



SENADO FEDERAL

UNIVERSIDADE DO LEGISLATIVO BRASILEIRO

UNILEGIS

DANIEL FAGALI MAGELA

**O FATIAMENTO DE PECS E A PROMULGAÇÃO DA REFORMA DO
JUDICIÁRIO: SOLUÇÃO PELA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL**

Brasília-DF

2008



DANIEL FAGALI MAGELA

**O FATIAMENTO DE PECS E A PROMULGAÇÃO DA REFORMA DO
JUDICIÁRIO: SOLUÇÃO PELA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL**

Trabalho de Conclusão de Curso para aprovação no curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito Legislativo pela Universidade do Legislativo Brasileiro, em parceria com a Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, como requisito para obtenção de título de especialista em Direito Legislativo.

Orientador: LUIS FERNANDO BANDEIRA DE MELLO FILHO

Brasília - DF
2008

**O FATIAMENTO DE PECS E A PROMULGAÇÃO DA REFORMA DO
JUDICIÁRIO: SOLUÇÃO PELA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL**

Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização em Direito
realizado pela Universidade do Legislativo Brasileiro no 2º
semestre de 2008.

Aluno: DANIEL FAGALI MAGELA

Banca Examinadora:

Professor Orientador: Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho.

Professor Convidado: Bruno Dantas Nascimento.

Brasília, _____ de Novembro de 2008.

Ao meu professor orientador
e coordenador do curso de
Pós Graduação em Direito Legislativo
Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho,
Pela dedicação e paciência.
Obrigado,
Daniel.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho
pelo exemplo de amor e dedicação ao magistério.

Ao meu Pai, pelo eterno apoio nas etapas da vida...

À minha esposa e minhas filhas, motivo pelo qual eu
desejo todo dia voltar para casa.

À Deus.

RESUMO

A doutrina do Direito consagra o instituto da Constituição como “organismo vivo”, que deve estar em constante transformação para que evolua e sobreviva. Para tanto a Constituição conta com mecanismos formais e informais de modificação. Dentre os mecanismos informais encontra-se a “mutação constitucional”, que significa modificar a interpretação de uma norma sem alterar o seu texto. De um processo de mutação constitucional, surgiu no “processo constituinte derivado” brasileiro uma nova e criativa ferramenta: o “fatiamento de PEC”. Este instrumento vem sendo usado para permitir a realização de reformas constitucionais mais complexas. O presente trabalho pretende demonstrar de que maneira o “fatiamento de PEC” possibilitou a promulgação da Reforma do Judiciário.

Palavras-chave: reforma do Judiciário, fatiamento de PEC, mutação constitucional, promulgação de Emendas, processo reformador.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO | 08 |
| 1. CONSTITUIÇÃO: CONCEITO, MODIFICAÇÃO E EVOLUÇÃO. | 10 |
| 1.1 Constituição Jurídica e Realidade Constitucional..... | 11 |
| 1.2 A Perenidade e Subsistência da Constituição | 16 |
| 2. DUAS VIAS DE TRANSFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL..... | 19 |
| 2.1 Mecanismos Formais de Modificação..... | 19 |
| 2.1.1 Mecanismos de rigidez constitucional | 19 |
| 2.1.2 Instrumentos Formais de Modificação | 20 |
| 2.1.3 O Poder Reformador na Constituição de 1988. | 21 |
| 2.2 Mecanismos Informais de Modificação | 22 |
| 2.3 Limites ao Poder Reformador | 25 |
| 3. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E PROCESSO POLÍTICO | 28 |
| 3.1 O Conflito | 28 |
| 3.2 O Consenso | 30 |
| 3.3 Grupos de Interesse | 32 |
| 3.4 O Processo Político | 35 |
| 4. A REFORMA DO JUDICIÁRIO | 38 |
| 4.1 Principais aspectos da Reforma do judiciário. | 39 |
| 4.1.1 A modificação da estrutura judiciária | 39 |
| 4.1.2 O Conselho Nacional de Justiça | 41 |
| 4.1.3 A reforma do Supremo Tribunal Federal | 43 |
| 4.1.4 A celeridade processual e o acesso à Justiça. | 44 |
| 4.1.5 Nova ética do Poder Judiciário. | 47 |
| 4.2 Grupos de interesse na Reforma do Judiciário | 48 |
| 5. O FATIAMENTO DE PEC'S E A REFORMA DO JUDICIÁRIO | 51 |
| 5.2 O desmembramento de PEC's | 52 |
| 5.3 A Criação do Fatiamento de PEC | 53 |
| 5.3 Um Novo Instrumento de Processo Reformador | 54 |
| 5.4 Fatiamento de PEC: a solução para a Reforma do Judiciário. | 56 |
| 5.1 O Processo Reformador e a Promulgação de PEC's | 51 |
| CONCLUSÃO | 59 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 61 |

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, foi considerada pelo seu principal mentor - o Deputado Ulysses Guimarães, de “Constituição Cidadã”. Trata-se de um título bastante apropriado tendo em vista o grau de inclusão pluralista e democrática que a caracteriza. Não obstante as qualidades que lhe são óbvias, a Constituição cidadã demonstra uma face perversa: a extensão normativa, que lhe é peculiar, acaba por se tornar danosa. A abrangência jurisdicional da CF-88 não raro a obriga a se submeter a um processo de reforma.

A mudança mundial do modelo de estado que ocorreu em meados dos anos 80, sobretudo pelo crescente processo de globalização econômica, não se viu refletida na CF-88, posto que o País vivia a “euforia” do processo de redemocratização política. Passado o momento de “festa”, o Brasil teve que enfrentar seus problemas: inflação, desemprego e ineficiência econômica. O modelo de Estado interventor, planejador, enfrentava grave crise fiscal. A ineficiência do setor público, agravada por práticas de corrupção e mau emprego de recursos, não poderia mais se perpetuar.

Este foi o cenário político e econômico que serviu de pano de fundo para uma série de profundas Reformas Institucionais, dentre as quais a “Reforma do Judiciário”. Realizar reformas na Constituição brasileira não é tarefa simples, tendo em vista o grau de rigidez que lhe é característica. Materialmente, a dificuldade em se reformar instituições é ainda maior, visto que prepondera no setor público brasileiro a cultura do patrimonialismo e sua aversão a mudanças. A necessidade de se adequar à nova realidade econômica mundial, contudo, provocou mudanças na cultura política do País. Mudanças essas que levaram a cabo uma verdadeira enxurrada de modificações constitucionais.

A quantidade de Emendas aprovadas desde a promulgação da CF-88 mascara a real dificuldade em aprová-las. Quórum qualificado de apreciação e aprovação, duplo turno de votação em cada casa, necessidade de coincidência entre as matérias aprovadas em ambas as Casas para que seja promulgada, são algumas das regras que tornam o processo de reforma mais árido. Por outro lado, a existência de mecanismos não formais de modificação constitucional contribui para flexibilizar este processo.

O Presente trabalho pretende investigar como a necessidade de se promulgar determinadas modificações fez com que se desenvolvesse um instrumento de reforma a partir de uma reinterpretação de uma regra Constitucional. Em seguida investigar-se-á como esse

instrumento solucionou o problema da promulgação da Reforma do Judiciário. Para tanto será discutido, no primeiro capítulo, o conceito de Constituição e a necessidade de sua modificação. No segundo, serão expostos os diversos mecanismos, formais e informais, de modificação da Constituição. No terceiro, será investigada a relação entre mutação constitucional e processo político. No quarto capítulo será feito um diagnóstico da Reforma do Judiciário, seus principais aspectos, e os principais grupos de interesse que nele atuaram. Por fim, no quinto capítulo, investigar-se-á a origem e evolução do instituto do “Fatiamento de PECs” para depois aplicá-lo ao caso da Reforma do Judiciário.

1. CONSTITUIÇÃO: CONCEITO, MODIFICAÇÃO E EVOLUÇÃO.

Desde a sua promulgação em 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil se submete a um “sem número” de propostas de emenda, das quais, cinquenta e seis foram promulgadas, sem contar as seis, resultantes do trabalho de revisão originalmente previsto. Contados vinte anos de sua existência, deduz-se uma produção de emendas média de dois inteiros e oito décimos. É como se o texto constitucional sofresse praticamente três modificações por ano. Este dado torna-se ainda mais importante se considerarmos que algumas dessas, representam alterações profundas na estrutura do Estado e na sua relação com o cidadão. Dentre as “alterações significativas”, popularmente conhecidas como “Reformas do Estado”, insere-se a Reforma do Poder Judiciário – objeto de estudo deste trabalho.

Quando nos deparamos com esta realidade, algumas questões nos vêm à mente. Porque as constituições mudam? Como mudam? Porque mudam tanto? Quem as muda? Essas mudanças possuem limites? Elas são benéficas para a sociedade? Para responder a estas perguntas faz-se necessário, primeiro, investigar sobre a essência e o conceito de Constituição. A primeira discussão proposta diz respeito à diferença entre constituição “jurídica” e “real”, assim como à suposta “tensão” entre elas produzida. Entender a relação existente entre as “duas constituições”, melhor seria dizer, entre os dois aspectos da Constituição, faz-se fundamental para a correta abordagem do tema.

1.2 Constituição Jurídica e Realidade Constitucional

A distinção entre constituição jurídica e real foi introduzida no debate constitucional pelo sociólogo Ferdinand Lassalle em sua histórica conferência pronunciada em 1863 para intelectuais e operários da antiga Prússia¹. No intuito de clarificar qual seria a sua “essência”, o autor propôs a análise da constituição em seu aspecto jurídico e sociológico, para então explicar porque ela se transforma.

Aprender a essência de um objeto é o primeiro passo para estabelecer o seu conceito. Quando um objeto é facilmente verificável (auto evidente) a ciência o denomina axioma, e diz-se que o seu conceito é primário. Ao se pensar, por exemplo, em um “ponto” (geometria) ou em “movimento” (mecânica) não se consegue estabelecer um conceito, apenas se pode ter uma idéia intuitiva do que sejam. Os axiomas são elementos lógicos próprios das ciências naturais, como a física, ou instrumental-rationais, como a matemática. Contudo, quando se adentra na seara das ciências humanas, depara-se com objetos de tal complexidade que, na ausência de conceito devidamente racionalizado (muitas vezes sob um esforço multifocal), torna-se difícil a sua correta compreensão. A própria idéia de “homem” é extremamente complexa. Ela pode ser entendida no seu sentido biológico, como espécie do gênero primata (*homo sapiens*); no sentido antropológico (*anthropos*); no sentido psicológico (*psique ou anima*); no sentido econômico (*homo economicus*); no sentido social (humanidade, coletividade, etc.), no sentido político (cidadão), no sentido jurídico (responsável, detentor de direitos e obrigações, pessoa física), etc.

Neste sentido o conceito de Constituição não foge a regra. Segundo o professor Inocêncio Mártires Coelho (2003), “*em termos de conceito e peculiaridade da constituição a teoria do direito constitucional ainda está engatinhando, sem ter chegado sequer a uma opinião dominante*”. De fato o debate sobre a natureza e a essência da Constituição é anterior a Lassalle, e perpassa três séculos, sem contudo apresentar um conceito pacífico. Apesar de resgatar da doutrina diversas tentativas em se estabelecer um conceito geral e satisfatório de Constituição, e reconhecer o relativo insucesso desta empreitada, o professor ressalta:

“[...] a teoria da constituição, para ser útil à metodologia geral do direito constitucional, deve revelar-se como uma teoria da constituição constitucionalmente adequada, o que só se conseguirá explorando, corretamente, um novo círculo hermenêutico, consistente na interação e na interdependência entre teoria da constituição e experiência constitucional.”(idem, p 19)

São vários os conceitos de constituição porque são várias as abordagens sobre o tema. A sua complexidade permite que nos apropriemos, apenas, da teoria “constitucionalmente

¹ Prefácio de Aurélio Wander Bastos in Lassalle, 1988.

adequada”. Neste sentido, para os fins a que se propõe este trabalho, vamos nos restringir à discussão entre o conceito de constituição jurídica e constituição real.

Se não foi Lassalle o primeiro pensador a questionar sobre a essência da Constituição, certamente ele foi o grande “divisor de águas” do tema em questão. Sob um discurso em linguagem direta, clara e acessível propõe uma quebra de paradigma: reduz a constituição escrita a mera “folha de papel”². Por meio de uma série de encadeamento lógico, deduz que a verdadeira força da Constituição é resultado da conformação das forças políticas que constituem o Estado – o que denomina de “fatores reais do poder”.³ Dessa forma distingue a existência de dois enfoques sobre a Constituição: A constituição jurídica – texto constitucional a que denomina “folha de papel”, e a constituição real – que seria a “verdadeira”, posto que traduz a real composição de forças componentes de uma ordem social – o Estado.

Então, o autor estabelece o relacionamento entre as “duas constituições”:

“Juntam-se esses fatores reais do poder, os escrevemos em uma folha de papel e eles adquirem expressão escrita. A partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito – instituições jurídicas. Quem atentar contra eles atenta contra a lei, e, por conseguinte, é punido. (LASSALLE, 1988, p. 37)”

A essência da constituição escrita, neste caso, é a própria constituição real. A essência da constituição real, por sua vez, reside nos “fatores reais de poder”.⁴ Neste sentido, são os fatores reais de poder a verdadeira fonte do direito constitucional; o que resta, portanto, é mera formalidade. Quando a norma escrita não corresponde à realidade fática, esta se encontra fadada ao fracasso.

O grande mérito de Lassalle, motivo pelo qual ainda hoje é admirado⁵, foi ter percebido a importância da realidade constitucional, não apenas como fonte do poder constituinte originário, mas como condição de legitimidade e sobrevivência da constituição jurídica. Segundo José Afonso da Silva (1990, p. 39):

“O Sentido Jurídico de constituição não se obterá, se a apreciarmos desgarrada da totalidade da vida social, sem conexão com o conjunto da comunidade. Pois bem, certos modos de agir em sociedade transformam-se em condutas humanas valoradas historicamente e constituem-se em

² “Onde a constituição escrita não corresponder à real irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente perante a constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país.” (Lassalle, 1988, p. 59)

³ “Os fatores reais do poder que atuam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são.” (Idem, p. 29)

⁴ “Esse é em síntese, em essência, a Constituição de um país: a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação.” (Idem, p. 37)

⁵ Ver Coelho, Inocêncio Martires, 2004.

fundamento do existir comunitário, formando os elementos constitucionais do grupo social, que o constituinte intui e revela como preceitos normativos fundamentais: a Constituição.”

Até mesmo críticos à teoria de Lassalle admitem o seu êxito ao abordar a importância dos fatores de poder na conformação da Constituição. Assim disse Konrad Hesse (1991, p. 09): *“Questões constitucionais não são, originariamente, questões jurídicas, mas sim questões políticas. Assim, ensinam-nos não apenas os políticos, mas também os juristas.”*. Contudo, Hesse denuncia a falha de Lassalle ao reduzir a essência da constituição apenas à interação das forças de poder. Segundo o autor, não reconhecer a existência de outra força vital da constituição que não a realidade de poder, seria negar a existência da Constituição em sentido jurídico, e, portanto, do próprio Direito constitucional.⁶

Gilmar Ferreira Mendes, em prefácio à edição brasileira de “A Força Normativa da Constituição” analisa a importância da teoria de Hesse:

“A Constituição, ensina Hesse, transforma-se em força ativa se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se fizerem presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição.” (Gilmar Mendes in HESSE, 1991)

A “vontade de constituição”, segundo Hesse, seria a disposição de normas no texto constitucional a fim de transformar a realidade social para um padrão “ideal”. Neste caso, a constituição real seria não apenas conformadora da constituição jurídica, mas, ao mesmo tempo, conformada por ela.⁷ Neste sentido, Hesse estabelece a distinção ontológica entre elas – constituição real, de natureza do “ser”; e constituição jurídica, de natureza do “dever ser”. Assim, o autor define a ciência do direito constitucional como uma ciência normativa, não restrita apenas ao que a realidade apresenta, mas abrangendo, sobretudo, o que se pretende que ela seja.⁸

A força normativa apresenta-se, portanto, como parte essencial da natureza constitucional. Contudo deve ser considerada com a devida prudência, visto que a sua eficácia depende da realidade constitucional. Neste sentido assinala Hesse (1991, p. 14):

⁶ *“Essa negação do direito constitucional importa na negação do seu valor enquanto ciência jurídica. Como toda ciência jurídica, o Direito constitucional é ciência normativa. Diferencia-se assim da Sociologia e da Ciência Política enquanto ciências da realidade. Se as normas constitucionais nada mais expressam do que relações fáticas altamente mutáveis, não há como deixar de reconhecer que a ciência jurídica na ausência do direito, não lhe restando outra função senão a de constatar e comentar os fatos criados pela Realpolitik. Assim o Direito constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo lhe tão somente a miserável função – indigna de qualquer ciência – de justificar as relações de poder dominantes.”* (HESSE, 1991, p. 11)

⁷ *“Constituição real e Constituição jurídica estão em uma relação de coordenação. Elas condicionam-se mutuamente, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra.”* (Idem, p. 15)

⁸ *“A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser. (...) determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela.”* (Idem, ibid)

“A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas.”

O grande mérito de Hesse foi construir uma teoria na qual a Constituição passa a ser vista como instrumento de transformação social. Lassalle, um século antes, desconhecia essa possibilidade propiciada pela realidade constitucional em que viveu Hesse. Assim, se faz oportuno retomar as palavras do professor Inocêncio Coelho ao referir-se à *“teoria da Constituição constitucionalmente adequada”*. De fato, Lassalle viveu um momento onde a transformação do cenário político só era vislumbrada mediante a revolução socialista. Trata-se de uma sociedade cujo grau de imobilidade justificava a descrença no Direito como instrumento de mudança do *“status quo”*. Hesse, por sua vez, refere-se ao momento do pós-guerra, ambiente em que a *“Constituição de Bonn”* exercia um papel histórico na reconstrução política da Alemanha. Trata-se de uma experiência onde a *“vontade do povo”* e a *“vontade constitucional”* coincidiam razoavelmente a ponto de tornar a Constituição um eficaz instrumento jurídico. Ressalta-se, neste caso, o papel fundamental exercido pelo Tribunal Constitucional na conformação deste direito.

