

REFORMAS DO ESTADO E AS “CONCILIAÇÕES PELO ALTO” NA TRADIÇÃO POLÍTICA BRASILEIRA: O CASO DA EMENDA CONSTITUCIONAL N° 45/2004

STATE REFORMS AND “CONCILIATIONS FROM ABOVE” IN THE BRAZILIAN POLITICAL TRADITION: THE CASE OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT N° 45/2004

Anderson Souza da Silva Lanzillo¹

Doutor em Estudos da Linguagem (UFRN, Natal/RN, Brasil)

Marcelo Nóbrega Athayde Chaves²

Mestre em Direito (UFRN, Natal/RN, Brasil)

ÁREA(S): direito constitucional; hermenêutica jurídica; ciência política.

RESUMO: O presente estudo busca compreender o fenômeno da “conciliação pelo alto” no processo de edição da Emenda Constitucional n° 45/2004, partindo-se do pressuposto que constitucionalmente a competência para legislar sobre normas de organização judiciária é

exclusiva do Poder Judiciário, tendo em vista o princípio constitucional da independência e harmonia entre os três poderes políticos. Parte-se da premissa de que a edição da Emenda Constitucional n° 45/2004 seria formalmente inconstitucional, passível de controle de constitucionalidade, mas que foi política e juridicamente legitimada em razão de um

¹ Doutor em Estudos da Linguagem pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2016). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2007). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2004). Professor Adjunto do Departamento de Direito Privado da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). *E-mail:* adv.andersonss@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/3248558504481379>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1737-9307>.

² Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2023). Graduado em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte (2020). *E-mail:* me.marceloathayde@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/2559949853359017>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5688-7603>.

entendimento entre os representantes de vértice dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo. Assim, com apoio em pesquisa documental e bibliográfica, analisou-se esse processo de conciliação entre os poderes da União na construção da Reforma Judiciária de 2004. O estudo permite concluir que as conciliações pelo alto constituem um mecanismo político bem marcado na tradição política brasileira, responsável pela viabilização de diversas reformas do Estado, entre elas a Reforma do Judiciário de 2004. Por isso, esses processos de mudanças constitucionais não podem ser necessariamente entendidos como soluções contaminadas de inconstitucionalidade formal, uma vez que, tendo em vista a mutabilidade e adequação das alterações constitucionais à realidade do País, inclusive política, haveria um ambiente de legitimação constitucional dessas reformas. Portanto, com base em teorias hermenêuticas aplicadas na análise do sistema normativo brasileiro, como as de Alexy, Muller, Coelho e Häberle, é possível legitimar o processo de construção e adequação constitucional da Emenda Constitucional nº 45.

ABSTRACT: *The present study seeks to understand the phenomenon of “conciliation from above” in the process of editing the Constitutional Amendment nº 45/2004, based on the assumption that constitutionally the competence to legislate on norms of judicial organization is exclusive to the Judiciary, in view of the constitutional principle of independence and harmony between the three political Powers. It starts from the premise that the edition of Constitutional Amendment nº 45/2004 would be formally unconstitutional, subject to constitutionality control, but that it was politically and legally legitimized due to an understanding between the representatives of the vertex of the Judiciary, Legislative and Executive. Thus, based on documentary and bibliographic research, this process of conciliation between the powers of the Union in the construction of the 2004 Judicial Reform was analyzed. responsible for the viability of several reforms of the State, among them the Judiciary Reform of 2004. Therefore, these processes of constitutional changes cannot necessarily be understood as contaminated solutions of formal unconstitutionality, since, in view of the mutability and adequacy of the constitutional changes to the country’s reality, including politics, there would be an environment of constitutional legitimation of these reforms. Therefore, based on hermeneutical theories applied in the analysis of the Brazilian normative system, such as those of Alexy, Muller, Coelho and Häberle, it is possible to legitimize the process of construction and constitutional adequacy of Constitutional Amendment nº 45.*

PALAVRAS-CHAVE: competência privativa; conciliação pelo alto; organização judiciária; Poder Judiciário.

KEYWORDS: *private competence; conciliation from above; judicial organization; Judicial Power.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 As “conciliações pelo alto” na tradição política brasileira; 2 Harmonia, independência e competência dos poderes: processos hermenêuticos para legitimação da Emenda Constitucional nº 45; 3 Emenda Constitucional nº 45/2004 e o CNJ; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The “conciliations from above” in the Brazilian political tradition; 2 Harmony, independence and competence of powers: hermeneutic processes for legitimizing Constitutional Amendment nº 45; 3 Constitutional Amendment nº 45/2004 and the CNJ; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

A incorporação da Emenda Constitucional nº 45, de 2004 (EC 45), no ordenamento jurídico brasileiro foi tida como um sinal de aprimoramento do sistema formal de justiça, com indícios de ocorrência de maior produtividade e prestação de serviços jurisdicionais, bem como uma forma de legitimação dos parâmetros materialmente constitucionais relativos ao acesso à justiça (MINHOTO, 2008).

Em que pese a existência de estudos que tratam a EC 45 como importante marco legislativo para a melhoria da administração da justiça, conforme sugere Minhoto (2008), bem como o julgamento de sua constitucionalidade pelo Supremo (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367), não se costuma analisar os aspectos de validade da Reforma Judiciária de 2004, uma vez que, em linha de princípio, essa mudança constitucional, por envolver a organização judiciária, tendo em vista o princípio da independência e harmonia entre os poderes políticos do Estado, que tem a sua origem em teorias como a de Montesquieu (2000), deveria ter tido a iniciativa do Judiciário, considerando as disposições constitucionais a respeito das competências e atribuições de cada um dos três Poderes, em especial o contido no art. 96, inciso II, da Constituição Federal, que relaciona uma série de temas em relação aos quais há uma reserva da iniciativa de lei, como expressão da garantia da autonomia de governo do Judiciário (CHAVES, 2019; RUSSEL, 2001).

