referido panorama distanciar-se-ia daquele modulado pelos princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito brasileiro.

#### **4.4 Estado Democrático de Direito brasileiro, direitos humanos e o cumprimento do Estatuto de Roma**

A expressão *de Direito* ganha maior significação se pensada como legalidade. Aliás, é esse princípio um dos sustentáculos e requisitos do Estado Democrático, como já preconizado.

Legalidade, por certo, transcende sua acepção estrita de mera conformidade à lei. Tem-se, assim, a chamada legalidade ampla que acolhe a força normativa de, por exemplo, regulamentos, instruções e outros atos, notadamente na esfera administrativa.

Os tratados de Direito Internacional são internalizados no Brasil, em regra, com status de lei ordinária. Contudo, aqueles que versam sobre direitos humanos, se forem aprovados segundo as formalidades do processo legislativo próprio às emendas constitucionais são a elas equiparados.

A República Federativa do Brasil rege-se, em suas relações internacionais, entre outros, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos<sup>70</sup>. No âmbito interno, outrossim, esse postulado também deve ser concretizado. Uma das formas para que isso ocorra é justamente a preservação da legalidade de modo amplo que, nesse sentido, não estabelecerá uma distinção entre direito interno (legislação infraconstitucional) e tratados internacionais, de maneira a conferir aos últimos uma posição hierárquica inferior em relação ao primeiro. Reitere-se, os tratados, como regra do sistema jurídico perpetrado pelo Estado brasileiro, são internalizados com força de lei ordinária.

Sem dúvida, é possível a existência de conflitos entre os dispositivos de um tratado internacional e a legislação interna de um Estado, quiçá com o próprio texto constitucional. Nesses casos, o ordinário é que haja um movimento legislativo para restabelecer a harmonia

---

<sup>70</sup> Art. 4º, II, CF.



normativa entre os preceitos do instrumento internacional e aqueles veiculados pelo direito interno.

Sobre esse quesito, notável é a situação do Estatuto de Roma.

A República Federativa do Brasil manifestou adesão ao texto do Estatuto de Roma por meio do decreto-legislativo nº 112, de 06 de junho de 2002, sendo seu depósito realizado em 20 de junho de 2002. O Presidente da República, por meio do Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, procedeu à sua ratificação.

Todavia, para a efetiva implementação desse instrumento no plano interno, imprescindível seria superar as dissonâncias entre seus mandamentos e aqueles do texto constitucional nacional e de outros afetos à legislação interna.

Nessa direção, foi apresentado o projeto de lei nº 4.038/2008 que buscava contornar as discrepâncias entre o referido Estatuto e a Constituição Federal no que concerne a temas como a entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional – TPI, pena de prisão perpétua, imunidades e prerrogativas de função, reserva legal e coisa julgada. Do ponto de vista infraconstitucional, adaptações também far-se-iam necessárias, já que a maior parte das normas incriminadoras dispostas no tratado (com exceção do crime de genocídio, o qual já possui tipificação legal própria), bem como normas processuais, não encontravam correspondência no direito interno.

Hoje, passados mais de quatro anos da apresentação desse projeto à Câmara do Deputados, é possível verificar, em consulta ao seu trâmite legislativo<sup>71</sup>, que ele fora apensado ao PL 301/2007 e, na data de 12 de junho de 2013, a matéria não foi apreciada, pelo plenário daquela Casa, por falta de quórum – obstrução parlamentar<sup>72</sup>.

Não há dúvida de que o Estatuto de Roma seja um tratado de direitos humanos, em face de seu conteúdo eminentemente protetivo. Desse modo, a demora legislativa nacional parece não condizer com a postura exteriorizada pelo Estado brasileiro, em suas relações políticas internacionais, de firmar-se comprometido com ações voltadas para a proteção desses direitos.

Ademais, referida proteção é a força motriz que deve impulsionar a função do direito penal em um Estado Democrático de Direito. Nessa esteira, a função a ser exercida pelo direito penal deve estar orientada pelos princípios que fundam esse Estado, de modo que o controle social institucionalizado esteja adstrito à legalidade, porém, executado com o

---

<sup>71</sup> Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetratitacao?idProposicao=410747> > Acesso em 21/06/2013.