Tendo em mente a necessidade de se adotar uma *“teoria adequada”*, buscar-se-á para este trabalho, um modelo de constituição apropriada a uma sociedade política democrática e pluralista - entendendo ser este o padrão de que mais se aproxima a sociedade brasileira contemporânea, e que melhor se aplica a dinâmica do Congresso Nacional. Neste sentido, a doutrina consagrou Peter Häberle, e a sua teoria da *“sociedade aberta dos interpretes da constituição”*.⁹ O pressuposto fundamental de sua obra é que *“não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada.”* (Mendes in HÄRBELE, 1991). A partir deste postulado, o autor elabora uma teoria baseada na interpretação e no uso da norma constitucional. A Constituição, para ele, é menos a *“letra da lei”* do que a forma como é interpretada. É a interpretação que dota a norma de conteúdo material na medida em que faz da letra, norma viva - aplicada à realidade. O papel da interpretação para Häberle difere do conceito técnico-formal consagrado por Hans Kelsen¹⁰; para ele, a interpretação da Constituição é construída

⁹ *“Häberle propugna pela adoção de uma hermenêutica constitucional adequada à sociedade pluralista ou à chamada sociedade aberta. Tendo em vista o papel fundante da Constituição para a sociedade e para o Estado assenta Häberle que todo aquele que vive a Constituição é um seu legítimo interprete.”* (MENDES in HÄRBELE, 1991)

¹⁰ Kelsen admite a existência do espaço para interpretação no processo de aplicação do Direito. Para o autor o *“arcabouço normativo”* formaria uma estrutura legal que metafóricamente comparou à *“moldura de um quadro”* – somente faz parte do quadro o que se encontra dentro dos limites da moldura, da mesma forma que só é Direito

não apenas pelos operadores do Direito, mas por todos que, a ela, são afetos. Segundo o autor (HÄRBELE, 1997, p. 42):

“Os participantes do processo de interpretação constitucional em sentido amplo e os intérpretes da Constituição desenvolvem, autonomamente, direito constitucional material. Vê-se, pois, que o processo constitucional formal não é a única via de acesso ao processo de interpretação constitucional. Colocado no tempo o processo de interpretação constitucional é infinito [...]”

Uma das principais idéias constantes da teoria de Härbele é a visão dinâmica do processo construção da constituição. Trata-se de um fenômeno cuja evolução acontece em compasso com as relações sociais. Assim, a constituição jurídica aproxima-se da constituição real, tornando-se ao mesmo tempo conformada pela “sociedade de intérpretes”, e conformadora deles, na medida em que, pelo menos, estabelece a “moldura”¹¹ sob a qual se dará o processo de interpretação. Esta observação, contudo, deverá ser feita com cautela. Ela pressupõe (nas palavras de Hesse) um mínimo de “*vontade constitucional*”, caso contrário, sucumbirá aos “*fatores reais de poder*”, esvaziando-se toda a sua força normativa.¹²

Nenhuma das três teorias aqui estabelecidas (Lassalle, Hesse e Härbele) consegue traçar uma verdade ampla e satisfatória sobre a essência da Constituição, o que nos dificulta o trabalho de conceituá-la. A escolha desses autores, em detrimento de outros consagrados pela doutrina, se dá apenas pelo “*approach*” teórico que utilizam¹³- entendendo ser este o mais adequado aos propósitos deste trabalho. Neste sentido, para efeitos aqui propostos, adotemos os seguintes conceitos: a) São elementos essenciais da Constituição: “*os fatores reais de poder*”, a sua “*força normativa*” e a contemporânea relação entre eles: “*a interpretação dinâmica das normas pela sociedade aberta, plural e democrática*”. b) Define-se por Constituição: a resultante entre o conjunto de normas constitucionais formalmente escritas, ou (caso não se encontre na forma escrita, ou consolidada) materialmente aceitas como tal, e a interpretação a elas dada pelos intérpretes formais, mas também pela a sociedade que a utiliza.

1.3 Perenidade e Subsistência da Constituição

o que respeita os limites do texto legal. Interpretar é aplicar a moldura fornecida pela Lei ao fato observado. (KELSEN, 2002)

¹¹ Em alusão à moldura de kelsen.

¹² “*Igualmente perigosa para força normativa da Constituição afigura-se a tendência para a freqüente revisão constitucional.*” (HESSE, 1991, p. 22)

¹³ Enfoque na relação entre constituição jurídica e realidade constitucional.

Uma vez estabelecido um conceito de Constituição adequado aos propósitos deste trabalho, podemos tentar responder a perguntas como “porque as constituições mudam”. Esta pergunta traz implícita uma pré-concepção de Constituição como algo que não deveria mudar. De fato, quando uma Constituição é elaborada, tem-se a idéia de, nela, expressar princípios valorativos que fazem parte, ou que se crê que devam fazer parte da coletividade constituinte. A Carta constitucional, ao portar um rol de princípios que fundamentam esta sociedade, seria imbuída de “valores universais e eternos”, não devendo, nesta lógica, se submeter a mudanças. Trata-se de um pensamento que, ao olhar menos atento, parece logicamente aceitável. E de fato, não se pode negar que, quando se insere um dispositivo no texto constitucional, tem-se a intenção de perpetuá-lo - de fazer com que influencie toda cadeia normativa até os padrões de conduta do indivíduo. Em outras palavras, pretende-se “manter” ou “moldar” um padrão social.¹⁴

A contradição que relativiza esta “vontade de perpetuação” reside no fato de que a sociedade não é estática. Por mais que existam valores que no momento de sua constitucionalização “pareçam” ser eternos e supremos, a experiência histórica nos mostra o contrário – os valores evoluem junto com a sociedade. Assim sendo, não permitir que normas constitucionais possam ser reformuladas, “rebalanceadas”, reinterpretadas, substituídas, e até mesmo extintas, pode significar o “engessamento” delas.¹⁵ Lassalle, por outro lado, defendia que a dinâmica das forças sociais não se rege pela constituição jurídica (folha de papel). O distanciamento entre as normas jurídicas e a realidade social, nesta concepção, tenderia não ao engessamento da sociedade, mas a “*sucumbência da Constituição frente aos fatores reais de poder*”.¹⁶

Para Lassalle, a Constituição (escrita) muda porque, dela, se distancia a sociedade. Ainda que admita várias formas de modificação da constituição jurídica¹⁷, para ele, o que

¹⁴ “A formalização é, por conseguinte, uma tentativa de cristalização dos princípios essenciais, mas, como tentativa, está geralmente destinada a dar resultados frustrantes. (BOBBIO, 2007, p. 260)

¹⁵ “A estabilidade das constituições não deve ser absoluta, não pode significar imutabilidade. Não há constituição imutável diante da realidade social cambiante, pois não é ela apenas um instrumento de ordem, mas deverá sê-lo, também, de progresso social. Deve-se assegurar certa estabilidade constitucional, certa permanência e durabilidade das instituições, mas sem prejuízo da constante, tanto quanto possível, perfeita adaptação das constituições às exigências do progresso, da evolução e do bem estar social.” (SILVA, 1990, p. 42)

¹⁶ Ver Lassalle, 1988

¹⁷ “[...] existem até constituições que dispõem taxativamente que a Constituição não poderá ser alterada de modo algum; noutras, consta que para reformá-la não é o bastante que uma simples maioria assim o deseje, mas que será necessário obter dois terços dos votos do Parlamento; existem ainda algumas onde se declara que não é da competência dos corpos legislativos sua modificação, nem mesmo unidos ao Poder Executivo, senão que para reformá-la deverá ser nomeada uma nova Assembléia Legislativa, ad hoc, criada expressa e exclusivamente para esse fim, para que a mesma se manifeste acerca da oportunidade ou conveniência de ser a Constituição modificada” (Idem, p 26)

realmente importa é a constituição real¹⁸; neste sentido, a Constituição muda por meio de reconfigurações entre os fatores de poder. Segundo o autor (1988, p. 59):

“Quando podemos dizer que uma constituição escrita é boa e duradoura? (...) Quando essa constituição escrita corresponder à constituição real e tiver suas raízes nos fatores do poder que regem o país.”

Respondendo a questão posta nesta discussão, Lassalle diria que as constituições jurídicas mudam para se adequar a sua nova essência - a evolução da constituição real.

Hesse (1991, p. 18) também reconhece a necessidade em se adequar a Constituição à realidade política:

“A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia (...) se não quiser permanecer ‘eternamente estéril’, a Constituição – entendida aqui como ‘Constituição jurídica’ – não deve procurar construir o Estado de forma abstrata e teórica.”

A preocupação deste autor (neste ponto, em concordância com Lassari) reside no distanciamento entre a Constituição e a realidade, fato que a tornaria inócua. Contudo, certo grau de descompasso seria igualmente importante para, em outro extremo, evitar a redução da Constituição à mera folha de papel. Para Hesse, a razão das mudanças nas constituições reside na necessidade de se proceder a ajustes para preservar o equilíbrio entre o ordenamento jurídico e a sociedade jurisdicionada, de forma a manter não apenas a estabilidade jurídica como também a sua força normativa.¹⁹

Härbele, por sua vez, entende a questão da mudança constitucional de uma forma diferenciada. Segundo a sua concepção, a essência da Constituição está menos relacionada à letra da Lei do que a sua interpretação. A importância da interpretação na construção do direito constitucional não é novidade em Härbele, Hesse, 50 anos antes, já havia percebido esta relação.²⁰ A sua inovação se encontra em relação ao grau de amplitude e importância que este fator assume no resultado da produção de normas. Quanto à amplitude, ele percebe que o espaço da interpretação não se restringe apenas aos interpretes formais (juízes, legisladores, e demais operadores do Direito), mas abrange a toda sociedade jurisdicionada.²¹ Quanto a sua

¹⁸ “[...] as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar.” (Idem, p. 67)

¹⁹ “Afigura-se, igualmente, indispensável que a Constituição mostre-se em condições de adaptar-se a uma eventual mudança dessas condicionantes. Abstraidas as disposições de índole técnico-organizatória, ela deve limitar-se, se possível, ao estabelecimento de alguns poucos princípios fundamentais [...] (HESSE, 1991, p. 21)

²⁰ “[...] a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição (...) a dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. (Idem, p. 23)

²¹ Na concepção de Härbele a interpretação das normas constitucionais, até mesmo quando acontece dentro dos procedimentos formais, refletem o que a sociedade pensa. Diz-se do processo formal, que ele é menos o que os interpretes formais pensam, do que o que a sociedade os “empresta” a decidirem. Esta idéia, em parte, pode ser exemplificada pelo princípio expresso na Constituição brasileira: “*Todo Poder emana do Povo* [...]”

importância, a interpretação deixa de ser subsidiária para constituir o próprio Direito, na medida em que assume um grau de dinamismo tal, que não se pode mais pensar a Constituição senão como um processo fluído, em constante reinterpretação. Dessa forma, a mudança da Constituição é vista por Härbele como inerente a sua natureza, na medida em que a percebe como um processo contínuo, sobretudo, um processo político (no sentido pluralista), onde a distância entre norma e realidade é ajustada permanentemente.²²

Apesar da ampla divergência quanto o motivo pelo qual as constituições se modificam, pode-se extrair um ponto onde a doutrina, se não unânime, aceita amplamente: a sobrevivência da Constituição. O constitucionalista português Jorge Miranda (2002, p.564) expressa com bastante clareza esta idéia:

“Se as Constituições na sua grande maioria se pretendem definitivas no sentido de voltadas para o futuro, sem duração prefixada, nenhuma Constituição que vigore por um período, mais ou menos longo deixa de sofrer modificações – para adaptar às circunstâncias e a novos tempos ou para acorrer a exigências de solução de problemas que podem nascer até da sua própria aplicação.”

Esta é razão da perenidade da Constituição. É a razão pela qual as constituições modernas tendem a formalizar mecanismos de revisão e modificação de seu próprio texto. Entende-se, portanto, para os objetivos aqui pretendidos, a perenidade como condição “*sine qua non*” à sobrevida constitucional.

²² “[...] o processo político não é eliminado da Constituição, configurando antes um elemento vital ou central no mais puro sentido da palavra: ele deve ser comparado a um motor que impulsiona esse processo. Aqui, verificam-se o movimento, a inovação, a mudança, que também contribuem para o fortalecimento e para a formação do material da interpretação constitucional a ser desenvolvida posteriormente. Esses impulsos são, portanto, parte da interpretação constitucional [...]” (HÄRBELE, 1997, p 26)

2. DUAS VIAS DE TRANSFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL

Esclarecida a razão da modificação constitucional, uma nova questão se põe em evidência: Como mudam as Constituições? Faz-se importante ressaltar que, por tudo que foi visto anteriormente, só faz sentido tratar aqui de modificação parcial, tendo em vista ser este o motivo para não se ter uma modificação total, ou seja, a falência de uma constituição.²³ Sobre os instrumentos de mudança constitucional, a doutrina do Direito comparado observa diversas ocorrências, propõe-se, para fins didáticos, uma divisão em mecanismos formais, e informais.

2.1 Mecanismos Formais de Modificação

Entende-se por mecanismos formais, aqueles expressamente estabelecidos no texto constitucional. Trata-se de normas procedimentais de modificação, já previstas pelo Poder Constituinte Originário, ao perceber a necessidade da “perenidade constitucional”. O grau e a forma como essa perenidade irá se constituir dependerá da realidade social e política, assim como das crenças e cultura em que se imerge o Constituinte Originário; em suma, são condicionadas pela sua pré-compreensão constitucional²⁴. Considerar uma constituição mais ou menos perene em termos comparativos é tarefa bastante difícil. Por exemplo, se adotarmos como critério a “taxa de modificabilidade”²⁵, talvez a Constituição brasileira de 1988 (CF 88) seja considerada uma das mais perenes do mundo. Contudo, ela possui mecanismos formais bastante rígidos contra a modificação. Observemos o que a ciência entende acerca desses mecanismos:

2.1.1 Mecanismos de rigidez constitucional

Conceitua-se mecanismo de rigidez constitucional como um conjunto de normas limitadoras que têm por objetivo tornar o processo de modificação constitucional mais difícil. Trata-se de um conceito que se estabelece em comparação com o procedimento de elaboração

²³ “Contudo, apenas as vicissitudes parciais implicam rigorosamente modificações constitucionais. As vicissitudes totais, essas correspondem à emergência de nova constituição, seja por via evolutiva (transição constitucional) ou por via de ruptura (revolução).” (MIRANDA, 2002, p. 567)

²⁴ “Aplicando-se, também a esta temática, o instrumental teórico antes referido, sobretudo a idéia de pré-compreensão, poderemos afirmar que qualquer noção, por mais elementar que seja, sobre o conceito e objeto da constituição estará condicionada, até certo ponto, pelo que desde logo – a partir de uma posição, de uma visão e de uma concepção prévias – nós acharmos o que é ou deve ser, e o que contém ou deve conter uma constituição.” (COELHO, 2003, p.8)

²⁵ Quantitativo de modificações formais por unidade de tempo.

de normas infraconstitucionais (em geral, leis ordinárias). Segundo José Afonso da Siva (1990, p. 41): *“Rígida é a constituição somente alterável mediante processos, solenidades e exigências formais especiais, diferentes ou mais difíceis que os de formação das leis ordinárias ou complementares.”* São exemplos de mecanismos de rigidez constitucional: a exigência de quórum especial para deliberação desta matéria; a previsão de ritos de tramitação mais longos, com interstícios e prazos maiores, dupla apreciação, etc.; a restrição do rol de atores legitimados a propor modificações na Constituição; a exigência da realização de plebiscito autorizativo e, ou, referendo as modificações aprovadas; a convocação de assembléia constituinte para proceder a deliberação da proposta; a previsão de um “período de teste”, com revisão obrigatória da modificação, sujeita à reversão à forma original; e outras tantas quanto a imaginação do constituinte forem capaz de criar. Uma observação importante diz respeito às “cláusulas pétreas” previstas na CF 88: estas não deverão ser confundidas com mecanismos de rigidez, posto que se constituem, na verdade, em mecanismo de imutabilidade.

2.1.2 Instrumentos Formais de Modificação

Assim como cria mecanismos de rigidez com vistas a preservar um “grau aceitável” de estabilidade²⁶, o constituinte originário procura prever instrumentos que garantam, pelas razões já expostas, a perenidade constitucional. São instrumentos formais de modificação: A reforma constitucional, da qual são subespécies a emenda e a revisão constitucional.²⁷ Segundo J. A. da Silva (1990, p. 54):

“A reforma é o processo formal de mudança das constituições rígidas, por meio da atuação de certos órgãos, mediante determinadas formalidades, estabelecidas nas próprias constituições para o exercício do poder reformador.”

Considera-se emenda, um instrumento de reforma destinado a modificações pontuais, esporádicas, com vistas a adequar a Constituição à evolução social. A revisão por sua vez, se diferencia da emenda principalmente pelo caráter temporal. Ela é prevista no texto constitucional, podendo ser ampla, ou restrita a um objeto previamente determinado. Como o

²⁶ *“A força jurídica das normas constitucionais liga-se a um modo especial de produção e as dificuldades postas à aprovação de uma nova norma constitucional impedem que a Constituição possa ser alterada em quaisquer circunstâncias, sob a pressão de certos acontecimentos, ou que possa ser afectada por qualquer oscilação ou inversão da situação política.”* (MIRANDA, 2002, p.578)

²⁷ *“A reforma é qualquer alteração do texto constitucional, é o caso genérico, de que são subtipos a emenda e a revisão.”* (SILVA, 1990, p. 55)

próprio nome diz, ela se destina a rever determinados dispositivos que se encontram sob um dado período de observação.²⁸

2.1.3 O Poder Reformador na Constituição de 1988.

A Constituição de 1988 inovou não apenas pelo grau de liberdade e participação política, mas por constitucionalizar muitas matérias antes reservadas à esfera infraconstitucional. A grande quantidade de matérias formalizadas no texto da Constituição não só explica (ainda que em parte) como reforça a necessidade de suas constantes reformas. A perenidade constitucional aqui se faz indispensável à sobrevivência e evolução do ordenamento jurídico. Para tanto, o constituinte originário previu a existência de dois instrumentos de reforma: A Revisão e a Emenda à Constituição. Quanto ao primeiro, existe uma previsão expressa: “*A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.*”²⁹. Ou seja, houve uma única previsão de revisão constitucional, realizada no ano de 1994, que restou por produzir seis emendas (denominadas emendas de revisão). Quanto ao procedimento de emendas, este se estabelece, nos termos do art. 60³⁰. Comparando os dois procedimentos de reforma, nota-se um aspecto antagônico: como visto anteriormente, a revisão tem por objetivo um tipo de reforma que tende a mudanças mais amplas e profundas na estrutura do sistema; a emenda, por outro lado, se presta a ajustes pontuais; contudo, nota-se que o procedimento de revisão na CF-88 faz-se mais flexível que o de emendamento. Uma possível explicação para este fato reside não no aspecto da amplitude ou profundidade da reforma, mas na questão da “oportunidade” em fazê-la. Em outras palavras, a reforma da CF-88 foi um evento único e previamente marcado. O processo de emendamento, por outro lado, pode ocorrer infinitas vezes (desde que

²⁸ *Idem ibid.*

²⁹ CF-88, art. 3º do ADCT.

³⁰ “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. § 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa”.

respeitados os limites previstos na própria Constituição). Ressalvados os excepcionais casos previstos na Constituição, também não existem limitações em relação à ocasião de se propor e promulgar uma emenda – o que nos leva a concluir que a maior preocupação do constituinte originário não era com a quantidade de mudanças, mas sim em relação à qualidade delas (sobretudo, em preservar a Constituição da influência das “paixões” momentâneas).

2.2 Mecanismos Informais de Modificação

Não é apenas por meio de mecanismos formais que se pode modificar uma constituição. Isto se deve ao fato de a Constituição não ser apenas formada pela letra da Lei, mas também, pela sua interpretação, e mais ainda pelo uso que se faz de suas normas. Segundo Jorge Miranda (2002, p. 557):

“A existência de Constituição formal não determina a sua exclusividade; determina a primazia da normatividade constitucional. O que a Constituição formal implica não é a proibição de normas constitucionais criadas por outra via que não a legal; é que tais normas se lhe refiram, nela entronquem e formem com ela, e sob a sua égide, uma incindível contextura sistemática.”