Nesse sentido, a doutrina constitucional brasileira trata o princípio da separação de poderes como cláusula pétrea, imune à reforma constitucional. A separação de poderes radica-se não apenas em um lado formal e material da vida constitucional, mas também – relembrando a teoria de Montesquieu –

em um pilar da existência social e política do Estado contemporâneo. Logo, a hermenêutica apresentada nesse trabalho não meramente repisa os argumentos de ordem jurídica para relembrar os problemas de ordem formal: vai além dessa perspectiva, já que retoma o significado social e político da separação de poderes nas relações políticas no âmbito do Estado. Como lembra Silva (2016, p. 69), não se pode admitir que o poder reformador desloque os eixos de competências e de atribuições de um poder para outro, já que isso, ao final, implicará na eliminação também de um poder pelo outro. Como conclusão, a admissão episódica de que um poder retire, ainda que seja algum “pequeno pedaço”, de atribuições de outro implica igualmente na promoção não apenas de alteração do desenho institucional da separação de poderes, mas também no conflito generalizado entre os mesmos nos âmbitos jurídico, político e social, o que a Constituição brasileira não tolera.

De certo, várias vezes já se reconheceram hipóteses de freios e contrapesos, mas isso não pode significar que de forma generalizada um poder possa de alguma forma se ocupar ou mesmo suprimir o outro. Isso colide frontalmente com o Texto Constitucional e o modelo jurídico-político que preconiza, já que ele prescreve a harmonia entre eles.

Assim, ao menos a partir dessa consideração, não caberia a iniciativa de uma proposta de emenda constitucional exclusivamente pelo Poder Legislativo, sem o concurso ou a participação do Judiciário para dispor de temas que são constitucionalmente reservados à iniciativa deste Poder³.

³ Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal: “EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL - LEI ESTADUAL REFERENTE A PROVIMENTO DOS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO - INICIATIVA DO PODER JUDICIÁRIO - DESFIGURAÇÃO DO PROJETO DE LEI, PELAS EMENDAS DO PODER LEGISLATIVO - INCONSTITUCIONALIDADE - 1. É da iniciativa do Poder Judiciário a lei que dispõe sobre a organização dos serviços notariais e de registro no âmbito estadual. A Constituição Federal preconiza que compete privativamente aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169, a criação e a extinção de cargos e a remuneração de seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver. Dessa maneira, a iniciativa privativa dos Tribunais aplica-se, igualmente, em relação às normas das Constituições Estaduais, não havendo possibilidade de usurpação da iniciativa prevista pela Constituição Federal pelo legislador-constituente derivado do Estado-membro. A regra, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, que decorre do princípio da independência e harmonia entre os poderes e é tradicional no direito republicano, aplica-se tanto à legislatura ordinária, como à constituinte estadual, em razão do que prescreve a Constituição Federal, art. 96, II, b e d. 2. No caso concreto, embora o projeto de lei que redundou na Lei nº 10.340/1999, do Estado de São Paulo, tenha partido do Poder Judiciário, a proposição foi severamente desfigurada pelas emendas do Poder Legislativo, resultando em um diploma legal radicalmente diverso do texto

É de se sublinhar que, de fato, o art. 96, inciso II, da Constituição, ao relacionar os temas de iniciativa legislativa privativa dos tribunais, não indica a possibilidade de propositura de propostas de emendas constitucionais por parte do Judiciário. De outro lado, o art. 60 da Constituição, ao disciplinar o procedimento para a apresentação de propostas de emendas, não cogita o protagonismo do Judiciário na provocação do poder constituinte reformador.

Logo, o processo político-legislativo de que resultou a Reforma do Judiciário de 2004, por sua amplitude temática e alcance, apresenta desafios analíticos, a fim de se compreender como se deu não apenas o seu início, mas principalmente como foi viabilizada a sua conclusão no âmbito do Congresso Nacional, praticamente sem qualquer questionamento quanto ao aspecto da reserva de iniciativa, principalmente quando presentes assuntos que são privativos de mudanças por proposta do próprio Judiciário.

Note-se que, na discussão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367 (ADI 3.367), julgada pelo Supremo Tribunal Federal, que impugnou a parte da reforma atinente à criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a questão suscitada da reserva de iniciativa contribuiu para a promoção de maior autonomia das Justiças Estaduais, inclusive para a declaração de inconstitucionalidade de partes da EC 45 que ampliavam poderes de atuação e reserva de iniciativa do CNJ em função dos tribunais estaduais, como pode ser percebido pela retirada de trecho “ou do Conselho Nacional de Justiça” do art. 93, VIII, da CF, com redação dada pela Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 96, de 1992, original, além de outros exemplos contidos nos arts. 1º e 2º da referida PEC.

É dizer: no caso da EC 45, não houve a proposta advinda diretamente do Poder Judiciário para o início do seu trâmite. Nem mesmo se tem notícia de uma iniciativa do Judiciário para o início das discussões no Parlamento, somente se constata a discussão do Judiciário estadual, em sentido amplo,

originalmente encaminhado. 3. O Supremo Tribunal Federal tem sólida jurisprudência no sentido de que, nas proposições legislativas sujeitas à exclusividade de iniciativa por autoridade de outro Poder, a prerrogativa parlamentar de apresentação de emendas ao projeto de lei é limitada ao domínio temático da proposta original, também vedada a apresentação de emendas que impliquem aumento de despesas ao Poder ou órgão autônomo respectivo, por imposição da própria regra constitucional, que confere a reserva de iniciativa. 4. Recurso extraordinário a que se nega provimento” (RE 537134, Tribunal Pleno, Rel. Marco Aurélio, Rel. p/o Ac. Alexandre de Moraes, J. 13.04.2021).

após a promulgação da EC 45 pela ADI 3.367 para rediscussão de possível inconstitucionalidade do CNJ, debruçando-se, também, sob a reserva de iniciativa dos Tribunais de Justiça Estaduais e do CNJ.