<sup>72</sup> Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetratitacao?idProposicao=343615> > Acesso em 21/06/2013.

propósito de ter a dignidade da pessoa humana como o fim máximo de sua interferência. Se assim o for, haverá a possibilidade de consolidação do princípio *pro homine*.

Retomando a demora legislativa quanto à edição de normas que viabilizem a efetiva implementação dos comandos do Estatuto de Roma, não seria inoportuno aventar se a tramitação legislativa por qual percorre o projeto de lei atinente (PL 301/2007) pôde estar relacionada, de algum modo, com aquela da PEC 37.

Sob o aspecto temporal, é possível constatar que, faltando aproximadamente duas semanas para que a PEC 37 fosse submetida ao plenário da Câmara dos Deputados, a votação do projeto de lei que versa sobre temas que proporcionariam a implementação dos dispositivos do Estatuto de Roma foi obstruída.

A priori, essa coincidência temporal não significa coisa alguma. Entretanto, se aferidos os conteúdos do mencionado Tratado, do projeto de lei (PL 301/2007) que colaboraria para sua implementação e o conteúdo da PEC 37, notar-se-ia uma disparidade entre esses textos referente à apuração das infrações penais.

A respeito, é imprescindível salientar que uma das características da investigação criminal, preconizada no âmbito do Tribunal Penal Internacional, é a pluralidade de sujeitos legitimados à sua execução.

O PL 301/2007, por sua vez, é categórico ao recepcionar os preceitos insculpidos no Estatuto e, no tocante à investigação, assevera, em seu art.24<sup>73</sup>, que a cooperação da República Federativa do Brasil com o Tribunal Penal Internacional envolverá todos os atos necessários para a investigação. Ou seja, não faz (e nem poderia fazer, visto que o Tratado já foi aceito pelo Estado brasileiro) ressalva alguma aos sujeitos legitimados no domínio daquela Corte.

O termo *ressalva* evoca, na seara do Direito Internacional, o vocábulo *reserva*. Pois bem, o Estatuto de Roma é um tratado peculiar nesse tocante e, simplesmente, não as admite<sup>74</sup>. Em outros termos, ou o Estado signatário manifesta concordância com seus dispositivos, de modo integral ou, caso contrário, inexistindo aquiescência, nem sequer será signatário.

Desse cenário, duas questões sucedâneas podem ser extraídas. A primeira perquire se a restrição dos sujeitos legitimados à apuração das infrações penais, que seria imposta caso a PEC 37 fosse aprovada, não poderia ser apreendida como uma espécie de reserva pós-

---

<sup>73</sup> Art. 24. Para os fins desta lei, a cooperação da República Federativa do Brasil com o Tribunal Penal Internacional envolverá todos os atos necessários para a investigação, persecução, julgamento e aplicação de penas referentes aos crimes sob jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

<sup>74</sup> Conforme estabelece o art. 120 do Estatuto de Roma.

anuência (algo que, em teoria geral do direito, tratar-se-ia de ato nulo). A segunda indagação é se esse tipo de “reserva” encontraria esteio nos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro.

À última interrogação, percebe-se em seu próprio teor uma resposta negativa, já que a aludida “reserva” é um ato antijurídico, portanto, estranho ao Estado de Direito. E, como já destacado logo no início desta seção, o elemento democrático (estado democrático) só pode se consubstanciar se houver o elemento jurídico (*de Direito*).

A par dessas suposições, o que parece evidente é que assinar e ratificar um tratado e, em ocasião ulterior, por meio da legislação interna, intentar impor óbices à sua efetivação é, do ponto de vista da produção de efeitos, almejar introduzir uma reserva em momento em que essa não mais seria possível. No caso do Estatuto de Roma, como exposto, em instante algum qualquer reserva seria possível.

Tendo sido cotejados o efeito primordial da PEC 37, caso aprovada, e alguns dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro, prossegue o presente estudo almejando realizar tarefa semelhante em relação aos prováveis efeitos da PEC 33.

Não é demais lembrar, primeiramente, esclarecimento já feito em ocasião pretérita, que a escolha de um ou outro fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro como parâmetro de avaliação dos efeitos que decorreriam caso as duas propostas de emendas à Constituição fossem aprovadas decorreu, principalmente, do uso retórico desses princípios basilares durante as discussões surgidas com a apresentação das duas proposições. Também, como já explicado, o termo *discussões* refere-se não só aos debates no lócus parlamentar, mas também àquelas observadas nos meios de comunicação, com destaque para a internet.