De fato, a constituição formal não esgota o universo de normas constitucionais existentes; primeiro porque o texto da lei, por si só, não é suficiente para constituir uma norma; segundo, porque não existe (ou pelo menos a doutrina não reconhece) um texto em que se encontre positivadas todas as possíveis matérias constitucionais.³¹ A lógica tampouco admitiria a possibilidade de uma identificação total entre constituição material e formal. Seria um contra-senso imaginar que todo o universo de normas afetas ao Direito constitucional pudesse ser positivada. Basta imaginar que, se tal fenômeno ocorresse, teríamos uma sociedade completamente “engessada”, sem espaço para ações criativas e inovadoras, sem espaço para a evolução.

É justamente nesta lacuna, ora resultante da insuficiência da letra para constituição da norma, ora restada pelo vácuo normativo presente em qualquer ordenamento jurídico, que se constitui o universo das normas não-formais do Direito constitucional. As normas não-formais, como disse Miranda (2002) são importantes na medida em que completam, prestam sentido e eficácia às normas expressas e assim ajudam a formar um texto coerente, sistemático

³¹ Sobre a distinção entre norma constitucional em sentido material e formal, a doutrina a pacificou como o fato de ser afeto ou não à matéria historicamente concebida como constitucional. Seriam materiais, segundo José Afonso da Silva (1990, p 42) as normas relativas à “estrutura do Estado”, à “organização dos Poderes” e às “garantias, direitos e obrigações” das pessoas: “A ampliação do conteúdo da constituição gerou a distinção, já vista, entre constituição em sentido material e constituição em sentido formal. Segundo a doutrina tradicional, as prescrições das constituições, que não se referiam á estrutura do Estado, á organização dos poderes, seu exercício e aos direitos do homem e respectivas garantias, só são constitucionais em virtude da natureza do documento a que aderem; por isso, diz-se que são constitucionais apenas do ponto de vista formal.”

e, sobretudo, conexo com a realidade em que se insere. As normas positivadas seriam (em referência à Kelsen, 2000) a “moldura” sob a qual se abre um espaço a ser preenchido por meio da interpretação e dos costumes. Ressalta-se que, apesar da doutrina indicar a existência de interpretações e costumes que atentem contra a regra escrita, para os efeitos deste trabalho, considerar-se-á apenas os que existem em conformidade com ela.³²

Tendo em vista que as normas tácitas (não-formais) são co-responsáveis pela composição do sentido das normas expressas (formais), a alteração das primeiras, por conseqüência, implicaria em alteração nas segundas. Dessa forma podemos ter mudança constitucional sem que se mude o texto escrito. Miranda se refere às modificações informais como modificações tácitas (p. 573): “*As modificações tácitas da Constituição compreendem, antes de mais, as que são trazidas por costume constitucional ‘praeter e contra legem’ e, depois, as que resultam da interpretação evolutiva da Constituição e da revisão indirecta (se entender autonomizar essas duas figuras).*” Para os efeitos aqui pretendidos aproveitar-se-á a licença concedida pelo autor para considerar “*interpretação evolutiva*” e “*revisão indirecta*” apenas por “*interpretação*” – abrangendo tanto a interpretação oficial (dos tribunais e legisladores) como a afeta aos membros da “*sociedade aberta*”. Em relação ao costume ‘*contra legem*’, será desconsiderado por constituir-se em mecanismo não legítimo de modificação da Constituição.³³ A doutrina também considera a existência de costumes “*secundum legem*” que, por se tratar de costume positivado na forma da Lei, não faz sentido os considerar como elementos tácitos. Assim sendo, resta-nos os Costumes “*praeter legem*”, estes sim de suma importância para o entendimento aqui pretendido – trata-se de normas consuetudinárias que se prestam a completar o já mencionado “vazio” ocorrente em qualquer sistema normativo.³⁴

³² Miranda (2002) relata a ocorrência de interpretações (até mesmo jurisprudenciais) que atentam contra a norma expressa, assim como a existência da figura do costume ‘*contra legem*’ o que corresponderia (segundo suas palavras) em: “*revogação de norma expressa, por norma tácita*”. Este uso atenta contra o princípio mais importante da Constituição – a ‘*Supremacia constitucional*’ – posto que, é por meio de procedimentos específicos de processo reformador, que se baseia este princípio tão basilar. Permitir a ocorrência de fatos como este, significa destituir a força normativa da Constituição e conseqüentemente de todo o ordenamento jurídico. Seria, nas palavras de Lassari, reduzi-la a mera “*folha de papel*”.

³³ A questão da legitimidade poderia ser, neste caso, defendida argumentando-se que o costume, por corresponder à prática social, seria ontologicamente legítimo. Este argumento é, contudo, falacioso, sobretudo para aqueles que acreditam no Estado de Direito, e que não existe democracia fora dele (Canotilho, 1991). A democracia, do ponto de vista jurídico, é o regime de direito tanto da maioria quanto da minoria. A prevalência de interesses minoritários não existem fora do Direito e de um aparelho coercitivo que o garanta. Dessa forma sem o Direito, entendido como Direito positivo, não há democracia. A democracia é a razão que legitima a Supremacia Constitucional.

³⁴ Conforme Miranda (2002, p. 557-558): “[...] São numerosos os autores que aceitam costume complementar da Constituição em sentido formal – ou porque, por exemplo, o Direito constitucional se não reduza as normas escritas, [...] ou porque o costume exerça uma função supletiva, admitida tacitamente pelo legislador constituinte [...] ou porque mais freqüentes que as revisões constitucionais sejam as mutações operadas por transformações da realidade de configuração do poder político, da estrutura social e do equilíbrio de interesses [...] ou porque a insuficiência ou a indeterminação de uma pré-objectivação normativa obrigue a recorrer à prática ou a uma

2.2.1 Instrumentos de modificação informal

São instrumentos informais aqueles que modificam o sentido da norma constitucional sem, contudo, modificar o seu texto. Apesar de não se encontrarem textualmente expressos, eles possuem uma existência rica e bastante abundante, contribuindo, por vezes, mais que os mecanismos formais para a sobrevivência da Constituição. Segundo Miranda (2002), os instrumentos informais são de suma importância para a evolução de “*sistemas constitucionais longevos ou quase cristalizados*”. Diz o autor que se constituem em mecanismos para garantir um “*modo progressivo de formação do Direito*”. Quanto aos sistemas constitucionais recentes, estes instrumentos seriam também indispensáveis, diante da “*impossibilidade de normas constitucionais pensadas em certo momento abarcarem todos os futuros novos aspectos das relações políticas*”. Letice Benevides (2006) cita a importância da mutação constitucional para a longevidade da Constituição:

“A dinâmica da evolução social produz mudanças imperceptíveis na Constituição, que provêm dos costumes ou mesmo do ambiente político que resultam de um novo entendimento normativo constitucional. Desse modo, mudanças sociais impõem uma interpretação, ao largo da reforma prevista na própria Constituição, com o objetivo de concretizar direitos e princípios, de modo a manter o equilíbrio entre a Constituição que foi promulgada e a realidade da época contemporânea. (...) Neste contexto, a mutação constitucional torna-se o instrumento eficaz para o resguardo da principiologia da Constituição e, portanto, de sua longevidade.”

A doutrina denomina de ‘mutação constitucional’ a toda alteração na norma que ocorra pela via informal. Raúl Machado Horta (2001, p. 598) estabelece quatro classes de mutação constitucional: 1) pela prática que não vulnera formalmente a Constituição; 2) por impossibilidade de cumprimento de preceito constitucional; 3) pela prática que contradiz a Constituição; 4) mutação mediante interpretação. A primeira trata-se de costumes ‘*praeter legem*’, ou seja, de práticas consuetudinárias que surgem em razão da existência de lacunas normativas. O segundo trata de normas cujo cumprimento não se faz possível, ao menos no presente. Como visto a norma formal não representa apenas um “retrato da sociedade” do momento em que foi constituída (ser); ela também se projeta no futuro no intuito de conformar determinado padrão ideal (dever ser). Neste sentido é aceitável o fato de existirem normas impraticáveis em determinado momento (lembrando que algumas podem jamais chegar a ser praticadas). Nesta classe encontram-se também as normas superadas pela própria evolução da sociedade. Já o terceiro caso, refere-se a práticas inconstitucionais, provocadas

constituente determinação pela prática, ou porque o costume decorre da própria necessidade de aplicação da constituição. [...] A importância do costume ‘praeter legem’ é muito grande em sistemas constitucionais longevos ou quase cristalizados, como modo progressivo de formação do Direito. E não deixa ainda de ser nítida em sistemas constitucionais relativamente recentes, dada a impossibilidade de normas constitucionais pensadas em certo momento abarcarem todos os futuros novos aspectos das relações políticas [...]”

por costumes ‘*contra legem*’; por assim ser, desconsiderá-las-emos, visto que não se tratam de práticas legítimas. O último trata de uma forma de mutação que interessa particularmente a este trabalho. Ela pode advir tanto da interpretação pela via judiciária (súmulas e jurisprudência), como pela via informal.³⁵ Neste último caso, destacam-se a interpretação e o uso parlamentar das normas constitucionais. Horta (*idem ibid.*), em referência a Jellinek, ressalta a importância do regimento parlamentar na consolidação do Direito Constitucional.³⁶

2.3 Limites ao Poder Reformador

No que diz respeito ao Poder reformador “*strictu sensu*” (em outras palavras, ao processo formal de modificação da Constituição), a existência de limites é inerente a sua natureza, visto que, se fosse ilimitado, consistir-se-ia em Poder constituinte originário³⁷. A doutrina é rica em modelos de classificação aos referidos limites. José Afonso da Silva divide os tipos de limitação em formais, temporais, circunstanciais e materiais³⁸. As limitações formais referem-se às regras procedimentais expressas na própria Constituição. Por meio delas acontecem os processos de reforma constitucional, sendo que, a sua inobservância acarreta em vício de inconstitucionalidade formal. As limitações temporais referem-se a interstício entre à promulgação da Nova Constituição e a possibilidade de reforma.³⁹ É importante não confundir estes com as suspensões temporárias à possibilidade de reforma. Estas são classificadas por “limites circunstanciais” e se referem a momentos de anomalia constitucional, provocados por circunstâncias extremas como o estado de sítio de guerra, etc. Por fim, a doutrina trata dos limites materiais, ou seja, de matérias cujo conteúdo é mais restrito à modificação. J. A. da Silva (1990) às divide em normas materiais explícitas e implícitas, em referência a sua previsão formal. Ressalta-se que, os limites materiais, sejam eles explícitos ou não, devem ser observados com cautela. Até mesmo a expressa limitação

³⁵ Ver Peter Häberle (1997) – a sociedade aberta dos interpretes da Constituição.

³⁶ “*Na mutação pela prática parlamentar, Jellinek conferiu relevo à função do regimento parlamentar, conforme exemplos que recolheu na França, na Alemanha e na Inglaterra, verificados no século XIX, observando que a influência do regimento parlamentar é preponderante concorrendo para o desenvolvimento do Direito Constitucional material.*” (HORTA, 2001, p. 601)

³⁷ Ver Paulo Bonavides (2003)

³⁸ “[...] *limitações formais podem ser sinteticamente enunciadas: o órgão do poder de reforma (ou seja, o Congresso Nacional) há de proceder nos estritos termos expressamente estatuídos na Constituição. [...] A doutrina costuma distribuir ainda as limitações do poder de reforma em três grupos: as temporais, as circunstanciais e as materiais (implícitas e explícitas).*” (SILVA, 1990, p. 58)

³⁹ Segundo José Afonso da Silva, este tipo de limitação “*não são comumente encontráveis na história constitucional brasileira*” e cita, como exemplo, a previsão de quatro anos a partir de sua promulgação, quando, então, se poderia reformar a Constituição do Império. (*idem, ibid*)

material acerca do seu art. 5º da CF-88 (Direitos Individuais) é relativa. O Entendimento é que não se pode mudá-lo para subtrair direitos, porém a inclusão de novos é permitida.

Por outro lado, quando o Poder reformador é referido em seu sentido amplo (para incluir os processos de mutação constitucional), uma análise mais cuidadosa sobre os limites à modificação se faz necessária. Como não se trata de mudanças na Constituição formal, os limites, conseqüentemente, não se apresentam de forma expressa. Ressalta-se que, desde que uma nova interpretação ou nova norma consuetudinária não venham de encontro à Constituição formal, estas, conseqüentemente, serão consideradas constitucionais. Deste fato, conclui-se que o primeiro limite da mutação constitucional é a própria Constituição formal.⁴⁰

Outra limitação que se impõe à mudança informal, diz respeito à própria ciência hermenêutica. Esta tem por objetivo diminuir as diferenças próprias da subjetividade característica deste tipo de processo. Segundo Quadros (2002, p. 49):

“No ato de interpretativo o autor estará vinculado, portanto a uma série de critérios metodológicos. Esse critérios, previstos em sede da cientificidade hermenêutica, como, por exemplo, o método gramatical, o método lógico, o método sistemático, o método histórico, o método teleológico, o método analógico (...) oferecem os contornos e mecanismos que guiarão os passos do hermeneuta em sua tarefa de interpretar a norma.”

A preocupação com o rigor metodológico é mais freqüente entre os intérpretes formais, que os demais interpretes da “sociedade aberta”. Porém, como são os interpretes formais, em última instância, que produzem a interpretação oficial sobre determinada norma, a metodologia referida acaba por permear toda a produção interpretativa consolidada.

Leticia Benevides (2006) observa a importância de determinados princípios constitucionais como “*limites interpretativos máximos*”. A autora aponta a existência de princípios que, pela sua generalidade, estão sujeitos à interpretação; esta, contudo deve ser feita dentro de limites que não acabem por desfigurá-lo. Em outras palavras: existe um limite à interpretação que é o da preservação do conceito geral do princípio interpretado. Dessa forma, segundo a autora, neutralizar-se-ia “*o subjetivismo voluntarista dos sentimentos pessoais e das conveniências políticas*”.⁴¹ Neste sentido, Clóvis Quadros se refere ao que denomina de “espírito da Constituição”:

⁴⁰ “Ao interpretar a Constituição não deve o intérprete usurpar a função do constituinte, sua vinculação, como propõe José Joaquim Gomes Canotilho, é ao texto legal. Mas é preciso ter em mente que os próprios conteúdos semânticos se alteram com o passar do tempo, bem como e principalmente, os conteúdos valorativos a serem interpretado no texto constitucional.” (QUADROS, 2002 p. 50)

⁴¹ “No processo de mutação constitucional, os princípios funcionam como limites interpretativos máximos, neutralizando o subjetivismo voluntarista dos sentimentos pessoais e das conveniências políticas”. (BENEVIDES, 2006 p. 128)

“Adverte, porém a doutrina que o “espírito da Constituição” precisa ser preservado, sob pena de, num efeito contrário, o processo interpretativo distanciar-se completamente de seus ideais básicos de configuração e promover tamanha alteração do sentido principiológico e valorativo da Constituição que importe em uma transformação de conteúdo essencial.” (2002 p. 65)

Como se pode observar, toda tentativa de se impor limites à interpretação, seja por meio do texto da lei, do uso de uma metodologia racional, ou de princípios gerais norteadores, está focada no sentido de tentar diminuir a subjetividade do processo interpretativo. Porém, até mesmo a doutrina jus-positivista já notara a existência de um espaço interpretativo onde a atuação do sujeito aconteceria além do alcance objetivo da racionalidade jurídica. Dessa forma, entendendo não existir objetividade absoluta no momento da interpretação da norma, Quadros (2002) propõe um limite definitivo a este processo: *“O limite definitivo da interpretação de uma Constituição é, pois, a utilidade social que essa interpretação desperta: quando a interpretação não atende aos anseios sociais é estéril, precisa ser reformulada, revista.”* (p. 50). De forma complementar, Benevides (2006) reconhece, sob a luz de Canotilho, que os limites e influências à mutação constitucional atravessam para além da seara do Direito. Por envolver questões de ordem moral, política, ideológica, social, religiosa e cultural, o estudo deste fenômeno não pode se privar do apoio de outras ciências, sob o risco de incorrer em “reducionismo”.⁴² Portanto, para bem compreendê-lo, recorrer-se-á, em maior grau, ao auxílio imprescindível da Ciência Política, e subsidiariamente, da Sociologia, Economia e Psicologia Social.

⁴² *“A mutação constitucional encontra limites e influências estranhas ao mundo jurídico, sejam de ordem moral, política, ideológica, social, religiosa, cultural, que se manifestam na comunidade a que pertence a Constituição e são necessários para que não se incorra na insegurança jurídica, de forma que a prudência afaste a possibilidade de se cair em estado de anemia, mesmo em presença de leis escritas.”* (Canotilho in BENEVIDES, 2006 p. 134)

3. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E PROCESSO POLÍTICO

Entendendo a “mutação constitucional” como um fenômeno meta-jurídico, propõe-se aqui uma nova perspectiva: a de focá-la como resultado do processo político, própria da dinâmica da democracia. Para tanto, serão utilizados conceitos e teorias emprestados da sociologia, da política e da economia, de forma a completar um estudo cujo objeto não se esgota dentro dos limites da Ciência do Direito.

Na discussão anterior procurou-se entender “como muda a Constituição”. Foram traçados alguns modelos freqüentemente apresentados pela doutrina do Direito, os quais, organizamos em “mecanismos formais e informais de modificação”. Buscou-se estabelecer algumas normas expressas e tácitas que conduzem ou, pelo menos, norteiam este tipo de procedimento. Este capítulo procurará avançar nesta discussão na medida em que investiga a realidade fática, em que se imergem as normas do processo constituinte. Neste sentido, ressalta-se o pensamento de Peter Häberle quando diz que a as forças sociais participam do processo constituinte até mesmo quando são formalmente excluídas deste.⁴³

Assim sendo, além de tentar apresentar uma resposta satisfatória à questão anteriormente posta, procurar-se-á, concomitantemente responder a uma outra: “Quem muda as Constituições?” Para tanto, serão discutidos conceitos como: conflito, consenso e grupos de interesse.

3.1 O Conflito

É axiomática a idéia de que as relações humanas são conflituosas. Faz parte da experiência empírica de cada um (mesmo em curto período de tempo) se deparar com diversas situações em que suas idéias, interesses, necessidades, preferências e sentimentos, vão de encontro às dos outros. Isto é fruto da complexidade característica da experiência humana. Partindo do pressuposto de que toda relação humana possui o elemento conflito, como seria possível imaginar seres humanos convivendo? E mais, convivendo de forma razoavelmente estável e organizada, sem que o conflito promova o caos?