A Proposta de Emenda Constitucional nº 96, de 1992 (PEC 96/1992), a qual deu origem à EC 45 em 2004, teve como primeiro signatário o então Deputado Hélio Bicudo, sendo que aos membros do Parlamento Federal não seria assegurada a possibilidade dessa iniciativa, uma vez que a referida PEC visa legislar sobre matéria de organização judiciária, logo reservada ao Poder Judiciário, na pessoa do Supremo Tribunal Federal (STF), como dispõe o conteúdo do art. 96, II, da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), ou a União, conforme o art. 22, XVII, da CF/1988. Todavia, como bem se sabe, não cabe ao Judiciário a iniciativa de legislar, tão somente propor reformas e, por imposição constitucional do art. 60 da Carta Magna, inviável é a sua atuação no processo de Proposta de Emenda à Constituição (PEC), o que o deixa em situação delicada no quesito participação do processo político, mesmo quando a matéria seja de seu interesse, o que torna o jogo político, quando o Judiciário está presente, interessante e, quiçá, amparado em forças além das legais para manifestação de seu interesse.

Dessa forma, podemos observar, pela inércia dos poderes a respeito do questionamento ora aludido, acerca da legitimidade da propositura da demanda, que houve uma espécie de amplo entendimento entre os poderes para o desenrolar da Reforma Judiciária de 2004, mesmo que não observadas, estritamente, as regras de competência constitucionais, mostrando-se pertinente investigar esse fenômeno a partir da ideia que recebe o nome, na ciência política, de “reformas pelo alto” ou “conciliação pelo alto” (COUTINHO, 2007; COUTINHO, 2011; NUNES, 2000). Tal forma de conciliação sugere a presença de um cenário de concerto político entre os Poderes, a fim de garantir um sistema mais uniforme e de correlação entre eles, pautando-se como possível o entendimento referente a um suposto vínculo de poder que permeia a criação de uma nova arena de resolução de conflitos de abrangência nacional entre os Poderes da União que a compõem.

Nesse sentido, cabe a reflexão, também, sobre quais processos hermenêuticos poderiam ser utilizados para a legitimação dessa ruptura formal – ou procedimental – do trâmite da EC 45 e a utilização contrária à constituição

quanto à regra de competência empregada nesse caso, a qual pautou-se pela predominância do Poder Legislativo sob o Judiciário, bem como a ruptura da supremacia existente entre eles, pois, em tese, um Poder não deveria se sobrepor aos demais quanto aos quesitos formais de competências e obrigações. Tal situação permite o ensejo da abertura de crítico para a suscitação de uma possível inconstitucionalidade da presente Emenda Constitucional com base na falha formal, de competência, ocorrida.

Dessa forma, mostra-se relevante o aprofundamento da compreensão desses processos de “conciliações pelo alto” para que haja uma melhor investigação acerca da possibilidade de negligência de quesitos formais constitucionais para a elaboração legislativa, dotando-a, mesmo ausente os pressupostos formais, de constitucionalidade. Outrossim, caso venha a ser defendida a possibilidade de existência de constitucionalidade de um ato criado com ausência - negligência - dos pressupostos formais para a sua elaboração, mostra-se relevante entender quais os fundamentos hermenêuticos que podem conferir essa legitimidade para o auferimento de constitucionalidade dessa modalidade de ato, bem como para o processo de “conciliação pelo alto”.

A metodologia empregada, então, foi a da pesquisa descritiva (GIL, 2008), com apoio do método bibliográfico e documental, articulando as diversas variáveis que contrastam as reflexões acerca do termo “conciliação pelo alto” explorado a partir do entendimento de Coutinho (2007; 2011) e Nunes (2000), com, posteriormente, a utilização do diálogo entre as correntes hermenêuticas da teoria da argumentação jurídica de Alexy (2001) e a teoria estruturante do direito de Muller (2003), a fim de se extrair consequências hermenêuticas, com o intuito de analisar o processo de legitimação dessa modalidade de conciliação.

Portanto, o trabalho busca explorar, em um primeiro momento, o processo de desenvolvimento da teoria da “conciliação pelo alto” e os seus impactos no regime jurídico brasileiro, com ênfase no caso da Emenda Constitucional nº 45/2004, para que, em um segundo momento, possam ser exploradas as relações de Poder entre os três Poderes da União e os processos que legitimam essa modalidade de “conciliação pelo alto”, aferindo, ou não, constitucionalidade à EC 45, com o intuito de serem compreendidos os limites de ruptura dos critérios constitucionais formais para o processo de criação legislativa, pautada no exercício legislativo.

1 AS “CONCILIAÇÕES PELO ALTO” NA TRADIÇÃO POLÍTICA BRASILEIRA

No presente artigo, o conceito de conciliações (ou reformas) pelo alto radica-se em uma tradição sociológica marxista de caráter gramsciano. Essa construção é mediada pelos trabalhos de Coutinho (2007, 2011 e 2012), de forma a sustentar uma visão hermenêutica de cunho sociológico que irradia para o problema jurídico aqui analisado.