Assim, em relação à PEC 37, dois fundamentos assim denominados no texto constitucional foram selecionados, quais sejam, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Contudo, como se ilustrou, esses mandamentos têm repercussão ampla em sua aplicabilidade prática e, como tal, incluem a referência a outros valores que lhes são afetos e, de fato, tão basilares quanto.

Já no que tange à PEC 33, o clamor argumentativo foi depositado no princípio da separação dos poderes. Por conseguinte, é sobre ele que recai, de modo mais detido, a análise que se expõe no capítulo seguinte.

## **5. Exame da PEC 33 sob a perspectiva da separação dos poderes e do poder constituinte derivado reformador**

### **5.1 PEC 33, a separação dos poderes e o poder constituinte derivado reformador**

Da apreciação do conteúdo e da justificativa da PEC 33, chegou-se ao raciocínio de que seu fito principal consubstanciar-se-ia em deslocar atribuições desempenhadas, hoje, no âmbito do Poder Judiciário para a esfera de atuação do Poder Legislativo.

Aludidas atribuições estariam relacionadas, de modo amplo, aos temas de edição de enunciados de súmulas vinculantes e ao controle de constitucionalidade. De modo detido, quanto ao primeiro tópico, a proposta em exame teria como objetivo condicionar o efeito vinculante à aprovação do Poder Legislativo. Em relação ao controle de constitucionalidade, haveria alteração do quórum necessário para a declaração atinente, bem como as decisões proferidas nesse sentido, a respeito de emendas constitucionais, ficariam submetidas ao controle do Congresso Nacional.

Suscita-se, destarte, se essas finalidades, ou, em outros termos, se os efeitos da PEC 33, caso aprovada, guardariam coerência com a separação dos poderes, um dos princípios centrais do Estado Democrático de Direito brasileiro.

A separação dos poderes foi erigida como axioma basilar do Estado de Direito com a intenção de enfraquecer o poder do Estado, ou seja, moldá-lo para que não oferecesse ameaça ilegítima à liberdade individual.

Por meio de sua consagração nas Constituições de diversos países, passou esse princípio a ser vinculado à noção de Estado Democrático, sob o qual desenvolveu-se uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como sistema de freios e contrapesos<sup>75</sup>.

O Direito Constitucional contemporâneo, apesar de reter a tradicional ideia de tripartição dos poderes, já reconhece que a fórmula tripartite, se interpretada e aplicada com rigidez, mostra-se inapropriada para um Estado que assumiu a missão de fornecer a seus cidadãos o bem-estar e, assim, as funções estatais passaram a ser separadas em um mecanismo de controle recíprocos, o supracitado freios e contrapesos.

Segundo essa construção, os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: gerais ou especiais. Os atos gerais, que só podem ser executados pelo Poder Legislativo, constituem-se em regras amplas e abstratas, não se sabendo, no momento de sua emissão,

---

<sup>75</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu, *op.cit.*, p. 79.

quem irão atingir. Dessa forma, o Poder Legislativo, que só produz atos gerais, não atua concretamente na vida social, estando desprovido de meios para cometer abuso de poder ou para beneficiar ou prejudicar uma pessoa ou um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do Poder Executivo, por intermédio de atos especiais. O Executivo, apesar de possuir meios concretos para agir, está também impossibilitado de atuar de maneira discricionária, visto que todos seus atos estão limitados pelos atos gerais desenvolvidos pelo Legislativo<sup>76</sup>.

Havendo exorbitância de qualquer dos poderes, surge a ação fiscalizadora do Poder Judiciário, o qual obrigará cada um a permanecer nos limites de seus respectivos setores de atribuições<sup>77</sup>.

Em consideração passada, já se discorreu sobre a existência de funções típicas e funções atípicas de cada uma das três vertentes de atuação estatal. Afeto a essa temática, tem-se o princípio da indelegabilidade de atribuições.

Os poderes (cada uma das três esferas de atuação) são independentes entre si e atuam nos limites de sua parcela de competências constitucionalmente estabelecidas e asseguradas quando da manifestação do poder constituinte originário.