⁴³ “A práxis atua aqui na legitimação da teoria e não a teoria na legitimação da práxis. Como essas forças compõem uma parte da realidade constitucional e da publicidade, tomam elas parte na interpretação da realidade e da publicidade da Constituição! Elas participam desse processo até mesmo quando são formalmente excluídas, como ocorre com os partidos que podem ter o seu funcionamento proibido por decisão da Corte constitucional. São exatamente esses aspectos que exigem um esclarecimento sobre o conteúdo da Constituição e influenciam o desenvolvimento de uma concepção da sociedade liberal-democrática.” (Häberle, 1997, p. 34)

O senso comum apreende o conflito como algo bastante negativo. Essa idéia, bastante intuitiva, acontece pela própria experiência negativa que ele promove no âmbito das interações individuais. E de fato, quando levado ao extremo, o conflito pode provocar até mesmo a extinção de uma sociedade inteira. Porém, a história é prova de que, apesar da convivência diária com o conflito, o ser humano evoluiu em termos organizacionais, técnicos, científicos, culturais, espirituais, etc. Não seria um paradoxo? Para resolvê-lo é necessário enxergá-lo sob outra perspectiva. Hesse (*in Coelho# p 15*) expõe sobre a sua importância: “*Os conflitos impedem a rigidez, o estacionamento em formas superadas, constituem – embora não apenas eles – a força motriz sem a qual não ocorreriam as transformações históricas.*” Nesta perspectiva, o problema residiria não no conflito em si, mas em como utilizá-lo de forma construtiva. E o autor reforça (*idem, ibid*): “*A ausência ou a repressão dos conflitos pode conduzir ao imobilismo, que supõe a estabilização do existente e sugere a incapacidade de adaptação às situações de mudança e à criação de formas novas.*” Por fim, pondera:

“Por si só, o conflito não permite o viver e o conviver humanos.[...] Pois bem, é importante não somente que haja conflitos, mas também que esses conflitos surjam regulados e resolvidos. Não é o conflito, enquanto tal, que contém a forma nova, e sim o resultado a que ele conduz.”

É a existência do conflito que justifica a criação das regras, sejam elas morais, costumeiras, ou jurídicas. As regras tornam a convivência humana possível – não eliminam o conflito, mas estabelecem “mecanismos de prevalência” (ou graduação) de alguns interesses sobre outros. Hesse (*idem, ibid*) adverte:

“Formação da unidade política não significa a produção de um harmônico estado de consciência geral, nem em qualquer hipótese a eliminação das diferenças sociais, políticas ou de natureza institucional e organizativa, mediante um nivelamento total. Essa unidade é inimaginável sem a presença e a relevância dos conflitos na convivência humana.”

O cientista político Octaciano Nogueira identifica que, para resolver o complexo “*mecanismo gerador de conflitos*” o homem desenvolveu “*processos de decisão*”.⁴⁴ O processo decisório é, dessa forma, um processo político de resolução de conflitos. Trata-se da transferência da arena de atuação do conflito particular para um sistema “neutro” que, ao promover a mediação entre as partes, decide em que grau atenderá a ambas demandas. As diferentes formas de Estado que a história identifica possuem, cada qual, seus próprios mecanismos de solução de conflitos. Interessa-nos os mecanismos democráticos, tendo em vista o objeto deste trabalho. Neste sentido, Nogueira (2006, p. 187) estabelece:

“Qualquer que seja a concepção sobre os fins da política, todas admitem que o conflito de interesses faz parte da democracia. Como administrar esse conflito, de forma democrática? Só há duas alternativas: valer-se da regra da maioria, ou decidir-se pela busca do consenso.”

⁴⁴ Ver NOGUEIRA NETO, 2007.

Robert Dahl, autor do conceito de “*poliarquia*”⁴⁵, estabelece uma série de critérios procedimentais “*razoáveis*” para o convívio humano; são eles: 1) a ampla possibilidade de discussão de matérias relevantes, permitindo a observação de diferentes perspectivas, antes da promulgação de uma lei; 2) a procura de soluções conciliatórias, sempre que possível, de forma a atender, ainda que parcialmente, não o maior número de cidadãos, mas o maior número de posições diferentes; 3) a utilização da regra da maioria numérica, no caso da impossibilidade do atendimento do item anterior⁴⁶. Desta forma, Dahl manifesta a sua preferência à busca do consenso em detrimento da regra da maioria. Tanto a doutrina do Direito quanto a Ciência Política parecem preferir o consenso como solução ao conflito. Para entender um pouco melhor esta relação trabalharemos um pouco mais este conceito.

3.2 O Consenso

Hans Kelsen define o consenso como compromisso. Próprio dos sistemas democráticos, ele consistiria na “*solução de um conflito por uma norma que não se conforma inteiramente aos interesses de uma parte, nem contradiz inteiramente os interesses da outra.*”⁴⁷ Noberto Bobbio, sobre a ontologia deste termo, deduz a existência de acordo entre os membros de uma “*unidade social*” em relação a princípios, valores, normas, assim como aos objetivos e procedimentos para alcançá-los⁴⁸. Ele aponta contudo um cuidado que se deve ter ao usá-lo: “[...] o termo consenso tem um sentido relativo: mais que de existência ou falta de consenso, dever-se-ia falar de graus de consenso existentes em uma determinada sociedade ou subunidades.” (*idem, ibid*). Mas ressalta a sua importância para a democracia na medida em que o concebe como “*elemento quase que indispensável para o andamento mais ou menos ordenado do debate*”⁴⁹.

Peter Häberle estabelece a relação entre “consenso” e o “Direito Constitucional”: “*Consenso resulta de conflitos e compromissos entre participantes que sustentam diferentes opiniões e defendem os próprios interesses. Direito Constitucional é, assim, um direito de*

⁴⁵ Ver DAHL, 2001.

⁴⁶ “*Se não é razoável esperar-se viver em perfeita harmonia com todos os seres humanos, poderíamos experimentar criar um processo para chegar às decisões em relação às regras e as leis que satisfaçam determinados critérios razoáveis: a) ampla oportunidade de manifestação dos pontos de vista antes de promulgação de uma lei; b) procura de soluções conciliatórias que visem algo próximo do consenso; c) no caso de impossibilidade de consenso, aplica-se a decisão pela maioria numérica.*” (DAHL, 2001, p.67)

⁴⁷ KELSEN, 1998, p. 412.

⁴⁸ “*O termo consenso denota a existência de um acordo entre os membros de uma determinada unidade social em relação a princípios, valores, normas, bem como quanto aos objetivos almejados pela comunidade e aos meios para os alcançar.*” (BOBBIO, 2007, p.240)

⁴⁹ *Idem, ibid.*

conflito e compromisso.” (Härbele, p 51). A idéia de Direito Constitucional como resultante do consenso remota ao início do debate sobre o constitucionalismo. Os filósofos contratualistas da era moderna já identificavam a Constituição como “pacto social”⁵⁰. E o que seria o pacto social senão o consenso, o compromisso entre cidadãos sobre as regras fundamentais do Estado de Direito? E o Estado de Direito, o que seria senão a instituição que os redimiria do tão temido Estado de Natureza? E o Estado de Natureza, o que mais seria senão o Caos? – um estado de conflito desordenado provocado por interesses de indivíduos que, no limiar, seriam capazes de eliminar vidas. Logo, o consenso na forma da Lei seria o responsável pela vida em sociedade. Segundo Nogueira (2006, p. 186):

“O fundamento teórico dessa teoria é que as democracias necessitam de regras que permitam, induzam e propiciem o consenso, isto é, o caminho para o entendimento necessário à solução dos conflitos políticos gerados pela variedade de interesses em jogo nas sociedades abertas.”

O consenso, segundo Nogueira, representa uma das alternativas à resolução do conflito dentro do sistema democrático, porém não a única. Outra forma de resolução de conflitos seria o uso da regra da maioria. A regra da maioria, entendida aqui por maioria numérica, traduz-se na escolha das alternativas que satisfaçam ao grupo majoritário. Este tipo de procedimento, segundo o autor, é classificado pela Ciência Política como um “jogo de soma negativa”⁵¹. Trata-se de um modelo onde quem adere à maioria sempre ganha, quem se opõe a ela sempre perde. O inconveniente desta regra é que tende a agravar o conflito existente entre as partes, podendo evoluir ao confronto. Assim, o conflito tornar-se-ia ameaça à própria democracia.⁵² Neste sentido, a busca pelo consenso se constitui na opção desejável. Traduzindo-se em uma situação sub-ótima, onde a maioria cede uma parte e a minoria aceita ganhar uma parcela do que desejaria, ele acabaria por contribuir à sustentabilidade do sistema político. Trata-se, nesta lógica, de um modelo típico de “jogo de soma positiva”, posto que todos ganham.⁵³

Uma terceira alternativa, segundo Nogueira, seria o “jogo de soma zero” – que consiste em “empate”. Em outras palavras, trata-se de um jogo onde todos perdem, posto que

⁵⁰ Ver NOGUEIRA NETO, 2007

⁵¹ A “teoria dos jogos” é um modelo teórico criado pela Ciência Econômica. Foi introduzido na Ciência Política pela Escola Norte-americana e passou a ser utilizado para explicar comportamentos políticos sob a perspectiva da escolha racional.

⁵² “Adotando-se a regra da maioria, os que a integram sempre ganham e os que a ela se opõem sempre perdem. Um jogo em que só á sempre os mesmos ganhadores e os mesmos perdedores é uma disputa que agrava e acirra o conflito. E na medida que o conflito se agrava e se acirra, ele tende a se transformar em confronto e o confronto pode adotar formas destrutivas, pondo em risco os próprios fundamentos da política.” (NOGUEIRA FILHO, 2006, p. 187)

⁵³ “O consenso é a formula pela qual nem uns ganham tudo o que podem, nem outros ganham tudo o que querem. Para isso, é necessário que a maioria consinta em ceder uma parte do que poderia ganhar e a minoria aceite ganhar apenas uma parte do que queria obter.” (idem *ibid*)

o empate não permite que nenhuma das partes possam alcançar sequer porção de seus objetivos. Neste sentido o conflito acaba por resultar em desperdício ou inutilização de recursos. Este tipo de modelo é considerado indesejado, visto que pode levar a sistêmica perda de interesse pelas partes conflitantes. No extremo, o empate se torna bastante danoso, ao representar potencial perigo de levar o sistema a uma situação de paralisia decisória⁵⁴. Nesta lógica ressalta Nogueira (2006, p.188):

“A regra desejável é a que seja sempre aplicada a regra de soma positiva. O uso do jogo de soma negativa torna-se a única possível, quando a desejável não pode ser utilizada e a de soma zero é a que poderíamos chamar, nessa gradação, de regra indesejável, que deve sempre ser evitada.”

A importância que se atribui ao consenso, diz respeito a sua capacidade em consolidar um corpo social. Além de permitir a convivência em grupo, o consenso contribui definitivamente para que seja um corpo uniforme e estável. Conforme Bobbio (2007, p.242): *“A existência de valores largamente compartilhados se apresenta, portanto, como um elemento fundamental de solidariedade, constituindo, por assim dizer, um aspecto importante do tecido conectivo de uma sociedade”*. Ainda por Ele: *“Consenso pode ser considerado como fator de cooperação e como elemento fortalecedor do sistema político.”* (idem, ibid.) Dessa forma o consenso torna-se elemento fundamental para a sustentabilidade de qualquer sistema político. Quando se trata de um sistema democrático, passa-se da condição de importante para indispensável. Ontologicamente, a democracia não é somente governo para cidadãos, mas, sobretudo, o governo do cidadão. Em outras palavras, não se pode conceber a existência de democracia sem o processo político de decisão, sem a participação das forças sociais, enfim, sem a produção do consenso.

3.3 Grupos de Interesse

O consenso, como visto, é produto de um processo político que tem por objetivo a tomada de decisão. A decisão consiste na escolha de alguns interesses em detrimento de outros. O consenso não é resultado de toda tomada de decisão, mas tão somente daquelas que acontecem sob razoável grau de ‘aceitabilidade’. Trata-se do produto da decisão que é aceita como legítima sobretudo pelo grupo que se percebe ‘perdedor’. Mas, como exposto, não esgota o universo das formas de decisão. A decisão majoritária, o empate, e até mesmo a não-decisão (decisão de não decidir) são espécies de deliberação típicas do sistema democrático.

⁵⁴ *“Existe alguma alternativa a essas duas soluções? Sim, é o jogo de soma zero, aquele em que ambos perdem e, portanto, ninguém ganha. Este pode não só inviabilizar a democracia, como pode levá-la à destruição, pela simples razão de que um sistema que leva à perda sistemática do interesse de todos os envolvidos termina por ser prejudicial a todos, paralisando o processo decisório.”* (idem ibid)

Todas essas espécies acontecem dentro de regras jurídicas que segundo Giovanni Sartori resume-se na própria Constituição.⁵⁵

Um importante papel desempenhado pela Constituição é não apenas dispor sobre as regras do processo decisão, mas também indicar àqueles que atuam neste procedimento. No caso do processo legislativo (uma das espécies existentes do processo de decisão) a Constituição legitima atores individuais e coletivos. O primeiro grupo é representado por parlamentares, que agem individualmente. O Segundo pode ser exemplificado pelas coligações ou partidos políticos, bancadas, comitês, plenário, etc. Existem casos de legitimação inclusive à participação de atores institucionais externos ao parlamento.⁵⁶

Nota-se que, até o momento, só se tratou de atores oficiais, ou seja, os que se encontram formalizados nos termos da lei, e que portanto possuem ‘autoridade’ para a decisão. Contudo, o processo legislativo não se restringe à atuação dos decisores oficiais. Isto se deve ao fato de que, no sistema democrático, as autoridades representam à sociedade. A própria Constituição prevê mecanismos de escolha democrática dos representantes, assim como de controle social sobre os seus atos. Assim sendo, espera-se que as autoridades decidam conforme o interesse da sociedade que os instituiu. A questão que se põe agora é saber como identificar o interesse da sociedade.

A Ciência Política e o Direito fazem uso recorrentes termos como “vontade social”, “vontade popular”, “vontade nacional”, “bem comum”, “bem estar social”, “interesse público”, etc. Esses termos, que ora são usados como sinônimos, ora se referindo a um contexto ideológico específico, apresentam-se bastante indeterminados. Ao adentrarmos no micro universo das idiosincrasias, percebemos que existem tantos interesses quanto o número de indivíduos pertencentes a um dado agrupamento social. Contudo, de uma perspectiva macro social, é possível notar a existência de interesses comuns que acabam por unir indivíduos em grupos. A esses setores, identificados pela existência de um, ou mais interesses uniformes, dá-se o nome de ‘grupos de interesse’.

O cientista político Robert Dahl, ao estudar a dinâmica das democracias complexas, percebeu que qualquer cidadão, tomado individualmente, possui múltiplos interesses. Percebeu também que o conjunto de interesses de um indivíduo dificilmente coincidiria totalmente com os interesses de outro. Assim, na dificuldade de se estabelecer uma

⁵⁵ “As constituições são ‘formas’ que estruturam e disciplinam os processos decisórios do Estado. Elas estabelecem como as normas devem ser criadas, mas não decidem, nem deveria decidir, o que será estabelecido pelas normas. Quer dizer: as constituições são, antes de mais nada, conjuntos de procedimentos tendo por objetivo assegurar o exercício do poder sob controle” (SARTORI, 1996, p 214)

⁵⁶ Citamos como exemplo, a iniciativa das proposições legislativas previstas nos arts. 60,61,62, 68 e 165 da CF-88.

unanimidade (ou quase unanimidade) de interesses⁵⁷, seria impróprio referir-se a “interesse, ou vontade nacional”. Na sociedade de Dahl, um indivíduo se insere em diversos grupos de interesse. Assim, enquanto se percebe ‘vencedor’ em relação a um dado interesse, ao mesmo tempo se percebe ‘perdedor’ em relação a outro⁵⁸. Dessa forma, o autor resolve um dos problemas mais importantes da democracia – como evitar a ‘ditadura da maioria’. Um jogo onde todos ganham (ainda que parcialmente) reduz significativamente o risco de confronto entre grupos de interesse, evitando possíveis danos ao sistema.

Para Dahl, a sociedade se articula e se organiza de acordo com a identidade de interesses. É por meio de interesses comuns ou convergentes, que os indivíduos se associam para os mais diversos fins. Na política, a identidade de interesses propicia o agrupamento em partidos políticos e grupos de pressão. Segundo Queiroz (2006, p. 88):

“Os grupos de pressão se diferenciam dos partidos políticos basicamente pelo fato de não participarem diretamente da competição eleitoral nem terem por meta a gestão direta do poder. Seu objetivo é o acesso aos centros de poder para obter decisões favoráveis ou evitar medidas contrárias aos seus interesses. Em resumo, os grupos de pressão articulam interesses.”

Os grupos de interesse, não são necessariamente organizados ou articulados, porém quando o fazem para atender a fins políticos, se tornam partidos ou grupos de pressão. A diferença principal entre um e outro, é a forma como disputam o poder. Enquanto os partidos políticos visam o exercício direto do poder, os grupos de pressão objetivam apenas influenciar autoridades a decidir em prol de seus objetivos⁵⁹. Sobre a atuação de grupos de pressão, Queiroz (2006, p. 87) argumenta que:

“Os grupos de pressão, que podem ser permanentes ou temporários, surgem, em geral, quando os interesses ou valores de determinado segmento estão sendo ameaçados ou, ao contrário, quando o ambiente é favorável à promoção desses interesses ou valores. Eles nada mais são do que uma atuação organizada.”

O principal instrumento de atuação dos grupos de pressão é o lobby⁶⁰. Este consiste em, por meio de procedimentos técnicos especializados, tentar convencer o tomador de

⁵⁷ Salvo princípios muito genéricos como “direito à vida”, “dignidade do homem”, “segurança”, etc.

⁵⁸ Os estudos Robert Dahl (2001) se referem à democracias bastante desenvolvidas. O seu principal objeto, do qual extraiu seu clássico modelo de poliarquia, é a sociedade norte americana. Ressalva-se que, ao aplicar este modelo à outras sociedades muito distintas daquela, é provável que não se seja propício. Sociedades que, por exemplo, apresentam clivagens sociais acentuadas, não permitem a aplicação deste tipo de análise. Em relação à sociedade brasileira, e sobretudo para a dinâmica do Congresso Nacional – objeto do estudo em questão, entende-se que este modelo se faz adequado.

⁵⁹ Segundo Octaciano Nogueira (2006, p. 120): *“Os grupos de interesse, ao contrário dos grupos de pressão, não são organizados nem articulados e, em geral, defendem interesses difusos e não específicos e peculiares como os grupos de pressão. Abrangem as mais diversas áreas de interesse da sociedade, em especial os grupos minoritários que não merecem a atenção do Estado. Quando se organizam, se institucionalizam e se articulam, costumam se transformar em grupos de pressão.”*

⁶⁰ *“O instrumento utilizado é o lobby, que poderia ser definido como o processo ou instrumento, por meio do qual, valendo-se de técnicas e pessoas especializadas, os grupos de pressão fazem chegar ao tomador de decisões seus pleitos, desejos ou reivindicações”.* (QUEIROZ, 2006, p. 87)

decisões de que os seus interesses devam ser escolhidos. Andréia Oliveira (2005) discursa sobre a importância e a legitimidade do lobby como instrumento político:

“Ao defender um interesse no Congresso Nacional, os grupos de pressão têm grande chance de vê-lo se transformando em leis, que podem regulamentar todo um setor produtivo, criando oportunidades ou evitar riscos para comunidades inteiras. O resultado do lobbying, dessa maneira, é seguro e duradouro, além de legítimo.”