Desse modo, “conciliações pelo alto” ou “reformas pelo alto” são processos estudados, sobretudo, pela ciência política, com o intuito de compreender as relações existentes entre os variados órgãos de Poder, a sua manutenção, bem como o impacto de suas decisões no cenário sociopolítico de um determinado país que opte por sua aplicação. Mais do que isso, trata-se de um construto teórico voltado a interpretar os entendimentos políticos e, principalmente, as reformas do Estado perpetradas com baixa ou nenhuma participação popular ou amplo debate público, enfatizando a arena da representação política e a lógica do entrosamento dos seus atores.

Nesse sentido, o recorte do pensamento de Gramsci (1999) a respeito da construção ideológica para o processo de manutenção das bases de poder dominante se mostra útil para a compreensão de diversos aspectos sociopolíticos presentes no cenário brasileiro, não sendo, todavia, utilizado aqui como autor central para o entendimento do processos conciliatórios em análise. O Ministério da Educação (MEC) na Coleção Educadores (2010), a respeito de Gramsci, sob a visão trazida por Monasta (1993), deduz que, para o respectivo o autor, o processo de construção ideológica é o que permeia a estabilização das bases do poder dominante, ou seja, a organização cultural se apresenta como organicamente ligada ao exercício do poder dominante, o que pode gerar contrassenso aos dispositivos legais ou, até mesmo, dar origem a diplomas legais pautados nessas ideologias de poder que busquem a sua manutenção no tempo e no espaço.

Para que possamos compreender o termo “conciliação pelo alto”, supõe-se necessária a compreensão dos processos de estabilização das bases de poder dominante em uma sociedade, o que, por sua vez, é trabalhado pelo filósofo italiano Gramsci (1999), influenciado por Maquiavel, neste sentido de análise das relações de poder. Dessa forma, Gramsci (1999) pode ser considerado como um dos responsáveis pelas repercussão dos estudos e popularização do termo

“conciliações pelo alto” – mesmo que em suas obras não trabalhe explicitamente com essa nomenclatura –, estudando-o, por outro lado, as perspectivas que dizem respeito às duas configurações desse processo no mundo sensível: primeiro, a revolução passiva; e, em segundo, a contrarreforma, as bases das conciliações pelo alto, conforme preceitua Antunes (2017), no sentido da análise das revoluções e contrarrevoluções na análise aplicada ao cenário brasileiro.

Dessa forma, primeira diz respeito ao instrumento de formação do Estado como um critério de interpretação de fatos sociais complexos para formação de ideologias de poder, e construção e restauração de modelos históricos, como exemplo do processo de restauração pós-napoleônica, fascismo e americanismo, como delimita Coutinho (2012). Ao contrário da revolução popular “jacobina”, ou seja, que rompeu radicalmente com a velha ordem política francesa existente, o processo de revolução passiva conta com dois momentos: um de “restauração”, que compreende um processo de reação conservadora à possibilidade de uma transformação efetiva e radical vinda “de baixo”; e outro de “renovação”, a qual se sustenta pela satisfação de algumas das demandas populares por meio das conciliações existentes “pelo alto”, por meio de “concessões” das camadas dominantes em face das minoritárias. Nesse sentido, autores como Glucksmann e Therbon (1981) e Kanoussi (2000) utilizam a “revolução passiva” como um instrumento de construção de bases do poder modernas como a social-democracia, iniciada na Europa, e o modelo do *welfare state*.

A “renovação”, por conseguinte, não corrobora para o processo de anulação de modificações efetivas, ou seja, não é sinônimo de contrarrevolução ou contrarreforma, mas sim pelo que Coutinho (2012) define como uma espécie de reformismo “pelo alto”, ou seja, é um processo que começa pela legitimação oriunda das camadas dominantes de poder que “modificam progressivamente a composição anterior das forças e, portanto, transformam-se em matriz de novas modificações” (GRAMSCI, 2002). Assim, Coutinho (2012) define que a revolução passiva não exerce um papel de grande profundidade nos processos de mudanças do regime político:

Ter-se-ia uma revolução passiva no fato de que, por intermédio da intervenção legislativa do Estado e através da organização corporativa, teriam sido introduzidas na estrutura econômica do país

modificações mais ou menos profundas para acentuar o elemento “plano de produção”, isto é, teria sido acentuada a socialização e cooperação da produção, sem com isso tocar (ou limitando-se apenas a regular e controlar) a apropriação individual e grupal do lucro. (COUTINHO, 2012)

Portanto, em síntese, quanto à revolução passiva, podemos delinear três principais aspectos que se apresentam nesse processo interpretativo de reestruturação das bases de poder vigentes: em primeiro lugar, são as classes dominantes que reagem às pressões das classes minoritárias – subalternas – quando essa subversão é meramente esporádica e pouco organizada para geração de grandes revoluções – como a “jacobina” –, somente gerando um novo espectro comportamental por parte das classes dominantes; em segundo lugar, essa reação das classes dominantes, em que pese a primazia da conservação das bases de poder já existentes e os fundamentos da velha ordem, implica, necessariamente, no acolhimento de certos pleitos das camadas vindas “de baixo”; e, em terceiro lugar, essa necessidade de conservação da velha ordem e manutenção das já existentes bases de poder, quando coexistentes nesse universo de pleitos, promovem processos de modificações que dão espaços para novas modificações futuras, legitimam o processo de mudança gradual. Assim, temos que as revoluções passivas se dão pelo diálogo conjunto entre “restauração, revolução, de conservação e modernização” (COUTINHO, 2012).