Dessa feita, as atribuições avalizadas não poderão ser delegadas de um poder para o outro. É esse o teor do princípio da indelegabilidade de atribuições. Um poder só poderá exercer atribuições de outro quando houver previsões expressas na Constituição (surgindo, assim, as funções atípicas) e quando houver delegação por parte do poder constituinte originário, a exemplo das leis delegadas do art. 68, CF, cujo encargo é confiado pelo Legislativo ao Executivo<sup>78</sup>.

Nessa linha de pensamento, podem ser acrescentadas as lições de Canotilho e Moreira que sustentam que um sistema de governo composto por uma pluralidade de órgãos requer, de modo inderrogável, que o relacionamento entre os vários centros do poder seja pautado por normas de lealdade institucional.

Suscitada lealdade compreenderia dois vértices de condutas: um positivo e outro negativo. O primeiro exteriorizaria que os diversos órgãos do poder devem cooperar na proporção necessária para realizar os objetivos constitucionais e para permitir o funcionamento do sistema estatal com o mínimo de atritos possíveis. O segundo vetor

---

<sup>76</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu, *op.cit.*, p. 80. Crê-se que o autor, nesse trecho, utilizou o vocábulo “discricionária” no sentido de arbitrária.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 80.

<sup>78</sup> LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 293.

significaria que os titulares desses órgãos devem respeitar-se mutuamente e renunciar a práticas de guerrilha institucional, de abuso e poder e de retaliação gratuita<sup>79</sup>.

Ora, mencionada lealdade institucional é também lealdade ao texto constitucional.

Barroso leciona que anteriormente ao Estado Constitucional de Direito (Estado Democrático de Direito) o modelo de Estado que se aperfeiçoava era um modelo identificado com o Estado *legislativo* de Direito. Tal terminologia presta-se a evidenciar que o padrão estatal anterior se pautava pela compreensão da Constituição como um documento político, cujas normas não tinham aplicação imediata, mas antes ficavam à espera da boa-vontade do legislador e/ou do administrador para alcançarem efetividade<sup>80</sup>.

É nesse ponto que o paradigma do Estado Democrático de Direito implementou mudança. Além de passar a conceber a Constituição como normas jurídicas de efetividade imediata, o controle de constitucionalidade passaria a ganhar contornos relevantes (no contexto anterior, se existente era incipiente). Nesse novo modelo, portanto, passaria a vigorar a centralidade da Constituição, bem como a supremacia judicial. Esta última significaria a primazia de um Tribunal Constitucional ou Suprema Corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais<sup>81</sup>.

Concatenando alguns dos raciocínios já traçados, pode-se estabelecer que: o mecanismo de freios e contrapesos, inerente à realização da separação das funções estatais, prenuncia que o exercício de um poder por outro só é possível por meio de expresse comando constitucional do poder constituinte originário. Contudo, a proposta em comento, PEC 33, como manifestação do poder constituinte derivado reformador, visa ao acréscimo de novas funções atípicas ao Poder Legislativo.

Ainda que haja discordância quanto a essa tese doutrinária de que somente o poder constituinte originário estaria apto a separar funções típicas das atípicas<sup>82</sup>, quando se insere essa hipótese no quadro maior e complexo do controle de constitucionalidade, é possível perceber que as diversas limitações também impostas pelo constituinte originário à edição de emendas constitucionais (entre elas as chamadas cláusulas pétreas) obstam, como ensina Gilmar Mendes, a destruição, o enfraquecimento ou uma profunda mudança de identidade do texto constitucional, visto que é essa identidade que contribui para a continuidade da ordem jurídica fundamental, na medida em que impede a ocorrência do término do Estado

---

<sup>79</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. **Os poderes do Presidente da República**. Coimbra: Coimbra editora, 1991, p.71.

<sup>80</sup> BARROSO, Luís Roberto, *op.cit.*, p. 4.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>82</sup> LENZA, Pedro, *op. cit.*, p. 294.

Democrático de Direito por meio da própria forma da legalidade, ou seja, impede que o constituinte derivado suspenda ou suprima a própria Constituição<sup>83</sup>.