Queiroz realça a importância do lobby para a democracia na medida em que contribui para o aperfeiçoamento das políticas públicas, estabelecem limites à ação dos poderes, e promovem o “interesse público em favor de determinados pleitos.”⁶¹

3.4 O Processo Político

Processo político é um termo bastante amplo; se refere a toda ação que, dentro do espaço público, envolve disputa de Poder. É por natureza conflituoso, na medida em que envolve interesses divergentes. Pode ser resolvido de forma pacífica, quando se procura o acordo; ou de maneira confrontante quando os grupos litigam, ainda que dentro dos limites legais. Apesar das muitas formas que o termo pode assumir, aqui será utilizado para definir o movimento que tem por objetivo promover a alteração ou a manutenção da ordem jurídica vigente. Esta alteração ou manutenção poderá ocorrer no nível constitucional ou infraconstitucional, e faz-se resultado da disputa entre os grupos de interesse.

Os grupos de interesse, não necessariamente, se enfrentam diretamente pela consecução de seus objetivos. Aliás, em se tratando de um sistema de democracia representativa, é mais comum que isso não aconteça. Existe, como já visto, casos em que os grupos de interesse se tornam partidos políticos ou grupos de pressão, e assim passam a agir de forma mais pró-ativa. É bem verdade que ao atuar diretamente no processo político, esses grupos aumentam a chance de concretizar seus interesses. Porém, observa-se que, na grande maioria dos casos, eles participam somente por meio de seus representantes⁶².

⁶¹ “Os grupos de pressão são fundamentais para a democracia porque podem contribuir para: a) o aperfeiçoamento das políticas públicas; b) estabelecer limites à ação dos poderes; c) promover o interesse público em favor de determinados pleitos”. (QUEIROZ, 2006, p. 89)

⁶² LASSALE (1998, p. 42) percebeu a dificuldade que o povo tinha em se organizar: “O instrumento do poder político do rei, o Exército, está organizado, pode reunir-se a qualquer hora do dia ou da noite, funciona com uma disciplina única e pode ser utilizado em qualquer momento que dele se necessite. Entretanto, o poder que se apóia na Nação, embora, seja, como de fato o é, infinitamente maior, não está organizado. A vontade do povo e sobretudo seu grau de acometimento, não é sempre fácil de pulsar, mesmo por aqueles que dele fazem parte.” Nesta lógica reside o fato de porque muitos grupos de interesse não se organizam e passam a agir como grupo de pressão. Mas, como disse Lassari, mesmo não agindo de forma direta, a opinião pública “de certa forma” constitui-se em fator real de poder.

O objetivo do sistema representativo é fazer com que a sociedade alcance seus interesses, por meio da política, sem contudo envolver-se diretamente neste jogo. Trata-se de um tipo de democracia alternativa ao modelo de participação direta (do qual a sociedade ateniense clássica é paradigma). A ciência relata a existência de uma forma mais contemporânea que seria a democracia semidireta – um sistema democrático representativo com alguns mecanismos de participação direta no Poder. Este último, bastante recorrente nos dias atuais, mantém o sistema de representação política, mas amplia os mecanismos de controle sobre os atos dos representantes (geralmente eleitos pelo voto direto).⁶³ Uma das características principais do sistema democrático representativo é a periodicidade dos mandatos. Esta pretende estabelecer um ciclo político, cujo efeito desejado é garantir, de um lado a necessária renovação parcial do quadro representativo, de outro a permanência dos representantes aprovados socialmente pela sua atuação durante o mandato anterior.

Considerando que o interesse do representante é se perpetuar no Poder, e que a única forma de consegui-lo é mediante a reeleição, logo se conclui que ele irá promover ações que maximizem os seus votos. Dessa forma, ele escolhe os interesses em jogo no processo político sempre calculando os benefícios e riscos que envolvem a decisão. Neste sentido ele poderá optar por favorecer questões setoriais (relativas à sua região eleitoral) questões minoritárias (relativas a grupos específicos, ou a causas específicas, as quais apóie) ou até mesmo questões universais. Às vezes escolhas por interesses supostamente supérfluos podem gerar mais resultado político do que interesses “considerados” primordiais. Neste sentido, quem decide em última instância é a sociedade por meio das eleições. Nota-se que o jogo político é demasiado complexo, e assim sendo muitas ações possuem conseqüências de difícil previsão. Por esta razão, frente a temas “politicamente sensíveis” alguns representantes podem preferir não assumir os riscos de enfrentá-los⁶⁴.

Optando pelas ações políticas que maximizem o seu potencial eletivo, os representantes tendem a conformar suas escolhas com interesses demandados pela sociedade.

⁶³ Octaciano Nogueira (2007, p. 241) define a democracia contemporânea, em contraposição à representativa: “Para distinguir a democracia calcada apenas no voto e na representação popular, chamada de representativa, da que se baseia na participação de um grande número de cidadãos, a denominamos de participativa. À primeira chamamos também de democracia procedimental, porque calcada no procedimento eleitoral e a segunda de decisional porque envolve além do voto, o processo de tomada de decisões.”

⁶⁴ Antônio Augusto de Queiroz (2006, pp. 34,36) em referência ao comportamento do parlamentar frente ao seu eleitorado ressalta: “A preocupação de ouvir a população e manter contato com as bases eleitorais, em tese, reflete o interesse do parlamentar em assegurar um fluxo de informações entre o povo e o Estado, além de receber pleitos de ação legislativa e providências estatais. Embora o compromisso do parlamentar federal seja com a Nação, e não somente com sua região, eleitorado ou Estado, o fato é que os interesses provincianos é que prevalecem, ainda que não atendam adequadamente as expectativas das comunidades locais. [...] Dificilmente, algum parlamentar deixa de atuar nessa dimensão, até porque perde voto e prestígio em sua região, em geral medido pelos benefícios que leva ao Estado.”

Dessa forma, os grupos de interesse influenciam o processo de tomada de decisão sem necessariamente dele, participar, ou pressionar diretamente. O resultado do processo político, entendido como a “resultante de forças que compõem o jogo de interesses”, nem sempre se traduz em um “produto legislativo”. Como visto anteriormente, é possível promover alterações em um ordenamento jurídico, sem que se modifique o texto de um de seus dispositivos integrantes. O processo político pode, dessa forma, produzir uma mutação constitucional. As mutações, assim como, as outras formas de modificação da Constituição, são, principiologicamente, resultantes do incessante processo de reorganização política.

Dessa forma pode-se enfim responder a eminente questão: como mudam as Constituições? Em suma, pelo que foi aqui exposto, as Constituições mudam por meio de mecanismos formais e informais de modificação, ou seja, pela reforma do texto constitucional ou por mudança de interpretação. Qualquer que seja o meio utilizado, este deve ser entendido como fruto do processo político, ou seja, fruto do jogo de interesses que emergem da sociedade plural na democracia.⁶⁵ Por fim responder-se-á a última questão proposta para este capítulo: Quem muda as constituições. De fato, a resposta para esta, não se dissocia da anterior. Ao entender o processo de modificação da Constituição como processo político, ao mesmo tempo esta se afirmando que são os atores políticos os responsáveis pela sua modificação. Em outras palavras, mudam a Constituição: Os representantes políticos (investidos de poder constituinte derivado), os interpretes formais da Constituição (sobretudo os juízes) e os interpretes da sociedade aberta (interpretes informais – grupos de interesse).

⁶⁵ Ver DAHL, Robert, 2005.

4. A REFORMA DO JUDICIÁRIO

A Constituição Federal do Brasil promulgada em 05 de outubro de 1988 foi reflexo direto do processo de democratização que marcou o país desde 1985. Não por acaso, ela representou, de certa forma, um retorno ao momento político democrático que antecedeu ao período militar iniciado em 1964. Neste sentido, a nova Constituição passou a abrigar uma das mais numerosas cartas de direitos fundamentais já presenciadas pelo constitucionalismo. Ao mesmo tempo, as instituições do Estado brasileiro foram delineadas de forma a considerar o rol de direitos constitucionalizados. Se por um lado, a Constituição de 88 refletia o momento político vivido pelo país na ocasião, por outro, ela apresentou um descompasso com o momento econômico não apenas do Brasil, mas do mundo.

O cenário econômico mundial da década de 80 foi marcada pela falência do Estado Social, pela crise fiscal, pela competitividade econômica que acabava por fazer com que o setor produtivo pressionasse pela redução de direitos trabalhistas, com vista a diminuir custos de produção. O centro financeiro do Mundo (sobretudo, EUA e Reino Unido) mudou a sua orientação política para um movimento de redução do aparelho Estatal, de rigidez fiscal, de substituição de políticas de planejamento econômico para políticas reguladoras do setor produtivo, de transferência de atividades do setor público para a iniciativa privada, da descentralização de parte do poder Estatal para a sociedade civil organizada em forma de organismos não estatais, associações com fins não lucrativos, mecanismos de participação democrática na confecção de políticas e orçamento públicos.

No Brasil, a crise econômica, potencializada por uma situação de hiperinflação e pela crítica situação da dívida externa do país, tornava inviável a manutenção de um Estado nos moldes exigidos pela Constituição de 88. Neste contexto o país passou a conviver com um duplo desafio: de um lado, tornar efetivos os novos direitos promulgados; de outro, enfrentar a crise econômica, e retomar o caminho do desenvolvimento. Para tanto, desde os primórdios da década de 90, o Brasil presencia uma mudança de orientação política para um modelo tendente ao “neoliberalismo”. Começa uma era de grandes reformas constitucionais com vista a implementar este novo modelo de Estado, dentre elas destacamos a “Reforma do Judiciário”⁶⁶.

⁶⁶ “A ninguém portanto será lícito, no âmbito de qualquer estudo referente à estrutura, deformações e vicissitudes do Poder Judiciário, obscurecer esse conflito fundamental, por nós hoje vivenciado, entre a sociedade e o sistema político (assim entendidas as formas de governo e os regimes políticos). E, se esse estudo auspiciar-se a investigar a crise do aparelho jurisdicional, torna-se inescusável tratar, antes de tudo, do tema a que, na Ciência Política, se convencionou chamar de “Crise do Estado”. (FIGUEIREDO, 1999, p.23)

Do ponto de vista do Direito Legislativo, as reformas na constituição de 88 não se constituem em tarefa fácil. O modelo reformador adotado no País exige um tal nível de consenso⁶⁷, que torna modificações mais amplas e profundas uma tarefa quase impossível. Neste capítulo estudaremos o caso da Reforma do Judiciário, suas múltiplas implicações para a sociedade brasileira, e como a sua complexidade temática contribuiu para politizar o debate e tornar o processo dificultoso.

4.1 Principais aspectos da Reforma do judiciário.

O processo de reforma do Poder Judiciário tem a sua origem na Proposta de Emenda à Constituição de nº 96 de 1992. Impetrada pelo então Deputado Helio Bicudo (PT/SP), originalmente se apresentava bem mais simples em comparação com as formas que a sucederam por meio das emendas e substitutivo apresentado durante a sua tramitação. À medida que se tornava complexa, a Proposta passava a abranger aspectos não antes contemplados. Essa crescente complexificação, fez com que o debate sobre a matéria se politizasse, tornando o processo da Reforma do Judiciário a mais longa de nossa história constitucional. Segundo Maria Teresa Sadek (2001, P.7): *“Dois aspectos da reforma judiciária merecem destaque inicial: a importância assumida por essa questão no debate público e, ao mesmo tempo, a dificuldade de construir acordos suficientes para a implementação de mudanças.”*

Para fins meramente didáticos, e entendendo não ter, este trabalho, a pretensão de esmiuçar cada dispositivo constante da Reforma, abordar-se-á a matéria por meio de temas maiores, sendo o primeiro a “modificação da estrutura judiciária”.

4.1.1 A modificação da estrutura judiciária

Para abordar o tema proposto, faz-se necessário, primeiro, diferenciar sistema judiciário de sistema jurídico. Segundo Norberto Bobbio (2004, p. 1157 – 1163), Sistema Judiciário é:

“um complexo de estruturas, de procedimentos e de funções mediante o qual o sistema político (do qual o Sistema Judiciário é na realidade um subsistema) satisfaz uma das necessidades essenciais para a sua sobrevivência: a adjudicação das controvérsias pela aplicação concreta das normas reconhecidas pela sociedade.”

⁶⁷ Citar cf88 art 60.

Entende-se por Sistema Judiciário a estrutura por meio da qual o Estado exerce o Poder Judiciário. É importante salientar que o Sistema Judiciário não se esgota apenas com os “Órgãos do Poder Judiciário, mas engloba todo o rol de instituições auxiliares à Justiça, como as Promotorias de Justiça, os Advogados, a Polícia Judicial, a Defensoria Pública, etc. O Sistema Jurídico por sua vez, refere-se à coleção de normas, sistematicamente organizadas compondo um ordenamento jurídico. Segundo Castro Junior (2004, p. 37):

“Sistema Jurídico é um conjunto de normas escritas, usos e costumes, inclusive decisões dos tribunais, adotado por determinada comunidade que compartilha os mesmos princípios e regras e interpretação do direito, objetivando a resolução de seus conflitos.”

A modificação da estrutura judiciária refere-se portanto à mudança na forma como se organiza o Poder Judiciário, bem como em relação à distribuição de competência entre seus órgãos. Não deixa de ser uma modificação no sistema jurídico, mas sobretudo trata-se de modificar a porção do sistema jurídico que cria e organiza o sistema judicial⁶⁸.

A CF-88 organizou o Poder Judiciário Brasileiro em quatro grandes áreas temáticas: Justiça Trabalhista, Justiça Eleitoral, Justiça Militar e, para apreciar as demais searas do Direito, a Justiça Comum. Cada qual dessas áreas seriam equipadas com juízes e varas de instância primária, de Tribunais recursais e de um Tribunal superior. No topo da estrutura judiciária, e com a competência de julgar principalmente matéria de constitucionalidade, foi criado o Supremo Tribunal Federal – STF. Ressalva-se que, no caso da Justiça Comum, a CF-88 reservou às unidades federadas, a competência de prover e organizar o Poder Judiciário até a instância do Tribunal de Justiça, exceto as matérias de competência da Justiça Federal.⁶⁹

De acordo com Fran Figueredo (1999), o problema da Justiça no Brasil parte do fato de o Sistema Judiciário brasileiro ser extremamente burocratizado, utilizando-se muitas vezes de formas ultrapassadas para a prestação jurisdicional. A modificação necessária do Sistema Judiciário, neste sentido, seria menos quanto a sua estrutura organizacional e mais quanto a sua “cultura procedimental”⁷⁰.

⁶⁸ “Percebe-se como imperativa dupla reforma estrutural. A primeira deve atingir a estrutura jurídica como um todo, implicando em ampla e profunda revisão do ordenamento jurídico (...) a segunda deve dirigir-se ao Poder judiciário no sentido de erradicar velhos usos e procedimentos, de ensejar um funcionamento mais rápido e eficaz de seus diversos órgãos, de possibilitar, em suma, o acesso cada vez maior das pessoas que possuem direito constitucionalmente assegurados à jurisdição do Estado.” (FIGUEIREDO, 1999, p. 58)

⁶⁹ Ver Título?? da CF-88: Do Poder Judiciário.

⁷⁰ “A analisar o problema de justiça no Brasil, verificamos ab initio que possuímos um sistema judiciário extremamente burocratizado, onde a busca da prestação jurisdicional faz-se sustentada muitas vezes em fórmulas arcaicas, em alguns institutos peremptos ou em renitentes concepções jurídicas e políticas que não possuem mais sentido nos dias atuais.” (FIGUEIREDO, 1999, p.15)

Sobre as modificações estruturais, o debate sobre a Reforma do Judiciário chegou a cogitar mudanças mais extremas como a extinção da Justiça do Trabalho, da Justiça Militar, ou a criação de uma Justiça Agrária. Nota-se que, de toda proposta, cogitação ou sugestão de mudança estrutural no Poder Judiciário, se tornaram efetivas, na forma da EC nº 45, a extinção dos “tribunais de alçada”, a obrigatoriedade da criação de varas fundiárias na estrutura da Justiça Comum, a Criação do Conselho da Justiça Federal e Conselho Superior da Justiça do Trabalho, e a criação do Conselho Nacional de Justiça.⁷¹

4.1.2 O Conselho Nacional de Justiça

Um segundo importante tema tratado pelo debate da Reforma do Judiciário diz respeito a criação do Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Primeiramente, a sua criação foi cogitada para ser um órgão de controle externo do Poder Judiciário. Neste sentido, foram discutidos três aspectos principais: a sua competência, a sua jurisdição, e a forma de composição e escolha de seus membros. Em relação a competência que teria este órgão, foi considerado a necessidade de se ter um órgão que centralizasse a organização do Poder Judiciário, objetivando um planejamento global, coordenado. Neste sentido, a competência do CNJ passaria por responder por um banco de dados oficial de números do Judiciário, e com base nestes dados organizaria políticas e programas de planejamento e de gestão dos recursos empregados no exercício deste Poder⁷². Como órgão central de gestão estratégica, o CNJ passaria também a ter competência fiscalizatória, no que tange o emprego de recursos materiais e humanos nas atividades dos diversos órgãos do Judiciário⁷³. Ressalta-se que a discussão mais polêmica em torno deste tema se deu acerca da sua competência jurisdicional. Em outras palavras, discutiu-se até que ponto um órgão central de organização do Judiciário

⁷¹ “Passos da reforma: (...) conversão do Supremo Tribunal Federal em Corte com exclusiva competência constitucional; (...) súmula vinculante: para submeter o Estado e seus órgãos de administração, direta ou indireta, aos efeitos de decisões pretéritas, materialmente análogas às novas pretensões suscitadas em nossa mais alta Corte de Justiça”; (...) extinção da inoperante e inócua categoria de ‘juizes classistas’ em todos os graus e instâncias, por constituir mesmo aspiração quase unânime de tantos quantos vivem ou se dedicam ao estudo de nossas instituições judiciárias; (...) eliminar a Justiça Militar de nosso sistema jurisdicional; (...) constituir uma justiça agrária; (...) elaborar Código de Processo Agrário; (...) (FIGUEIREDO, 1999, p. 61)

⁷² “Não parece remanescer dúvida, portanto, quanto à necessidade de se estabelecer, com urgência, órgão encarregado de definir os pontos principais de uma política judiciária de âmbito nacional e de assumir a responsabilidade pelo desempenho administrativo, orçamentário, financeiro e contábil de nossos órgãos jurisdicionais. Evidentemente, entidade dessa natureza não pode dispor de qualquer mecanismo ou instrumento de interferência no exercício dos poderes de jurisdição”. (FIGUEIREDO, 1999, p. 51)

⁷³ “É fácil de observar que, sem o estabelecimento de uma política judiciária compatível e sem o oferecimento de recursos materiais e humanos, esse será sempre um ideal inatingível. Daí porque indispensável caminhar no rumo de transformações estruturais, inclusive, conforme sugerido, com a adoção de coordenação administrativa das atividades judiciárias para obter-se produção jurisdicional em sintonia com as exigências dos tempos modernos.” (FIGUEIREDO, 1999, p. 54)

poderia intervir na liberdade de atuação dos diversos juízos e nas mais diversas instâncias. Poderia o CNJ interferir nas decisões dos juízes e tribunais para decidir em matéria sob eles jurisdicionada, ou até mesmo rever matéria julgada? O fato é que, mesmo após quatro anos de funcionamento, a competência jurisdicional do CNJ é matéria bastante polêmica quando da apreciação de determinadas matérias. Ressalta-se, contudo, que entendimento vem se firmando no sentido de que o referido Conselho poderia, sim, intervir em matéria de jurisdição dos tribunais, desde que restasse demonstrado o seu caráter predominantemente “administrativo”. Por fim, em relação a sua competência, faz-se ainda importante ressaltar o seu papel na defesa da ética e transparência na atividade deste Poder. Aspecto bastante polêmico que passa pela capacidade deste Órgão de remover, processar e punir magistrados, anular ou convalidar concursos de admissão, e até fazer cumprir medidas anti-nepotismo⁷⁴.