A contrarreforma, por sua vez, é vislumbrada por Gramsci (1999) no processo de reação da Igreja Católica à reforma protestante, baseando-se em uma pura restauração dos preceitos anteriores já existentes que estavam tentando passar por um processo de mudança drástico, mas que ainda assim admite combinações entre o velho e o novo. Todavia, a diferença entre a revolução passiva e a contrarreforma reside na preponderância do velho em face do novo, ou seja, enquanto na revolução passiva há um processo de aceitação de parte dos pleitos novos pelas camadas dominantes, na contrarreforma não se aceita a existência de um processo de mudança dos velhos costumes da ordem em vigor, aceitando e realizando somente pequenas e pontuais mudanças para a conservação do antigo regime de poder existente. Uma diferença sutil, mas que historicamente fez grande diferença. Assim, a contrarreforma não é um movimento renovador e restaurador do antigo regime, mas uma reforma em prol da sua manutenção.

Então, em ambas as situações estão presentes processos de comunicação e diálogo entre as esferas de poder existentes para uma possível mudança ou para a conservação das bases de poder vigentes. As conciliações entre essas esferas de poder é que definem o processo que ocorrerá daqui para frente. Logo, as “conciliações pelo alto” são processos de conciliação pelas esferas dominantes em prol de um interesse comum entre os poderes, o que pode deflagrar um processo de revolução passiva ou uma contrarreforma.

Logo, aplicando-se ao caso da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, temos a existência de procedimentos constitucionais concretos que definem os legitimados para a propositura de reformas constitucionais de âmbito judiciário. Pelo conteúdo constitucional, caberia somente ao Poder Judiciário promover mudanças de base judicial no ordenamento brasileiro, gerando inconstitucionalidade formal pela sua não observância. Ocorre que no caso da Proposta de Emenda Constitucional (PEC), que aprovou a EC 45/2004, não se atentou a essa legitimação para dar continuidade ao processo de sua aprovação, tornando-a, assim, contestável no quesito de constitucionalidade, em relação à sua existência, uma vez acometida de erro formal, deflagrando, também, a existência de uma aceitação do Judiciário sob as modificações propostas pelo Legislativo, o que se apresenta, em primeira análise, como uma forma de revolução passiva, na qual os outros poderes (Legislativo e Executivo) pugnaram pela presença dos dispostos da PEC, negligenciando critérios de legitimidade e competências constitucionais para essa mudança e, no momento em que o Judiciário não se manifestou sobre essa possível inconstitucionalidade formal, ele passou a aceitar, tacitamente, as modificações sugeridas, seja para manutenção do poder existente, seja pela concordância do processo de renovação proposto pela PEC.

No entanto, conforme anteriormente esboçado, e futuramente mais aprofundado, o Poder Judiciário não foi completamente inerte em relação a esse processo de aprovação da PEC; pelo contrário, ele acabou por participar ativamente no sentido de questionamento acerca da criação de um órgão regulador da atividade jurisdicional, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367, porém, não rebatendo com precisão as demais modificações judiciais trazidas no teor da reforma imposta pela PEC, o que aduz uma espécie de concordância tácita com as demais alterações, já que contribuía tanto para o sistema formal de justiça, como atendia certos interesses do próprio Poder Judiciário.

2 HARMONIA, INDEPENDÊNCIA E COMPETÊNCIA DOS PODERES: PROCESSOS HERMENÊUTICOS PARA LEGITIMAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL N° 45

O Brasil, desde antes da Constituinte de 1988, adota um sistema de supremacia, harmonia e independência entre os poderes da União, isso confere a esses poderes direitos, obrigações e competências bem delineados que promovem a fiel legitimação do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, para a permanência desse modelo de Estado adotado, os poderes devem observar as delimitações constitucionais existentes para que possam coexistir em harmonia e não ferirem o espaço de atuação, independência e a própria harmonia existente entre eles e o meio social.

Prevalece, assim, o entendimento da Constituição como uma norma fundamental de adequação e observância no processo de construção e aplicação das demais. Segue-se, então, uma ideia kelseniana (1999) do escalonamento normativo, e, nesse sentido, as normas infraconstitucionais e as questões procedimentais devem sempre se atentar às disposições constitucionais.

Adotamos, então, um modelo interpretativo legítimo próximo ao delineado por Haberle (2014), pautado pela interpretação da constituição, inicialmente em sua configuração fechada, restrita aos órgãos de estatais, mas que ultimamente vem ganhando novas feições, realizada de forma aberta pelos intérpretes da Constituição, buscando uma democratização da interpretação constitucional para os variados atores, destinatários e/ou remetentes, do direito.

Entende-se que, em que pese a existência de um cenário mais amplo dado pelos intérpretes do Direito, o qual promove uma maior democratização da interpretação constitucional (HABERLE, 2002), ainda existe uma fiel limitação quanto ao exercício de uma interpretação de base constitucional ampla para a fundamentação de outros aspectos de aplicação e utilização do direito no cenário sociopolítico. Isso, por sua vez, limita a interpretação quanto aos critérios formais de aplicação ora descritos. Em síntese, a existência fechada de uma vinculação interpretativa aos critérios constitucionais se apresentaria como óbice à legitimação dos processos de “conciliação pelo alto” em nosso ordenamento jurídico, uma vez que esses, de certa forma – como ocorrido no caso da PEC 96, que deu origem à EC 45 –, ignoram os aspectos formais constitucionais para a sua existência, logo, pautado em um fundamento inconstitucional, o que, em tese, impossibilitaria o fundamento de legitimidade

da EC 45. Então, o que poderia servir de fundamento de legitimação dessas “conciliações pelo alto” se o aspecto interpretativo constitucional formal corrobora para o impedimento de sua existência?

A resposta para tal questionamento não é de simples resolução, devemos analisar quais pensamentos hermenêuticos poderiam servir de legitimação dessa forma de conciliação, uma vez que tais atitudes se apresentam contrárias – e contestáveis – às disposições formais de conteúdo constitucional, representando uma espécie de afronta à democracia de direito adotada pelo regime constitucional brasileiro.