Retoma-se, agora, aquele que parece ser o cerne da justificativa da PEC 33. Segundo prenuncia seu autor, o Congresso Nacional estaria mais apto a proferir juízo final sobre a constitucionalidade de emendas constitucionais e, também, a avaliar a necessidade do efeito vinculante dos enunciados das súmulas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, pelo fato de que, desse modo, haveria o resgate da dignidade da lei aprovada pelos representantes legítimos do povo.

Nesse ponto, confronta-se o conteúdo da PEC 33 com um comando constitucional que parece veicular um preceito da identidade constitucional da Carta de 1988, atrelada às características do Estado Democrático de Direito, em especial em relação à consagração do controle de constitucionalidade a cargo de um Tribunal Constitucional. É a dicção do art. 102, *caput*, CF, o qual enuncia que compete ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição.

Barroso leciona que o Estado Constitucional Democrático é produto de duas ideias que se conectam, mas que não se confundem. Constitucionalismo denota poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. A democracia, por sua vez, significa a soberania popular, o governo do povo. Entre democracia e constitucionalismo, entre governo da maioria e direitos fundamentais, podem surgir situações de conflitos.

Em decorrência disso, continua o autor, a Constituição deve desempenhar dois papéis de relevo: estabelecer as regras do jogo democrático e, assim, promover a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância do poder. Porém, deve-se atentar que a democracia não se exaure no princípio majoritário. Eis, portanto, que desponta o segundo papel do texto constitucional: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial daqueles que têm mais votos. E, nesse restabelecimento de equilíbrio do princípio democrático, o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Sua missão, desse modo, seria velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios, não de política, ou de doutrinas abrangentes, tais como ideologias políticas ou concepções religiosas<sup>84</sup>. Por conseguinte, para Barroso, a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco.

---

<sup>83</sup> MENDES, Gilmar. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Editora Saraiva, 1990, p. 57.

<sup>84</sup> BARROSO, Luís Roberto, *op.cit.*, p. 11.

Apesar de o Supremo Tribunal Federal deter outras competências estranhas ao controle de constitucionalidade, não há dúvida quanto a sua atribuição de Tribunal Constitucional. De fato, essa Corte goza de situação ímpar, na qual sua competência judicante extrapola o fim primordial a que se destina, mas isso, de modo algum, retira-lhe o caráter de Tribunal Constitucional.

Ademais, quanto ao controle prévio de constitucionalidade, relembra-se que (e, em verdade, foi isso demonstrado por ocasião da análise da tramitação das duas propostas de emendas que constituem o foco do presente estudo) existe o exame de admissibilidade a ser produzido pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJC, na esfera do Poder Legislativo.

Caso a PEC 33 fosse aprovada, passaria a ser possível a reprovação de um texto de emenda constitucional já aprovado nessa comissão e também pelo Supremo. Indaga-se a lógica disso e, se existente, se isso conformar-se-ia com um Estado Democrático de Direito eficiente.

Em resposta, poderia ser apregoado que o controle prévio a ser executado pelo Legislativo é frágil, visto que esse poder não é vocacionado à tecnicidade jurídico-interpretativa. Esse argumento, entretanto, mostra-se tautológico ou circular, visto que, se o controle legislativo é débil, aí encontrar-se-ia uma justificativa para sua execução por parte do Poder Judiciário. Contudo, o que o conteúdo da PEC 33 controverte é que haveria novo controle, *a posteriori*, por esse mesmo poder fragilizado. Verifica-se, portanto, que, ao menos sob esse ponto de vista lógico, a proposta parece carecer de coerência.

Do que foi observado até aqui, resta evidente que a revisão judicial é um dos temas atacados pela PEC 33. Já dispensados comentários sobre o fato de o Supremo Tribunal Federal ser ou não o guardião da Constituição, no entanto, o que se passa a averiguar agora é a inserção da temática da revisão judicial na dinâmica da separação das funções estatais. Expresso de outro modo, considerar-se-á a qual poder a tarefa de rever atos normativos se amoldaria melhor.

A respeito, ensina Gisele Cittadino, em ponderação semelhante à de Barroso, que ao Poder Judiciário caberia essa revisão, visto que esse poder é vocacionado a impedir que restrições constitucionais sejam violadas. Para explicar essa afirmação, aduz que apenas o povo poderia mudar a Constituição, e aos juízes caberia a tarefa de obstar o Congresso de, unilateralmente, fazer alterações fundamentais. Essa tarefa, por ser jurídica, obstruiria que



interesses, compromissos e valores que orientam decisões políticas pudessem violar as decisões tomadas pelo povo ao longo de sua história constitucional<sup>85</sup>.