Em relação à sua jurisdição, discutiu-se, primeiramente, até que ponto um órgão centralizador global sobre Judiciário implicaria na questão do pacto federativo. O fato é que a prestação jurisdicional no modelo judiciário brasileiro, como vimos anteriormente, é exercido em boa parte pelos Entes Federados, enquanto que um órgão, deste tipo, não poderia, senão, ser situado na esfera federal. Neste sentido, se discutiu se o CNJ não deveria limitar o seu espaço jurisdicional somente ao judiciário federal. Mas, sem desconsiderar a importância e complexidade que envolveram as discussões acerca da competência e jurisdição deste Conselho, talvez, a maior polêmica aconteceu acerca da escolha e composição do seus membros. Algo que, ao olhar mais desavisado, parece menos importante, mas que, na verdade, é fundamental, uma vez que define a natureza deste Órgão. Segundo Maria Teresa Sadek (2001, p. 102):

“Questão mais difícil de resolver, entretanto, seria caracterizar se trata-se realmente de um órgão externo ou se a sua composição apontaria para a criação de um organismo de controle, mas constituído fundamentalmente por integrantes do próprio Judiciário. (...) a capacidade de a instituição zelar pelo Poder Judiciário, no sentido de cobrar responsabilidades e impor mecanismos de prestação de contas, está estreitamente relacionada à sua composição”.

Em outras palavras, é a composição de seus membros que o definirá como Órgão de controle externo ou interno – o que dará contornos à sua forma de atuação. Este tema afeta profundamente a discussão sobre a constitucionalidade, visto que pode alterar significativamente o equilíbrio entre os Poderes.

4.1.3 A reforma do Supremo Tribunal Federal

⁷⁴ “A criação de um organismo de controle poderia estar respondendo a uma meta de democratização, em um sentido muito peculiar e legítimo – democracia enquanto prestação de contas”. (SADEK, 2001, p. 178)

A Emenda Constitucional nº 45, ao instituir o Conselho Nacional de Justiça, acabou por criá-lo como órgão interno do Poder Judiciário. Isto posto, esvaiu-se o temor de se alterar o equilíbrio entre os Poderes. Por outro lado, houve sim uma significativa alteração no equilíbrio entre as esferas de governo, a favor do nível federal. Parte dessa alteração, que pode-se considerar “concentradora” de Poder, se deve a instituição do CNJ com jurisdição sobre todos os Tribunais e Juízes estaduais; parte, se deve às modificações ocorridas em relação ao Supremo Tribunal Federal – STF. O Supremo Tribunal Federal, a partir da promulgação da CF-88, passou a desempenhar um papel crescente de “corte constitucional”. Diferentemente dos regimes constitucionais anteriores, quando o STF atuava como tribunal superior, agora ele caminha cada vez mais no sentido de apenas atuar em matéria relacionada à Constituição⁷⁵.

Um primeiro aspecto a ser considerado sobre a Reforma do STF diz respeito à criação da Súmula Vinculante. Este instrumento se prestaria a evitar que matéria já julgada, cuja a Corte já houvesse firmado sólido entendimento, se repetisse em outro processo, de caso análogo, onde apenas as partes (ou uma das partes) fossem diferentes. O modelo “híbrido” de controle de constitucionalidade que preponderou no Brasil, sobretudo antes da EC-45, favorecia este tipo de situação. O Poder do Juiz de primeira instância de decidir sobre a constitucionalidade, de um lado, e, de outro, o fato de a decisão do STF não gerar efeito vinculante, provocava uma série de decisões divergentes sobre matérias razoavelmente análogas. A repetição de matéria já julgada pelo STF gerava “duplicidade de serviço”, contribuindo significativamente para a “crise de acúmulo de processos” atribuída a este Tribunal. Esta foi a linha de argumento utilizada pelos defensores da SEV – Súmula de Efeito Vinculante, que perpassou toda fase de tramitação da Reforma do Judiciário até a promulgação da EC-45. Os opositores à SEV, por sua vez, recorriam ao seu caráter “centralizador” e “antidemocrático”, visto que diminuiria sensivelmente o poder de decisão dos Juízes de base, diminuindo conseqüentemente o acesso mais “direto” do cidadão à decisão sobre a Constitucionalidade⁷⁶.

Outro importante aspecto afeto à modificação do Supremo diz respeito ao instituto da “Repercussão Geral”. Segundo Bruno Dantas (2008), trata-se de um “pressuposto específico

⁷⁵ “Em alguns países (...) o exercício de sua jurisdição extra-ordinária encontra-se a cargo de cortes cujas atribuições são especificamente de julgar os conflitos constitucionais.” (FIGUEIREDO, 1999, p. 32)

⁷⁶ “No fundo, o problema que a SEV se propõe a resolver é que, no Brasil, as decisões dos tribunais ditos superiores não são superiores em relação às demais instâncias do Judiciário. No que diz respeito à função de controle constitucional, o hibridismo do nosso sistema faz com que os juízes e tribunais inferiores não sejam obrigados a seguir as decisões do Supremo Tribunal Federal (...)” (SADEK, 2001, P. 28)

de cabimento do recurso extraordinário”. O Recurso Extraordinário – REx constitui-se na via de acesso ao Supremo de apreciação de constitucionalidade pelo sistema difuso. A “Repercussão Geral” foi criada para impedir que matérias de pouco impacto social tivessem o seu ingresso realizado pelo REx, e dessa forma abster o Supremo de julgar matérias muito particulares. Ela representa importante instrumento de “contensão processual” e contribui de fato para resolver o problema de sobrecarga de trabalho que afeta este Tribunal⁷⁷. O seu debate, contudo, foi bastante polêmico, visto que os seus opositores alegavam “cerceamento do Direito do cidadão em acessar à Corte Suprema.⁷⁸ O fato é que, três anos após a sua criação, observa-se uma diminuição significativa de ingressos de REx no STF⁷⁹. O Supremo vem – se configurando, portanto, cada vez mais, com o perfil de “corte constitucional”, ao procurar apreciar matéria de Constitucionalidade, “em tese”, evitando as discussões sobre casos particulares, e decisões de alcance restrito.

4.1.4 A celeridade processual e o acesso à Justiça.

Existem dois aspectos filosóficos que permeiam toda a discussão sobre a Reforma do Judiciário. Um, diz respeito à agilidade processual do Judiciário, outro, ao acesso à Justiça. O primeiro trata-se de uma necessidade pragmática: identifica-se um problema crônico de inoperância do Poder Judiciário. O número de ações é muito superior a capacidade do Judiciário em processá-las. As conseqüências são: a) uma demora significativa em se decidir; b) a impossibilidade de usufruir o bem em litígio, por longo período, ou até mesmo a perda desse bem. c) a sensação de descrença no sistema, de impunidade, de desrespeito à cidadania e insegurança jurídica; d) o estabelecimento de um ambiente econômico desfavorável ao desenvolvimento e ao pleno emprego. Essa “crise” é fruto de ineficiência sistêmica⁸⁰,

⁷⁷ “Durante a década de 1990, os REx forma responsáveis por quase metade da movimentação processual do STF (48%), dentre 36 classes diferentes de processos distribuídos para julgamento. No total, 172.809 REx forma distribuídos para julgamento entre 1990 e 2000. Esse número expressivo explica por que, do ponto de vista quantitativo, a crise do Supremo Tribunal Federal tem sido chamada também de “a crise do recurso extraordinário”. (SADEK, 2001, p. 44)

⁷⁸ “repercussão geral é o pressuposto especial de cabimento do recurso extraordinário, estabelecido por comando constitucional, que impõe que o juízo de admissibilidade do recurso leve em consideração o impacto indireto que eventual solução das questões constitucionais em discussão terá na coletividade, de modo que se lhe terá por presente apenas no caso de a decisão de mérito emergente do recurso ostentar a qualidade de fazer com que parcela representativa de um determinado grupo de pessoas experimente, indiretamente, sua influência, considerados os legítimos interesses sociais extraídos do sistema normativo e da conjuntura política, econômica e social reinante num dado momento histórico”. (DANTAS, 2008)

⁷⁹ *Idem ibid.*

⁸⁰ “Produtividade vem, portanto, corresponder a produzir-se mais em menos tempo, o que, na esfera do Poder Judiciário, significa resolver-se com eficiência, menor custo e mais rapidez, os litígios judiciais. Quando se fala

provocada, por um lado, pela escassez e pelo mau emprego de recursos humanos e materiais na atividade judiciária; por outro, reflete grave deficiência no sistema jurídico, em especial no que tange às normas de procedimento judicial⁸¹. A reforma constitucional do Poder Judiciário é necessária, porém não suficiente.

A Emenda Constitucional nº 45 estabeleceu a “celeridade dos processos judiciais” como um Direito Fundamental, bem como institucionalizou o Conselho Nacional de Justiça com o exposto objetivo de administrar os diversos Órgãos do Poder Judiciário. Essas duas instituições representam, sem dúvidas, importante passo para tornar o Judiciário mais eficiente. Contudo, sem uma profunda reforma infraconstitucional dos Códigos Procedimentais, simplificando os ritos, eliminando recursos obsoletos, e criando mecanismos para evitar a “protelação processual”, a Reforma Constitucional corre o risco de não alcançar os resultados desejados.

A necessidade de se responder às questões jurídicas com celeridade é sem dúvida um bem a ser defendido, porém não deve ser considerado isoladamente. Segundo Fran Figueredo (1999, p. 55): “A prestação jurisdicional deve-se obviamente exercer com celeridade, sem entretanto desconsiderar as exigências de qualidade, caracterizadas pela sua compatibilização ao ordenamento jurídico em vigor e às exigências superiores do Direito e da Justiça.” Em outras palavras o conceito de “eficiência” não pode ser dissociado do conceito de “efetividade”. Neste sentido traz-se o “acesso à justiça” como um bem também a ser defendido.

“Acesso à justiça” neste caso, não significa apenas “acesso ao Judiciário”, mas sobretudo o acesso ao resultado “justo”, “equilibrado”, “equânime” e democrático devido aos cidadãos por este Poder.⁸² Assim sendo, o “acesso à justiça” pode e deve se valer da “celeridade processual”, entendendo que a demora na prestação jurisdicional é impeditiva de justiça. Contudo, medidas de “aceleração processual” sem o devido cuidado, podem também incorrer em prática injusta, em cerceamento do direito de ampla defesa e em desrespeito ao

em eficiência deseja-se simplesmente incorporar à equação matemática uma exigência valorativa ingênita àquela: o conceito de qualidade”. (FIGUEIREDO, 1999, p. 54)

⁸¹ “E, de imediato, concluiremos que a motivação da reforma do Poder judiciário não é outra senão a ausência de justiça ou aquilo que se convencionou chamar de “crise de justiça”. Seria ainda o caso de perguntar-se: o que é a crise de justiça senão a ausência dela, a sua mitigação, a protelação de seus efeitos, em anomalia contemporânea à ineficiência do aparelho jurisdicional?” (FIGUEIREDO, 1999, p.13)

⁸² Justiça, equilíbrio e equidade são conceitos de natureza subjetiva, por esta razão faz-se difícil defini-los objetivamente. Contudo, é mais fácil entendê-los um pouco melhor pelos seus antagônicos. Por exemplo: É injusto, desequilibrado ou desigual uma prestação jurisdicional diferenciada entre partes iguais perante a lei e ao fato jurídico posto, por conta de diferença de Poder Econômico entre elas.

devido processo legal. Por esta razão, a “celeridade processual” somente se justifica quando associada à este outro princípio – o “acesso à justiça”.

Neste sentido, um importante aspecto tratado no debate da Reforma do Judiciário diz respeito aos procedimentos de Justiça Especial e Alternativa. Entende-se por Justiça Especial os juízos de procedimento oral e sumarássimo, aplicados a casos de menor complexidade e portanto passíveis de serem resolvidos em menos tempo e a um custo menor⁸³. A Justiça Especial representou um importante avanço na prestação jurisdicional ao ser criada pela Lei nº XX e depois constitucionalizada com o advento da CF-88, porém carece de um conceito melhor adequado ao seu papel institucional. Segundo Horácio Wanderlei Rodrigues (2002, p.30):

“Parece, olhando-se sob o aspecto do acesso à Justiça e da efetividade do processo, que o legislador ordinário foi infeliz ao estabelecer na nova legislação uma equiparação entre as pequenas causas e as causas de pequena complexidade, tendo em vista configurarem realidades bastante diversas. As pequenas causas são aquelas de pequeno valor econômico, mas que podem, em determinadas situações, ser extremamente complexas. Em contrapartida, a pequena complexidade não está ligada ao valor da causa, mas sim ao seu conteúdo”.

As práticas de Justiça Alternativa, também conhecida por “práticas alternativas ao Judiciário”, constituem-se em diversas modalidades a saber: a mediação, a arbitragem, a conciliação e a mediação, ou qualquer outra que venha surgir como alternativa ao ingresso judicial. Segundo Oswaldo de Castro Junior (2001), *“São métodos alternativos de resolução de conflitos, os que ocorrem fora do sistema judicial”*. Os Métodos alternativos, ainda bastantes incipientes no Brasil, são largamente utilizados em países de tradição no Direito costumeiro. Castro Junior (2001) ressalta a importância dessas práticas na resolução dos conflitos, uma vez que, além de contribuir para o alívio da carga processual que afeta o Sistema Judiciário, promovem um “tipo de Justiça”, baseada no consenso, no acordo, e no entendimento entre as partes. Ainda segundo o Autor, a percepção das partes envolvidas no conflito resolvido por meio dos métodos alternativos é satisfatoriamente positiva, não havendo a sensação de “perda” e “revolta” por uma das partes, uma vez que a natureza do método utilizado é não – combatente. As práticas alternativas seriam, pois, um importante fator de “liga social” – uma vez que promovem o consenso em detrimento de disputa, primando pelo comportamento voluntário em detrimento da decisão imposta.

Apesar de não ter contemplada a figura dos Juizados Especiais ou dos procedimentos alternativos de resolução de conflitos, a EC-45 avançou no sentido do Acesso à Justiça, quando criou o instituto da Justiça Itinerante e Câmaras Regionais para a Justiça Federal e do Trabalho, permitindo assim que o aparelho judicial amplie o seu potencial de alcance

⁸³ CF-88, art. 98 *caput*.

geográfico. Também avançou, neste sentido, ao criar as ouvidorias de justiça, e dotá-las de competência para representar reclamações junto ao CNJ. O debate acerca do Juizados Especiais e dos métodos alternativos continuam com a tramitação da PEC 385/2005 (substitutivo) – “PEC paralela” da Reforma do Judiciário⁸⁴.

4.1.5 Nova ética do Poder Judiciário.

Um último aspecto a ser considerado acerca do debate sobre a Reforma do Judiciário diz respeito ao novo papel adquirido pelo Poder Judiciário nas democracias contemporâneas. Dentro do Modelo que J.J. Gomes Canotilho (2003) denominou Estado Democrático de Direito, não cabe mais ao Poder Judiciário o papel de ratificar e legitimar as ações do “Governo de Plantão”, mas sim de assumir o sua verdadeira vocação: de defender a legalidade material mesmo, e principalmente, quanto o contraventor for o próprio Estado. Cabe ao Poder Judiciário interpretar as normas jurídicas e assim dotá-las de sentido material⁸⁵. Neste sentido o debate da Reforma do Judiciário passa pela necessidade de discutir o papel dos Juízes na consecução da “Nova Justiça”. Uma Justiça que não pode se firmar nos velhos paradigmas positivistas, alheios como eram, aos anseios sociais. O Judiciário é parte do Estado e como tal deve o fim último à sociedade que o compõe. De acordo com Figueredo (1999, p. 46):

“O juiz é, por assim dizer, a alma do sistema jurisdicional, instituído pela Constituição não como um servidor do Estado, mas como árbitro dos conflitos sociais, que podem inclusive envolver instituições políticas e entidades públicas. Por isso mesmo nessa tarefa, difícil e sedutora, pois o princípio da supremacia constitucional exige a sua presença corajosa ao lado da sociedade, assegurando os superiores interesses desta, eventualmente ameaçados ou violados.”

Promover a evolução social, respeitando os limites impostos pela legalidade, sobretudo pelos princípios constitucionais que o regem, faz parte da nova ética do Poder Judiciário⁸⁶.

⁸⁴ “Art. 98.
I – juizados especiais, providos por juízes togados ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de pequeno valor ou menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau, integrantes, sempre que possível, do sistema dos juizados especiais;

.....
§ 3º Os interessados em resolver seus conflitos de interesse poderão valer-se de juízo arbitral, na forma da lei”. (CÂMARA, 2008)

⁸⁵ “Nessa atividade de interpretação que é, antes de tudo, uma atividade valorativa, os juízes devem atuar firme e corretamente para que o Estado de Direito não se converta em Direito do Estado, nem se transforme o Poder Judiciário em mero organismo burocrático a serviço de o Estado.” (FIGUEIREDO, 1999, p. 26)

⁸⁶ “(...) O status de mudança constitucional adquirido pela reforma judiciária, bem como as dificuldades de sua implementação, só ganham inteligibilidade à luz do papel político que o Judiciário brasileiro assumiu nos últimos anos.” (SADEK 2001, p. 9)

Para que o Judiciário realize a sua transformação cultural é necessário que seus membros passem por um processo educacional⁸⁷. Este processo pode e deve ser compartilhado com os cursos de educação superior em Direito, porém não se deve transferir a responsabilidade exclusivamente à eles. O constituinte derivado se preocupou em institucionalizar a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, a funcionar junto ao Superior Tribunal de Justiça - uma clara demonstração da preocupação do Estado em assumir o processo educacional de seus juízes. Ainda em relação à preparação dos Juízes, outra importante modificação advinda da EC-45 diz respeito à exigência de três anos de prática efetiva na lide do Direito para o ingresso na magistratura, bem como a participação em curso oficial de formação como etapa indispensável à promoção do magistrado.