Nesse sentido, o Direito brasileiro, que a ser observado deve ser adequado tanto ao povo quanto aos núcleos de poder existentes, com intuito de garantir a permanência desse Estado de Direito, se não, estaríamos lidando com a possibilidade de legitimação do princípio – já superado – da irresponsabilidade presente no conteúdo constitucional do Império de 1824, permitindo ao suposto soberano se ausentar das responsabilidades oriundas das disposições legais, logo, não sendo responsabilizado sob as sanções dispostas em lei, o que, para os parâmetros atuais, soaria como uma insegurança para o regime democrático de direito adotado. Ou seja, em princípio, o desrespeito aos critérios formais – legitimados, requisitos para criação, entre outros –, impostos pela Constituição para a elaboração e proposituras de propostas de Emendas Constitucionais, soaria como a existência de uma supremacia estatal em que os poderes não sofrem quaisquer tipos de sanções pelos seus atos, ausentes de submissão aos critérios formais.

Para que o questionamento de validade tome um rumo, faz-se crucial para a pesquisa compreender o que se aborda como “legitimidade” na sociedade complexa e extremamente procedimental existente no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, deve-se ater que a legitimidade nessa sociedade contemporânea brasileira parte de um crescente procedimentalismo, pautado pelo processo de “juridificação das relações sociais” (DINIZ, 2001).

Assim, as sociedades complexas, no entendimento de Diniz (2001), pautado na análise de diversos sociólogos sobre o conceito de legitimidade, necessitam da criação de meios cada vez mais complexos de regulação jurídica-política em prol da sociedade, uma forma de prestação de serviços pelo próprio sistema, no qual os próprios sujeitos que envolvem essa relação juspolítica devem participar para garantir segurança para o povo, impedindo supremacias

entre poderes e somente existindo quando a estrutura procedimental jurídica estiver “apta a produzir aceitação generalizada para aceitação de suas decisões, ainda indeterminadas quanto ao seu conteúdo concreto, dentro de certa margem de tolerância” (DINIZ, 2001), o que demonstra um caráter democrático e de ampla participação em prol de um bem comum.

Portanto, a “legitimidade” aqui discutida não se escusa da sociedade complexa vivida em nosso ordenamento, mas deduz-se dela. Ou seja, os procedimentos são criados e aplicados em prol da manutenção da ordem juspolítica e social da nação, como uma forma de evitar excessos, dessa forma, qualquer norma, lei, decreto ou outros dispositivos legais que sejam criados sem a observância desses critérios legais de aceitação, poderiam ser questionados e compreendidos como ausentes de legitimidade.

Todavia, como a legitimidade também se sustenta no caráter de aceitação generalizada pelo estrato sociopolítico-jurídico, haveria a possibilidade de dúvidas quanto à legitimidade da Emenda Constitucional nº 45, tornando-se pertinente o diálogo a fim de estruturação de uma pacificação de entendimento.

Dessa forma, partindo-se da premissa de que a Emenda Constitucional nº 45 foi aprovada e permanece surtindo seus efeitos até os dias atuais, em que pese a ausência de seguimento dos parâmetros formais legítimos para a sua elaboração – o que tornaria controverso o seu aspecto de legitimidade –, subentende-se que houve, de forma pacífica, uma aceitação social, política e jurídica de nosso ordenamento em prol de sua existência. Porém, esse mero argumento de existência de legitimidade pelo silêncio dos participantes desse estrato social responsável para a concessão do fundamento de existência dessa legitimidade ainda não aparenta possuir concreta solidez para que se possa deduzir a persistência da legitimidade da EC 45.

Como já observado, para Haberle (2002) os fundamentos constitucionais devem ser interpretados em sentido amplo pela democratização do processo de interpretação constitucional, a fim de atender aos interesses sociais existentes, não permitindo, assim, a limitação ao conteúdo estritamente legal, isto é, em suas palavras:

Isso significa que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática.

Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas. [...] O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição. (HABERLE, 2002, p. 14-15)

Logo, a sua teoria interpretativa corrobora para existência de legitimidade, aos moldes descritos por Diniz (2001) quanto ao processo de “conciliação pelo alto”, a fim de promoção democrática ao processo interpretativo constitucional, resguardando os direitos, as garantias e a limitação do sistema.

Outra teoria interpretativa que pode servir de escopo para a concretização do processo de construção dessa esfera de legitimidade da EC 45 é a da teoria da argumentação jurídica do discurso jurídico pautado no ponto de vista da natureza prática de Alexy (2001). O autor sustenta que o discurso jurídico para a tomada de ações/atitudes surge de uma

fraqueza das regras e formas do discurso prático geral. Essa fraqueza consiste no fato de que essas regras e formas definem um procedimento de tomada de decisão que em muitos casos não leva a nenhum resultado e que, quando leva a um resultado, não garante certeza conclusiva. (ALEXY, 2001, p. 267)

Dessa forma, essa fraqueza das regras e formas do discurso prático geral acaba por influenciar a inconsistência das tomadas de decisão, o que pode ser prejudicial ou, simplesmente, não obter qualquer resultado prático concreto conclusivo. Nesse sentido, visto que nem todos os passos da argumentação estão plenamente fixados e sendo evidente a existência de regras do discurso que só podem ser satisfeitas parcialmente, um mero acordo nem sempre é possível ou plausível (ALEXY, 2001, p. 268). Assim, o discurso prático, pela sua característica limitadora, deve alçar-se do discurso jurídico para obtenção de um sentido possível, e racionalmente plausível, da decisão que objetive ao alcance de um resultado. Em síntese, a união do discurso jurídico pautado na

análise legal e procedimental, a qual é complementada pelo discurso prático, pode servir de escopo a atingir a melhor decisão para todos os polos existentes naquele meio, pelo sentido da inextricável relação existente entre eles:

O valor das regras e formas de discurso jurídico não se limita à explicação do conceito de argumentação jurídica racional e à sua função como critério hipotético de correção. Elas também contêm exigências de que os argumentos de fato ocorram. Como tal, formam um padrão contra o qual medir as limitações necessárias em determinações jurídicas e nos litígios. Ao fazer isso, é necessário começar da fórmula citada acima – isto é, de que numa situação particular essas limitações que são justificadas em comparação com outras, ou com nenhuma limitação, oferecem a maior chance de chegar a uma decisão que também seria o resultado de condições ideais. Deste modo, a teoria do discurso oferece algo como critério específico no contexto da racionalidade de procedimento de tomada de decisão, bem como para as decisões geradas por eles. [...] a função da teoria do discurso jurídico racional como definição de um ideal não deve ser subestimada. Como tal, ela ultrapassa o âmbito da ciência jurídica [...] Isso pressupõe uma ordem social racional e justa. (ALEXY, 2001, p. 273-273)

Nesse sentido, percebe-se que a necessária união do discurso jurídico aos preceitos do discurso prático permite a construção de determinações ou tomadas de atitudes mais racionais e plausíveis para a esfera social, o que pressupõe uma ordem social racional e justa, o que, por sua vez, corrobora para a existência de procedimentos como o da Emenda Constitucional nº 45, pois, mesmo que desrespeitada a legitimidade do Poder Judiciário para promover a elaboração da PEC, pelo respeito à democracia, bem como pautado com respeito a uma finalidade social, sem utilização de meios ilegais para a sua concretização, bem como evidente resultado benéfico para a ordem juspolítica social existente, houve a promoção da ordem social racional e justa, a qual é compreendida pelo autor como finalidade maior da teoria.

Todavia, para Coelho (2002) prevalece nas orientações acerca da interpretação constitucional a limitação de sua interpretação pautada no princípio da correção funcional. Tal norma principiológica corresponde a uma limitação à atividade interpretativa da norma constitucional. Logo, ao se realizar o processo de interpretação, a norma não pode ser afetada pela alteração da competência constitucionalmente atribuída ao órgão, isto é, não poderia um órgão diferente do competente legislar acerca de alguma matéria específica prevista na carta constitucional.

A correção funcional, dessa maneira, configura-se como um empecilho para a existência da conciliação pelo alto em nosso ordenamento jurídico vigente, uma vez que somente o poder constitucionalmente competente poderia promover tal criação normativa. Assim, em tese, seria impossível a existência da Emenda Constitucional nº 45, uma vez que um poder diverso daquele competente pela constituição que realizou a sua promoção no cenário jurídico vigente. No entanto, ao proceder uma análise mais profunda do fundamento de existência do princípio supracitado, este remete ao processo de controle de constitucionalidade, que até mesmo é reconhecida pelo autor a possibilidade de recair em conflitos de interpretação:

A aplicação desse princípio tem particular relevo no controle da constitucionalidade das leis e nas relações que, em torno dele, se estabelecem entre a legislatura e as cortes constitucionais. Com efeito, tendo em vista, de um lado, a legitimação democrática do legislador e, de outro, a posição institucional desses tribunais como intérpretes supremos da constituição, existe uma tendência que até certo ponto se pode considerar natural ao surgimento de conflitos de interpretação entre esses agentes políticos para saber quem, afinal, melhor interpreta o texto constitucional e, conseqüentemente, aos olhos da comunidade, merece densificar os seus poderes, obviamente sem agredir a constituição. (COELHO, 2002, p. 181)

Logo, tal princípio, em primeira análise, está pautado na observância de normas infraconstitucionais, incorrendo em um vazio conceitual quanto

às normas de caráter constitucional. Questiona-se: Seria possível aplicar a correção funcional às normas de hierarquia constitucional?

O direito compreende uma estrutura bastante delimitada que comporta exceções às regras. Os princípios não fogem a esse padrão, podendo ser relativizados. Nesse sentido, pela prevalência da ideia de que a Constituição não pode ser transgredida, a criação de uma norma de hierarquia constitucional não pode ser pautada na própria Constituição para estabelecer os seus limites de interpretação de forma plena quando essa surge para atender às necessidades de ordem superior – relacionadas ao bem-estar social –, e, assim, pela ausência delimitativa de tal ordem principiológica, devemos, mais uma vez, se utilizar da teoria de Alexy (2001) sobre a ponderação principiológica nessa hipótese.

Nesse sentido, estamos lidando com um evidente conflito de ordem constitucional, mais precisamente um princípio que possui por base um fundamento de caráter formal (correção funcional) e um princípio material do Estado (o bem-estar social). Diante desse aparente conflito principiológico, deve-se pautar por aquele de maior relevância para o Estado Moderno, assim, deve-se prevalecer o bem-estar social, em prol da estrutura do Estado, comportando, a interpretação alusiva à permanência da ideia de existência, no cenário concreto, da EC 45.

Então, nessa estrutura normativa existente temos dois horizontes que devem ser observados e que podem ser traduzidos pela teoria estruturante do direito de Muller (2003), o “programa da norma” e o “âmbito da norma”, conceitos esses que se complementam na teoria para criação de uma estrutura normativa. Assim, o “programa da norma” corresponde ao teor literal da norma, como texto, enquanto linguística, como um elemento a ser adicionado à realidade, a norma escrita, então, não possui um objetivo preliminar de limitar a interpretação jurídica, é apresentado pela teoria como um elemento constitutivo; o “âmbito da norma”, por sua vez, corresponde ao “recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma ‘escolheu’ para si, ou em parte criou para si, como seu âmbito de regulamentação [...]” (MÜLLER, 2010, p. 57-58), uma espécie de nexos existente em “termos de possibilidade real de elementos estruturais que são destacados da realidade social na perspectiva seletiva e valorativa do programa da norma” (MÜLLER, 2010, p. 59).