Agregando as considerações esboçadas, para além de colocar em dúvida a competência do Supremo Tribunal Federal como Tribunal Constitucional e almejar mitigar a legitimidade da revisão judicial dessa Corte, pode-se asseverar que a pretensão da PEC 33 é restringir uma garantia Constitucional, qual seja, o funcionamento pleno de um Tribunal Constitucional. Não é demais lembrar que mencionada garantia é parte componente não só das bases de um Estado Democrático de Direito, mas também da sua própria defesa.

Por fim, interessante recordar, ainda que de maneira concisa, um momento da história brasileira no qual operou-se medida similar. Reporta-se, destarte, à conjuntura de uma Constituição autoritária, a Constituição Polaca, de 1937, cujo artigo 96, parágrafo único, permitia ao Presidente da República, no caso de a Suprema Corte declarar a inconstitucionalidade de uma lei, submetê-la, novamente, ao crivo do Poder Legislativo.

Com viés oposto, assevera Dallari que a Carta Constitucional de 1988 trouxe, pela primeira vez, previsão expressa do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, a qual, por sua vez, estaria vinculada à atuação guardião de um Tribunal Constitucional.

Segundo ensina o autor, deve-se assinalar que a Suprema Corte brasileira vem reiterando decisões fundadas nessa expressa atribuição de competência, o que tem influído para que tribunais e juízes brasileiros, quando chamados a solucionar uma controvérsia jurídica, tomem por base o texto constitucional, de modo a ser ele a referência avaliativa quanto à legalidade dos diversos atos normativos, ou seja, para que se verifique se mantêm ou não conformidade com a organização básica da sociedade brasileira<sup>86</sup>.

Assim, para ele, o controle de constitucionalidade judicial está muito presente no Brasil e relaciona-se, diretamente, com sua característica de ser um Estado Democrático de Direito<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. Elementos de filosofia constitucional contemporânea. 2ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2000, p.55.

<sup>86</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 338.

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 339.

## Considerações Finais

Percebeu-se, ao longo da execução deste trabalho, que seu tema referencial, qual seja, o Estado Democrático de Direito, é extremamente rico no que se refere à multiplicidade de abordagens que pode suscitar. De fato, o motivo propulsor deste estudo foi almejar produzir uma reflexão que transcendesse a rotineira exposição formal de seus elementos constitutivos e, destarte, revelasse a pertinência deles ante a situações práticas.

No caso, o cenário prático foi o da dinâmica do processo legislativo, restrito a duas propostas de emendas à Constituição, PEC 33 e PEC 37, cujos conteúdos foram alvos de ferrenhas críticas, as quais, muitas vezes, faziam referência à violação, por parte dessas proposições, ao Estado Democrático de Direito. Contudo, limitavam-se esses juízos a um apelo discursivo, vazio de um enfrentamento das razões que os pudessem justificar.

Por conseguinte, vocacionou-se este trabalho na busca dos motivos que poderiam evidenciar que os efeitos a serem produzidos pelas propostas em apreço, caso aprovadas, não guardariam coerência com alguns elementos fundantes do Estado Democrático de Direito, mais precisamente, o Estado Democrático de Direito brasileiro.

Reconheceu-se, também, ao longo da elaboração das digressões apresentadas que o fíto do presente estudo, se não bem delimitado, poderia restar prejudicado, dado que deveras ambicioso.

Em outros termos, averiguar os componentes do Estado Democrático de Direito brasileiro (e, ressalte-se, foram selecionados apenas alguns) poderia comportar outros tipos de exame, em especial os que tangem ao desenvolvimento histórico/cultural pertinente, os quais, sem dúvida, fomentariam bastante riqueza argumentativa.

No entanto, essa tarefa extrapolaria as modéstias pretensões que aqui foram lançadas. Portanto, procurou-se balizar o objeto a ser verificado o máximo possível, com o intuito de produzir considerações focadas ao tema alvitrado. Em suma, buscou-se foco com consistência.