Assim, a Reforma do Judiciário dá a sua contribuição para que a nova ética do Poder Judiciário seja efetivada. Deve-se ter em mente, sempre, que uma transformação completa somente será possível com um aparato infraconstitucional que a garanta, bem como, com uma mudança profunda na forma de se entender o papel do Judiciário, ou seja, uma transformação cultural.

4.2 Grupos de interesse na Reforma do Judiciário

O debate sobre a Reforma do Judiciário, como visto, se comporta, desde o início de sua tramitação, bastante politizada, tendo em vista a complexidade do tema que a envolve, e o impacto que provoca em diversos setores da sociedade. O Primeiro eixo de conflito gira em torno dos pólos Governo e Oposição. Segundo Maria Teresa Sadek (2001, p.30): *“Para o Governo, a reforma do Judiciário ganhou importância como linha auxiliar de reforço da governabilidade enquanto para a oposição o mais importante tem sido garantir e ampliar o acesso à Justiça.*

Como visto no capítulo anterior, para os fins de análise do processo político legislativo, considerar-se-á Governo como grupo de interesse. Seguindo a exposição de Sadek, consideraremos a questão da Governabilidade como o interesse maior do Governo e que permeia o seu posicionamento em relação a cada matéria tratada na Reforma do Judiciário. Um primeiro aspecto que tange a questão da governabilidade, diz respeito à celeridade processual. A celeridade processual permite que o Estado dê respostas rápidas a

⁸⁷ “Crise de justiça tem, na verdade, a sua sede material na cabeça dos juristas. É, antes de tudo, crise de pensamento, de idéias, de formulações propositivas para velhos e novos problemas.” (FIGUEIREDO, 1999, p.18)

demandas Judiciais. As demandas que envolvem o setor empreendedor, como direito de propriedade, questões de falência e concordata, cobranças, questões fiscais, entre outros, são normalmente morosas e o longo tempo em que permanecem sob litígio, geram uma série de efeitos perversos na economia. A morosidade do Judiciário contribui para a ineficiência econômica na medida em que: a) retém crédito do mercado que poderia ser utilizado em investimentos no setor produtivo; desestimula a criação de empresas; provoca insegurança jurídica; estimula práticas protelatórias, uma vez que a demora em obrigar um pagamento, ou outro feito qualquer, favorece o devedor em detrimento do credor. Por outro lado, as estatísticas consideram o Governo o maior responsável pela “protelação judicial”, fazendo uso desses instrumentos para adiar ao máximo as obrigações financeiras e amenizar o impacto orçamentário. Deste ponto de vista, a criação da Súmula Vinculante dos Tribunais acabaria por derrubar um instrumento de governabilidade: a protelação judicial do Governo. Porém a Súmula Vinculante contribui com um outro aspecto, talvez, bem mais relevante: como instrumento de Governabilidade ela representaria a possibilidade de implementar políticas de governo sem o grau de insegurança provocado por inúmeras e reiteradas decisões judiciais de primeira instância em contrário. Não considerar-se-á a Oposição como um grupo de interesse, tendo em vista que esta seria melhor identificada como “caixa de ressonância de diversos grupos de interesse opostos ao Governo”.

Outro eixo de conflito, identificado neste debate, se estabelece pela atuação dos Sindicatos e Associações representativas de classe, de um lado; e pela instituição do Poder Judiciário de outro. Em relação à composição do CNJ, por exemplo, os primeiros, tendem a preferir um perfil misto, mesclando membros da sociedade e de outros órgãos com magistrados⁸⁸; os tribunais, por sua vez, alegam que a criação de um órgão de controle de perfil externo, seria inconstitucional visto que afrontaria o Princípio da Separação dos Poderes, ameaçando a liberdade do Judiciário de julgar⁸⁹.

⁸⁸ “Traduzindo bandeira da OAB, que vem empunhando há mais de uma década, propõe-se a criação dos Conselhos de Controle Administrativo do Poder Judiciário, composto por representantes da sociedade civil, dos advogados, dos membros do Ministério Público e da própria magistratura, que desempenhariam funções de fiscalização administrativa, resguardada plenamente a independência e a segurança do exercício da jurisdição, como, de resto, de outra forma não poderia ser”. (SADEK, 2001, p. 147)

[Posicionamento da CUT sobre o Conselho de Justiça] “É preciso haver algum órgão que supervisione o funcionamento desse Poder. A única observação que faríamos em relação ao substitutivo é que (...) seja criada a figura de um representante da sociedade civil. Seria melhor se fossem eleitos pelo próprio Congresso Nacional (...) a fim de exercerem o controle social”. (SADEK, 2001, p. 155)

[Posicionamento da CNI sobre o Conselho de Justiça] “Concordo com os companheiros em que a sociedade tem de ter acesso, de uma forma geral, ao Conselho – tem de ser pensada para não se criar um grande conflito entre o Conselho e a própria Justiça”. (SADEK, 2001, p. 156)

⁸⁹ [posição da AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros sobre a criação do Conselho de Justiça] “A presença desses profissionais conflita com o sistema presidencialista e com o princípio da separação dos

Paradoxalmente, um dos principais eixos de conflito desta Reforma acontece dentro do Próprio Judiciário. De um lado, os membros dos Tribunais Superiores, que defendem interesses como a centralização das decisões por meio das súmulas de efeito vinculantes e dos instrumentos impeditivos de recurso; de outro, os Magistrados de Instâncias inferiores, ao defender a autonomia do Juiz (sobretudo o de primeira instância) em tomar decisões livre de imposições superiores. Os primeiros, argumentam que a quantidade de matéria repetida, já julgada, levam aos Tribunais Superiores uma enxurrada de recursos, provocando crônica sobrecarga de trabalho desnecessário. Os segundos se apóiam na liberdade natural do juiz em decidir. Defendem que as decisões inovadoras são necessárias para “oxigenar” o Judiciário, e que qualquer medida contrária seria anti-democrática. O fato que se observa é que as razões alegadas, por ambas as partes são procedentes, porém escondem um fator maior: a disputa por Poder.

Como visto, o processo de tramitação foi, e ainda é, recheado de debates exaltados, embates conflituosos, e idéias contraditórias. São diversos os grupos de interesses envolvidos na questão, e que contribuem para polemizar a matéria, tornando árdua o caminho para a sua aprovação. Conforme Sadek (2001, p. 111):

“Atos de vontade ou discussões acadêmicas não são suficientes para impor ou impedir mudanças. Uma proposta – como a que estamos discutindo – com capacidade de alterar o perfil de um Poder de Estado e as relações entre o Judiciário e as demais instituições e a população, para ser implementada, depende de negociações, de processos de convencimento, de mobilizações, de rompimento de resistências”.

Ao somar as dificuldades formais previstas em se aprovar uma Proposta de Emenda à Constituição, pode-se dimensionar quão improvável de se estabelecer um cenário favorável a aprovação da Reforma do Judiciário. A viabilidade de tal aprovação somente poderia advir de uma solução criativa, uma solução fora dos limites formais.

5 O FATIAMENTO DE PEC'S E A REFORMA DO JUDICIÁRIO

A Reforma do Judiciário se arrastou por mais de dez anos de tramitação entre a Câmara dos Deputados e o Senado Federal. Ao tramitar no Senado recebeu mais uma série de emendas – o que supostamente provocaria o seu retorno à Câmara para nova apreciação. Não obstante a exigência contida no § 2º do art. 60 da CF-88⁹⁰, parte da Proposta foi promulgada, e parte retornou à Câmara para seguir tramitando. Este capítulo pretende estudar a solução encontrada para promulgar uma Proposta tão complexa e politizada como foi a PEC da Reforma do Judiciário.

5.1 O Processo Reformador e a Promulgação de PEC's

A Constituição de 88 é considerada pela doutrina do Direito como Constituição Rígida.⁹¹ A rigidez constitucional, como visto, é um atributo comparativo às normas de processo legislativo. Quando se observam normas de processo reformador mais dificultosas que as de produção legislativa, denomina-se a referida Constituição de Rígida. Este atributo, propositadamente estabelecido com o intuito de preservar, dentro do possível, o texto constitucional, traz as seguintes regras: a) iniciativa reservada apenas a 1/3 dos membros de uma Casa (Câmara ou Senado), do Presidente da República, de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros; b) Limitações circunstanciais que impossibilitem a sua reforma: estado de defesa, estado de sítio, etc; c) Limitações materiais em relação à forma federativa de Estado, ao voto secreto, direto, universal e periódico, a separação dos Poderes, e os direitos e garantias individuais. d) Limitações processuais: Quórum qualificado para aprovação de 2/5 dos parlamentares; necessidade de duplo turno de votação em cada casa; e necessidade de haver congruência entre as matérias aprovadas nas duas casas.⁹²

⁹⁰ “A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.” (BRASIL, 2008, CF-88, art. 60, §2º)

⁹¹ Rígidas são as constituições escritas que poderão ser alteradas por um processo legislativo mais solene e dificultoso do que o existente para a edição das demais espécies normativas (por exemplo: CF/88 - art. 60) (MORAIS, 2003, p. 39)

⁹² “Diferentemente dos projetos de lei, portanto, o texto de uma proposta de emenda à Constituição só poderá se converter efetivamente em Emenda Constitucional se obtiver aprovação em dois turnos, nas duas Casas do Congresso Nacional. Tautologicamente, se não houver aprovação de alguma das Câmaras, em algum dos turnos, o texto não poderá converter-se em uma Emenda Constitucional.” (LIBERAL, 2004 P.09)

Caso satisfaça as condições de que trata o “devido processo reformador”, a emenda será promulgada e passará a integrar o novo texto da Constituição. Ressalta-se que, diferentemente do processo legislativo, a Emenda à Constituição é promulgada pelo Congresso Nacional, não incorrendo em procedimento de sanção ou veto pelo Presidente da República.

5.2 O desmembramento de PEC's

A boa regra de Processo Legislativo condena o uso de dispositivos diversos à matéria objeto de determinada proposição. Com base neste princípio, obtivemos o primeiro caso de desmembramento de PEC com a proposta nº 51, de 1991. Segundo Fabio Liberal (2004):

“(...) a Proposta de Emenda à Constituição nº 51, de 1991, que se tornou conhecida, por sua abrangência, como “Emenda” (...) foi encaminhada à Comissão de Constituição, Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados, que decidiu, com base no inciso III do artigo 57 do Regimento Interno daquela Casa, ‘promover’ [seu] desmembramento (...) em cinco distintas propostas de emendas constitucionais.”

Esta mesma PEC, após aprovada pela Câmara, com as respectivas emendas foi enviada ao Senado para a revisão constitucional. Nesta ocasião a matéria recebeu cinco destaques para votação em separado, o que, portanto, provocou a votação de trechos do texto da Proposta, em separado.⁹³ Segundo Liberal (2004, p. 11):

“O destaque para votação em separado é expediente que antecede a votação de uma proposição. A aprovação do requerimento que o solicita implica a divisão do texto, separando-se a parte destacada – que pode ser uma expressão, um dispositivo ou grupo de dispositivos – para apreciação imediatamente posterior à da matéria principal, que, conseqüentemente, é votada sem que dela constem os trechos destacados. São necessárias, então, tantas votações quantos forem os requerimentos aprovados, além da votação preliminar da matéria principal, com a ressalva dos destaques.”

A matéria foi apreciada, e aprovaram-se apenas a Proposta, restando os destaques não aprovados. O Congresso Nacional, em Sessão Conjunta, promulgou a matéria aprovada com supressões, ao invés de devolvê-la à Câmara dos Deputados. Este foi o fato gerador da EC-3, de 1993, que gerou precedentes para a aprovação PEC's com divergências entre os textos aprovado na Câmara e no Senado⁹⁴. O entendimento acerca desta possibilidade representou um passo fundamental para a criação do mecanismo de “fatiamento” de PECs⁹⁵.

⁹³ “O destaque de partes de qualquer proposição, bem como de emenda do grupo a que pertencer, pode ser concedido, mediante deliberação do Plenário, a requerimento de qualquer Senador, para: II – votação em separado”. (BRASIL, RISF, art. 312)

⁹⁴ “Na oportunidade, não se registraram contestações à eliminação de dispositivos aprovados em dois turnos pela Câmara e em um turno pelo Senado, que os rejeitara em segundo turno.” (LIBERAL, 2004 P.11)

⁹⁵ “Esse caso é o primeiro a sugerir que o entendimento da possibilidade de desmembramento de proposta de emenda à Constituição poderia ser retomado no futuro, como se verá.” (Idem, ibid P.10)

5.3 A Criação do Fatiamento de PEC

O advento do instrumento de fatiamento da PEC surgiu com a tramitação da Reforma da Previdência. A matéria complexa e politizada havia sido aprovada na Câmara. Remetida ao Senado passou a receber diversas modificações consolidadas em uma espécie de emenda global denominada substitutivo⁹⁶. Aprovada em primeiro turno, a matéria seguia ao segundo turno de votação, quando o então Presidente do Senado – Senador Antônio Carlos Magalhães, apresentou requerimento de destaque para votação em separado da expressão “no que couber”, constante do inciso VI do artigo 93 do substitutivo. Segundo Fábio Liberal (2004) “a retirada da expressão excluiria a possibilidade de tratar-se com diferenciação a aposentadoria dos magistrados e a pensão dos seus dependentes.”

Em contraposição, o Senador Ronaldo Cunha Lima levantou questão de Ordem questionando a validade da modificação de PEC em segundo turno. O Senador argumenta:

“(...) resta evidente que a discussão em segundo turno, modificando o que foi votado no primeiro, invalida o dispositivo constitucional, porque diz “aprovação em dois turnos”. Estamos modificando, no segundo, o que foi aprovado no primeiro. (SENADO/ DSF, 09/10./97, p. 21343). O Senador Antonio Carlos Magalhães então para elaborou um parecer detalhado, repleto de antecedentes históricos, para justificar a diferença entre “Emenda” e “Destaque” e porque este poderia ser utilizado enquanto àquele já não cabia mais neste momento. O fato é que a Mesa assim entendeu, o Plenário ratificou e a Proposta foi aprovada. Houveram ainda outras supressões, e a matéria aprovada foi enviada à Câmara dos Deputados. Conforme Liberal (2004, p.16):

“Dessa forma, entendeu a Presidência que a expressão destacada, rejeitada pelo Plenário do Senado Federal, não poderia constar do texto da lei a ser encaminhada à sanção. Tampouco deveria ser encaminhada à Câmara dos Deputados, visto que, ainda que essa Casa reiterasse sua posição favorável, a expressão não poderia retornar ao texto, uma vez que não fora aprovada pelo Senado Federal, descumprindo a exigência constitucional de aprovação em ambas as Casas.”

A Câmara também destacou, suprimiu e rejeitou disposições aprovadas pelo Senado. O texto remanescente foi promulgado em 15 de dezembro de 1998, na forma da emenda constitucional nº 20. Contemporânea à tramitação da Reforma da Previdência foi a tramitação da Reforma Administrativa, promulgada como Emenda Constitucional nº 19. Em

⁹⁶ “(...) pela primeira vez uma proposta de emenda à Constituição de 1988 seria apreciada duas vezes pela mesma Casa, uma vez que o Senado Federal, após a análise da matéria pela Câmara dos Deputados, promovera diversas modificações em seu texto, consignando-as na espécie de emenda global denominada substitutivo.” (LIBERAL, 2004 P.12)

relação a esta proposição, nos é importante uma decisão da Mesa da Câmara prolatada pelo então Presidente – Deputado Michel Temer:

“No caso de emenda à Constituição, a interpretação, por analogia, determina que a parte aprovada, nos termos constitucionais, seja promulgada pelas duas Mesas do Congresso Nacional; aquela pendente de aprovação continuará a ser discutida enquanto subsistir o reenvio de uma a outra Casa”. (CÂMARA, DCD, 04/02/98, P.02942-02945)

Esta decisão consolida uma prática: quando houver necessidade, o Congresso promulgará matéria de PEC que cumprir o rito constitucional constante do § 2º do art. 60, e restará pendente de tramitação o restante que não for consensual.

Até o momento, tratou-se de reinterpretações de normas e de práticas consuetudinárias ocorridas dentro do Congresso Nacional. Contudo, o advento da EC nº21 (que altera alíquota da contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e de direitos de natureza financeira - CPMF e prorroga o prazo de sua vigência) e a interposição da ADIN nº 2031-5 oposta à ela, acabou por provocar o Supremo Tribunal Federal a decidir acerca da promulgação de PEC que tenha sofrido “supressão” não apreciada por uma das Casas. A decisão do Supremo foi de julgar parcialmente procedente a Ação para declarar a constitucionalidade da supressão do § 1º e inconstitucionalidade do §3º, ambos do art. 75 da CF-88.⁹⁷ Neste sentido, o STF consolida a prática do “fatiamento de PECs” para declarar a constitucionalidade da promulgação, quando a parte suprimida não provocar alteração material no texto permanente; caso contrário o entendimento é que a matéria deverá retornar à outra Casa para nova revisão.

5.3 Um Novo Instrumento de Processo Reformador

Por meio de práticas reiteradas, de costumes que foram se consolidando, de reinterpretação de normas constitucionais e regimentais acerca do processo de reforma da Constituição, surgiu e consolidou-se um novo instrumento: o “fatiamento de PECs”. Este

⁹⁷ “O julgamento da ação pelo Supremo concluiu diferentemente com relação a cada uma das partes suprimidas. Concordou o Tribunal com a retirada da expressão ou restabelecê-la do § 1º, argumentando que : *‘a possibilidade de restabelecimento da alíquota original tinha caráter autônomo em relação à possibilidade de sua redução, não tendo a supressão daquela importado em modificação substancial do sentido da norma aprovada e promulgada’.*

A respeito da alteração promovida no § 3º da proposta, baseando-se em argumentação do voto do Ministro Nelson Jobim ainda quando do julgamento liminar, entendera o Supremo que a expressão retirada não tinha autonomia em relação à primeira parte do dispositivo. De acordo com o voto:

‘não se estava diante de duas normas autônomas, mas interdependentes. (...) Diante dessa vinculação, a supressão da mencionada expressão, pela Câmara dos Deputados, deveria ter dado azo ao retorno da proposta ao Senado Federal, para nova apreciação, visando ao cumprimento do disposto no § 2º do art. 60 da Constituição Federal’.

A decisão final do Supremo foi de julgar parcialmente procedente o pedido dos impetrantes, declarando a inconstitucionalidade do mencionado § 3º⁹⁷. (LIBERAL, 2004, p. 20)

instrumento veio em alternativa a destacar parte das proposições, para rejeitá-las, posto que, esta prática, não parecia ser a mais adequada, tendo em vista que ainda havia interesse de levar adiante a discussão sobre os aspectos não consensuais. Segundo Liberal (2004, p 22):

“Ocorre então, a partir de situações como a relatada, considerar-se a possibilidade de, ao invés de rejeitar os dispositivos destacados, mantê-los em tramitação para aprofundamento dos debates, angariação de apoios e estabelecimento de novos acordos, separando o texto restante, de caráter pacífico, para que se lhe ultimem os procedimentos. Assim, dividida em fatias, poder-se-iam acomodar os diversos interesses sem que se maculassem os ditames constitucionais e regimentais.”

A “Segunda” reforma da previdência, promulgada sob a EC nº 41, representou a consagração deste novo mecanismo. Sob a alcunha de “PEC Paralela”, aprofundou-se o debate sobre as matérias restantes, buscou-se novos consensos, e, em momento político mais oportuno, a nova Reforma da Previdência foi aprovada e promulgada⁹⁸.

De acordo com André Corrêa de Sá Carneiro (2007), podemos conceituar o “Fatiamento de PEC” como: o fato de promulgar parte de uma Proposta de Emenda à Constituição aprovada pela Casa revisora, e enviar a parte que foi alterada, de volta à Casa iniciadora para que continue tramitando, sem que a alteração implique no retorno total da matéria, ou que a promulgação do texto aprovado implique na rejeição da parte não aprovada. Carneiro (2007, p.10) adverte:

“Não obstante, pode ocorrer que, ao dividir-se o texto de uma PEC em duas partes- uma que foi aprovada pelas duas Casas e outra em que não houve consenso – a essência do texto que foi aprovado pela Casa iniciadora seja completamente diferente do aprovado pela Casa revisora, contrariando, dessa forma, o § 2º do art. 60 da Lei Maior, que determina que a proposta de emenda à Constituição seja aprovada pelas duas Casas do Congresso Nacional.”

A jurisprudência do Supremo, contudo, é bastante clara. Somente é possível fatiar uma Proposta quando ela conservar um bloco semântico, ou seja quando cada parte fatiada não prejudicar a unidade semântica original. Caso contrário, o dispositivo promulgado poder ser considerado inconstitucional⁹⁹.

⁹⁸ “Constatada a existência de disposições concordes, passíveis de aprovação em dois turnos pelas duas Casas, conforme estabelecido nos ditames constitucionais, e verificada a necessidade de continuação do trâmite de outros dispositivos, entendeu-se que era possível dividir a proposta de forma a manter uma parte tramitando, encaminhando o restante à promulgação. Configurava-se, aí, o inédito entendimento, coerente com as normas que regem o procedimento, ainda que nunca antes aplicado.” (LIBERAL, 2004 P.28)

⁹⁹ Relator Ministro Sepúlveda Pertence: “não tendo a supressão daquela importado em modificação substancial do sentido da norma aprovada e promulgada. O que importa, no caso, é que o texto promulgado foi devidamente aprovado por ambas as casas, nos termos exigidos pelo § 2º do art. 60 da Constituição Federal.” (SUPREMO, ADI 3472-MC)

5.4 Fatiamento de PEC: a solução para a Reforma do Judiciário.

O Capítulo anterior procurou introduzir os pontos mais relevantes da matéria discutida na PEC da Reforma do Judiciário. Depois demonstrou como a complexidade da matéria afeta os diversos grupos de interesse que atuam na sua tramitação. Tendo em vista, a dificuldade de aprovação da referida PEC, pelas vias tradicionais, fez-se uso do instrumento de Fatiamento de PECs, entendendo que, contrário não se tornaria viável a sua promulgação. Antes de ser Promulgada pela Emenda Constitucional nº 45, o referido texto passou por um processo de supressão de dispositivos e adequação redacional exposta a seguir¹⁰⁰.

No texto aprovado pelo Senado Federal foi:

- Incluído no art. 5º da CF o § 4º: “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”, texto sugerido pela Câmara para constar no § 6º do art. 109;
- dividido o parágrafo único do art. 92 em dois parágrafos, resultando na retirada, em relação ao texto aprovado pela Câmara, de que o Conselho Nacional de Justiça tenha jurisdição em todo o território nacional;
- incluída a expressão “ou única” no inciso II do art. 93, ao prescrever que “o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância”;
- excluída a expressão “sob pena de perda do cargo” ao final do inciso VII do art. 93 da CF;
- excluída a expressão “ou recesso” do inciso XII do art. 93 da CF ([...] vedado fêrias coletivas ou recesso nos juízos e tribunais [...]);
- excluída a expressão “Nos tribunais Superiores, haverá Órgão Especial de Férias para julgar matérias urgentes” da parte final do inciso XII do art. 93;
- incluído o inciso XV ao art. 93 da CF com o texto proposto pela Câmara dos Deputados para constar no § 3 do art. 98 da CF;
- excluída a nova redação dada ao art. 94 da Constituição Federal;
- excluída a nova redação dada aos incisos I e III do caput do art. 95;
- excluído os parágrafos 2º e 3º do art. 95 da CF constantes do texto proposto pela Câmara;
- excluída a nova redação dada pela Câmara ao inciso III do art. 96 da CF;
- excluída a nova redação dada pela Câmara ao inciso I do art. 98 da CF;
- excluída a nova redação dada pela Câmara ao § 1º do art. 96 da CF;
- excluído os novos §§ 3º e 4º apresentados pela Câmara ao art. 96 da CF, sendo que, o teor do § 3º foi aprovado pelo Senado Federal constando do inciso VIII do art. 93 da CF;
- excluída a nova redação dada pela Câmara às alíneas b a d, f e q, do inciso I do art. 102 da CF;
- excluída a nova redação dada pela Câmara ao inciso III do art. 102 da CF;
- excluída a nova redação dada pela Câmara ao § 3º do art. 102 da CF;
- excluída a nova redação dada pela Câmara ao § 1º do art. 103 da CF;
- excluída a revogação do § 3º do art. 103 da CF, proposta pela Câmara;
- excluída a nova redação dada pela Câmara às alíneas a e b do inciso I do art. 105 da CF;
- excluída a nova redação dada pela Câmara à alínea a do inciso I do art. 118 da CF;

¹⁰⁰ Preliminarmente, observamos que no texto aprovado na Câmara dos Deputados, a proposta de emenda em comento apresenta um artigo para cada alteração em um determinado artigo na Constituição. Já no texto aprovado pelo Senado houve uma sistematização das alterações, sendo o art. 1º referente à alteração de redação dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Lei Maior; e o art. 2º concernente a inclusão dos novos arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A na Constituição Federal. (CARNEIRO, 2007)

- excluído o § 6º do art. 109, passando o texto para o § 4º do art. 5º da CF;
- excluído os §§ 1º a 3º do art. 111 da CF;
- utilizado o texto proposto pela Câmara dos Deputados para constar no § 3º do art. 115 da CF no inciso VIII do art. 114 da CF (obs.: o art. 115 da proposta da Câmara equivale ao art. 114 proposto pelo Senado);
- excluída a alteração no art. 116 da CF;
- excluída a nova redação do inciso II do art. 119 da Constituição Federal;
- excluída a nova redação ao art. 120 da Constituição Federal;
- excluída a nova redação do caput do art. 121 da Constituição Federal;
- excluída a nova redação ao art. 123 da Constituição Federal;
- excluído o seguinte texto do final do § 3º do art. 125 da CF (referente à redação dada pela Câmara): “cujos cargos de juiz serão preenchidos pelos critérios adotados no Tribunal de Justiça”;
- excluído o § 8º do art. 125 da CF referente à nova redação proposta pela Câmara;
- excluída a alteração proposta pela Câmara ao § 1º do art. 128 da CF;
- excluída a alteração proposta pela Câmara à alínea a do inciso I do § 5º do art. 128 da CF;
- excluído o texto a seguir proposto pela Câmara ao final da alínea b do inciso I do § 5º do art. 128 da CF: “e a suspensão no caso de descumprimento injustificado dos prazos processuais, na forma da lei”;
- excluído o novo texto proposto pela Câmara ao § 6º do art. 128 da Constituição Federal;
- excluído o seguinte texto ao final do texto proposto pela Câmara ao § 2º do art. 129: “sob pena de perda do cargo”;
- alterado o número de membros do Conselho Nacional do Ministério Público de treze (proposta da Câmara) para quatorze (proposta do Senado) constante do caput do novo art. 130-A da CF;
- alterado o número de integrantes do Ministério Público da União no Conselho Nacional do Ministério Público de três (proposta da Câmara) para quatro (proposta do Senado), constante do inciso II do novo art. 130-A da CF;
- excluído o § 2º do novo art. 130-A da CF proposto pela Câmara e renumeração dos demais parágrafos;
- excluído o termo “a perda do cargo” constante do inciso III do § 3º do novo art. 130-A da CF proposto pela Câmara;
- excluído o inciso IV do § 3º do novo art. 130-A da CF proposto pela Câmara e renumeração dos demais incisos;
- excluída a nova redação proposta pela Câmara ao § 2º do art. 132 da CF;
- excluída a nova redação dada ao art. 133 da CF pela Câmara;
- excluído a expressão “das Procuradorias Estaduais e do Distrito Federal” constante da nova redação proposta para o art. 168 da CF pela Câmara;
- incluídas as expressões “respectivamente” e “ao Ministério Público da União” na parte final do § 1º do art. 42 da EC nº 45/2004, alterando de “caberá ao Supremo Tribunal Federal realizá-las” para “caberá, respectivamente, ao Supremo Tribunal Federal e ao Ministério Público realizá-las”;
- excluído o art. 43 da EC nº 45/2004 proposto pela Câmara;
- excluído o art. 45 da EC nº 45/2004 proposto pela Câmara;
- excluído o art. 46 da EC nº 45/2004 proposto pela Câmara.¹⁰¹

Observa-se que as alterações promovidas pelo Senado traduzem-se em supressões de textos, expressões, e novas redações a dispositivos da Constituição, novos dispositivos constitucionais e disposições da própria emenda. Essas alterações não implicam na perda do sentido normativo do restante do texto aprovado. Assim, nesses casos, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal é recorrente no sentido de que, uma vez que a exclusão de partes da proposta de emenda à Constituição não alterem o sentido normativo do texto que restou aprovado pelas duas Casas, não há afronta ao § 2º do art. 60 da Carta da República.

Algumas alterações se referem apenas a adequação textual, na busca da melhor técnica legislativa ou de redação como as constantes do inciso XIV do art. 93 da CF; do § 4º do art.

¹⁰¹ *Idem, ibid.*

127 da CF; do § 5º do art. 130-A da CF; art. 49, alterado para 9º, da EC nº 45/2004; da inclusão do art. 10 na EC nº 45/2004.¹⁰²

Concluí-se pois pela constitucionalidade do processo de fatiamento da Reforma do Judiciário, bem como pela sua importância política ao permitir que, ao menos, parte da Proposta pudesse ser aprovada e promulgada. Entendendo não se tratar de situação ideal, tendo em vista que modificações relevantes ainda estão por vir, concluí-se por considerá-la uma situação satisfatória, tendo em vista que foi alcançado o resultado possível dentro do quadro dissensioso que se fazia presente.

CONCLUSÃO

¹⁰² *Idem ibid.*

A Constituição não se resume ao seu texto, mas se identifica também com a realidade em que se imerge. Neste sentido, ela diz respeito, ao mesmo tempo, a como o seu universo é, e como ele deve ser. Ela não pode nem se distanciar da realidade, nem se conformar completamente a ela, posto que, em qualquer dos extremos, se resumiria a mera “folha de papel”. Essa natureza bivalente justifica a necessidade de a Constituição ser considerada um “organismo vivo”, em constante transformação. Tendo em mente essa necessidade evolutiva, o Constituinte originário de 1988 previu instrumentos de modificação inseridos no próprio texto constitucional. Trata-se dos instrumentos formais de reforma, a saber: a emenda e a revisão.

A Emenda, como instrumento ordinário de transformação constitucional, foi prevista com um tipo de procedimento diferenciado, mais rígido, para garantir que o texto Constitucional somente pudesse ser modificado após longo debate e amadurecimento da idéia. Não obstante o grau de rigidez que lhe é característico, a CF-88 vem sofrendo inúmeras reformas, algumas profundas e bastante complexas. Isto se deve ao fato de ela possuir conteúdo material abrangente, adentrando em searas que a doutrina do Direito considera com infraconstitucional. As reformas mais complexas, contudo, são frutos não apenas de sua extensão material, mas, sobretudo, de mudança do modelo de Estado pretendida ao País.

Dentre as Reformas do Estado brasileiro destaca-se a Reforma do Poder Judiciário, objeto estudado neste trabalho. Viu-se que a Reforma do Judiciário, tramitando inicialmente sob a PEC 96/1992, sofreu inúmeras modificações na Câmara e no Senado, e não obstante os doze anos de sua tramitação, somente pode ser promulgada mediante a reinterpretação de uma regra de processo reformador. Trata-se de um caso típico de mutação constitucional, onde reinterpreta-se uma norma sem alterar o seu conteúdo.

A dificuldade em se aprovar a Reforma do Judiciário adveio, por um lado, da complexidade do tema e da multiplicidade de implicações que podem impactar a sociedade; por outro, da politização do debate em decorrência da atuação de diversos grupos de interesse. Ao ser alterada pela Senado, a PEC do Judiciário deveria retornar integralmente à Câmara para, nos termos do § 2º. do art. 60, cumprir a exigência constitucional. Porém, em típico processo de mutação constitucional, apoiado em práticas reiteradas e costumes parlamentares, criou-se um novo instrumento facilitador de aprovação de Emendas Constitucionais – o “fatiamento de PEC”.

Por meio deste instrumento, restou possível promulgar os dispositivos da Reforma do Judiciário aprovados igualmente pela Câmara e pelo Senado. A parte não consensual foi

retirada da Proposição promulgada para compor nova Proposta de Emenda à Constituição. Sob o nº PEC 358/ 2005, batizada de “PEC paralela do Judiciário” foi enviada à Câmara com a matéria não aprovada pelo Senado. Nota-se que a referida PEC sofreu emendas e um Substitutivo ao tramitar pela Comissão Especial da Câmara criada para a sua apreciação. Atualmente, a despeito de vários requerimentos para a inclusão em Ordem do Dia, a proposição se encontra aguardando apreciação em Plenário desde dezembro de 2006.

Pelas razões expostas, este trabalho conclui para entender que: a) o instrumento de “fatiamento” de PEC é fruto de um caso de “mutação constitucional”; b) o “fatiamento de PEC, exceto quando a matéria suprimida altera o significado da matéria promulgada, é considerada constitucional; c) o “fatiamento” de PEC, não sendo a solução ideal para solucionar o problema da promulgação da Reforma do Judiciário, foi, ao menos, a solução possível. Dessa forma, consideramos o “fatiamento” de PEC como o instrumento que possibilitou a realização da Reforma do Judiciário, sem o qual, a mesma, muito provavelmente, estaria, juntamente com a matéria restante, aguardando oportunidade de apreciação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário e política no Brasil**. São Paulo: Idesp: Editora Sumaré: Fapesp: Educ, 1997.
- BENEVIDES, Leticia Santos de Sá e. **Alteração da Constituição por mutação constitucional** in Revista de Estudos Jurídicos. Niterói: UFF, 2006, n° 3.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003
- BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. Brasília: Unb, 2004.
- BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas – Senado Federal, 2008 (texto atualizado até a EC n° 56).
- BRASILEIRO, Ricardo Adriano Massara. **Mutação e desenvolvimento constitucional: uma introdução** in Revista da Faculdade de Direito Milton Campos. Belo Horizonte: 2002, n° 9.
- BULUS, Uadi Lammêgo. **Da Reforma à Mutação Constitucional**. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal/ Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 33 n. 129 pp. 25-43.
- BULUS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARNEIRO, André Corrêa de Sá. **Promulgação de emendas à Constituição: análise das divergências entre os textos aprovados em cada casa do Congresso Nacional [monografia]**. Brasília: Câmara dos Deputados/ CEFOR, 2007.
- CASTRO JUNIOR, Osvaldo. **Agripino. Teoria e Prática do Direito Comparado e Desenvolvimento: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, IBRADD, Unigranrio, 2004.
- COELHO, Inocêncio Mártires. **Konrad Hesse/Peter Harbele: um retorno aos fatores reais de poder**. Brasília: Unb.
- COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso avançado de Direito Constitucional**. Brasília: IDP, 2003.
- DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: UnB, 2001.
- DANTAS, Bruno Nascimento. **Repercussão Geral**. Brasília: Revista dos Tribunais, 2008.

- DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 2º Ed. São Paulo: Saraiva, 2005, verbete “Poder Judiciário”.
- FIGUEIREDO, Fran. **A reforma do Poder Judiciário**. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 1999.
- GUIMARÃES, Diocleciano T.. **Dicionário Técnico Jurídico**. São Paulo: Ed. Ridel, 2004, verbete “Poder”.
- HARBELE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997.
- HESSE, Konrad. **A força Normativa da Constituição** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Ed., 1991.
- HORTA, Raúl Machado. **Permanência, mutações e mudança constitucional in Estudos em Homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução: Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: José Cretella Jr. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.
- LASALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.
- LIBERAL, Fábio. **A Dinâmica do Processo Legislativo: estudo sobre a elaboração das Emendas À Constituição [monografia]**. Brasília: Senado Federal/ Unilegis, 1988.
- MAGELA, Daniel Fagali. **Evolução e Crise do Poder Judiciário**. [monografia]. Brasília: UnB, 2006
- MELO, Marcus André. **Reformas Constitucionais no Brasil - Instituições políticas e processo decisório**. Rio de Janeiro: Revan; Brasília: Ministério da Cultura, 2002.
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O Sistema Judiciário Brasileiro e a Reforma do Estado**. São Paulo: Celso Basto Editor, 1999.
- MOREIRA, Vital. **“O Futuro da constituição” in GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.) Direito Constitucional – Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2003.

- NOGUEIRA FILHO, Octaciano da Costa. **Introdução à Ciência Política**. Brasília: Senado Federal/ Unilegis, 2006.
- OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. **Breve histórico sobre o desenvolvimento do lobbying no Brasil**. Brasília: Senado Federal, Revista de Informação Legislativa, a. 42 n. 168 out./dez. 2005.
- PIRES ROSA, André Vicente. **Poder Judiciário, garantia e construção da cidadania**. in KREBS, Fernando Aurvalle (org.) *A Reforma do Poder Judiciário*. Curitiba: Juruá, 1999.
- QUADROS, Clovis Airton de. **Mutação constitucional por meio da interpretação in Revista Jurídica**. Guarapuava/PR: Faculdade Novo Ateneu, ano 02, nº 03.
- QUEIROZ, Antonio Augusto de. **Por dentro do processo decisório: como se fazem as leis**. Brasília: Diap, 2006.
- QUINTÃO SOARES, Mario Lúcio. **Teoria do Estado: O substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **O terceiro poder em crise: impasses e saídas**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, Centro de Estudos, 2002.
- SADEK, Maria Tereza. **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Konrad Adenauer, 2001
- SARTORI, Giovanni. **Engenharia constitucional – como mudam as Constituições**. Brasília: UnB, 1996.
- SENADO. **Regimento Interno do Senado Federal**. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 2007.
- SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito constitucional positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- SUPREMO. Voto do Relator sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº ADI 3472-MC. Min. Sepúlveda Pertence.
- TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 8ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.
- VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. **O supremo Tribunal Federal e o controle jurisdicional da atuação do poder legislativo: visão panorâmica e comentada da jurisprudência constitucional**. Brasília: Senado Federal, 2007.
- ZANETTI, JR. Hermes. **O processo constitucional**. In *O modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.