A despeito da referência à relação direito e política, frisa-se que não se aventou, de modo algum, aduzir que direito é política. Crê-se que tal reducionismo simplesmente desconsidera algo precioso para a realização do direito como fenômeno justo e democrático. Esse algo é o fato de o direito estar ou, ao menos buscar estar, junto à ética. Afinal, quando se defendem princípios constitucionais, espera-se que também por ela possam os juristas e

legisladores se guiarem, caso contrário, a abstração desses valores pode conduzir a qualquer tipo de conteúdo.

No caso específico da atividade legiferante, este estudo apreendeu o processo legislativo como um ponto de encontro entre o direito e a política. No que se refere à elaboração de emendas constitucionais, tal encontro pareceu ser ainda mais evidente, visto que se demonstrou que o poder constituinte derivado reformador exterioriza a relação direito/política na qual o primeiro delimita e disciplina a atividade político-legislativa.

Como se pôde aferir ao longo deste trabalho, o sistema jurídico brasileiro, fundado em uma ordem constitucional, conta com mecanismos que impedem seu auto-dilaceramento por meio de sua própria forma. Os exemplos patentes são as denominadas restrições explícitas à modificação constitucional, notadamente as cláusulas pétreas.

Conclui-se, destarte, que a existência das aludidas cláusulas não significa apenas garantia à higidez desse mesmo sistema. Para além disso, garantem a própria estruturação do Estado Democrático de Direito, no qual a forma jurídica central (a Constituição) deve ser um meio para a realização da democracia (o qual pode ser aferida pelo nível de cidadania, ou seja, pela efetivação de direitos fundamentais).

E, sendo democrático, esse modelo estatal pode se deparar até mesmo com propostas legislativas que não se mostrem coerentes com seus desígnios, tais como a PEC 33 e a PEC 37. Paradoxalmente, é esse o modo por meio do qual a democracia é realmente mensurada na prática – permitir construções de todo o tom, inclusive na seara legiferante, desde que resguardadas pelos limites da legalidade.

Em outros termos, conclui-se que a fórmula política do Estado Democrático de Direito é robusta o suficiente para lidar com diversas manifestações de poder, inclusive aquela do poder constituinte derivado reformador (um poder eminentemente jurídico). Este, mesmo que vencedor na etapa de formação de uma emenda, ainda assim, se atentatório aos fundamentos desse tipo estatal, poderá ser rechaçado por força da atuação de um Tribunal Constitucional, o qual, por sua vez, também se constitui em outro elemento essencial para o aperfeiçoamento desse mesmo Estado.

## Referências Bibliográficas

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 21/06/2013.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

\_\_\_\_\_, Norberto. **Teoria geral da política**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Resolução nº 17, de 1989, que aprova o Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Disponível em [http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/regimento-interno-da-camara-dos-deputados](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/regimento-interno-da-camara-dos-deputados). Acesso em 21 de junho de 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 21 de junho de 2013.

BRASIL. Decreto 4.388, de 25 de setembro de 2002. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm). Acesso em 21 de junho de 2013.

BRASIL. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp75.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm). Acesso em 21 de junho de 2013.

BRASIL. Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm). Acesso em 21 de junho de 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. **Os poderes do Presidente da República**. Coimbra: Coimbra editora, 1991.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. Elementos de filosofia constitucional contemporânea. 2ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2000.

CORSETTI, Eduardo. **Poder e poder político**. In: PETERSEN, Aurea, *et al.* Ciência política – textos introdutórios. Porto Alegre: Mundo Jovem, 1998.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Ministério Público como guardião da cidadania**. In Ministério Público: instituição e processo. Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz (coord). São Paulo: Atlas, 1997.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.

HELLER, Herman. **Teoria do Estado**. Trad. Lyango G. da Motta. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Papel constitucional do Ministério Público**. In Ministério Público: instituição e processo. Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz (coord). São Paulo: Atlas, 1997.

MELO FRANCO, Afonso Arinos. **História e teoria do partido político no Direito Constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: S. ed, 1948.

MENDES, Gilmar. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Editora Saraiva, 1990.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Trad. Pedro Vieira Mota. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. **Reforma política, fidelidade partidária e a crise do sistema representativo brasileiro**. Revista Latino-Americana de estudos constitucionais, v. 8, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 24ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.