A união desses conceitos permite a existência de uma estrutura central da norma, a qual não seria, necessariamente, critério de delimitação da aplicação normativa na realidade suscitada. A compreensão da estrutura da norma não se apresenta para o direito como uma aplicação dele de forma meramente cognitiva, voltando-se, o texto, somente, às hipóteses de regulação de situações concretas, e, nisso, a aplicação do direito não seria limitado às aplicações de ordenações prontas e acabadas a fatos finalizados e imutáveis. O Direito é uma estrutura que se movimenta no tempo e no espaço e necessita, a fim de atender uma concretização, que é o ponto central de suas obras.

A metódica estruturante, então, volta-se ao processo de concretização dos direitos, admitindo modificações no tempo para a obtenção da norma jurídica modulada que apenas será concluída em razão de uma determinada situação fática existente. Dessa forma, Muller (2010) não enxerga a norma jurídica como algo estático no tempo e que não comporta interpretação, mas sim um fenômeno de ampla abertura e processos de interpretação, pois a norma jurídica somente existe para se relacionar com a realidade existente.

Nesse sentido, Müller (2010) acaba por dialogar com Alexy (2001) e Haberle (2014), de certa forma, no sentido de que a norma jurídica deve atender aos princípios fundamentais do Estado Moderno, ou seja, devendo ser interpretado a fim de atender aos anseios sociais, de ordem democrática, em busca do bem-estar da sociedade e do Estado, como uma forma de permanecer mutável e melhor adequada às diferentes realidades sociais que possam vir a existir.

Portanto, a Emenda Constitucional nº 45, em que pese não ter seguido os procedimentos formais de competência constitucional para a sua criação primordial, isto é, ter projeto de lei que partisse do Poder Judiciário, uma vez que é uma norma que versa sobre a organização judiciária, em ampla escala, a não propositura pelo legitimado correto não se apresenta como óbice de sua existência, uma vez consagrados os interesses de ordem superior, voltados à preservação do bem-estar social.

3 EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004 E O CNJ

Apesar de a EC 45, no contexto ideal, não ter seguido fielmente as regras de competência e parâmetros constitucionais, em virtude da ausência

de possibilidade de exercício de legislar pelo Judiciário, limitando-se a sua estrutura interna, conforme percebe-se no teor do diálogo dos arts. 90 e 60 da CRFB/1988, o processo de conciliação pelo alto se mostra presente para configuração e no estabelecimento da EC 45, uma vez presente a existência de comum acordo de interesses entre os três Poderes da União, em um escalonamento de cima para baixo, o que viria a ser aceitável, talvez necessário, dentro desse jogo político existente, para que o Poder Judiciário pudesse expandir a sua área de atuação.

A referida emenda, então, surgiu como uma tentativa de garantir um funcionamento, na perspectiva judicial, mais independente e federalizado do Poder Judiciário em nosso País, processo esse que também ocorreu em certos países de modelos europeus – como a França, Itália, Portugal e Espanha –, marcados por um forte exercício de poder discricionário na escolha de novos juízes por parte do Poder Executivo, o que desencadeou críticas fundadas na relação desse poder com os demais poderes representativos, bem como a percepção de existência de Poderes Judiciários descontrolados, morosos e pouco eficientes no tocante à resolução de conflitos, servindo de chave mestra para a abertura de novos caminhos que fundamentaram a criação de conselhos institucionais que visavam ao apoio à gestão e ao controle da Justiça (CARVALHO; LEITÃO, 2013).

No Brasil, tais ideais não seguiram um padrão tão diferente do ocorrido na Europa, isto é, além da morosidade e certa ineficiência do Judiciário, organismos de classe como a Ordem dos Advogados do Brasil e demais Poderes demonstraram um forte apoio à criação do Conselho externo de controle do Judiciário, conforme esclarece Carvalho e Leitão (2013):

No caso brasileiro, a resistência à implantação do Conselho espelha claramente um conflito sobre as competências, atribuições e composição desse novo órgão que ocuparia um espaço estratégico no autogoverno da Justiça brasileira. Na disputa em questão, as Associações de Magistrados, capitaneada pela Associação de Magistrados Brasileiros (AMB), liderou uma forte campanha pública contra a criação do CNJ. Do outro lado, a Ordem dos Advogados

do Brasil defendeu explicitamente a necessidade de criação do Conselho. (CARVALHO; LEITÃO, 2013, p. 14)

Todavia, em que pese Carvalho e Leitão (2013) sustentem o ideal de resistência estrita do Poder Judiciário à criação do CNJ, com base em Sadek (2010) existem outros pontos que dificultam a afirmação elaborada ora aludida, ou seja, o respectivo autor não nega a possibilidade de existência de discrição e distância dos magistrados em relação aos assuntos do dia a dia, bem como não deixa de observar o crescimento gradual do interesse deles por questões de cunho institucional e político, o que, nesse sentido, poderia representar um argumento concreto à resistência desse Poder à criação do CNJ; no entanto, por meio de dados empíricos, a referida autora afirma a dificuldade de avaliação de um cenário estritamente preciso, conforme aparentemente sugerem Carvalho e Leitão (2013), sobre a existência de resistência ou apoio do Judiciário quanto à criação do CNJ.

Enquanto no início dos anos 90 a expressiva maioria dos magistrados manifestava uma opinião negativa sobre a criação de um órgão de controle externo (86,5%), no final da década houve uma redução expressiva nessa avaliação – 25,5%. Isso não significa dizer, é claro, que passou a dominar uma posição positiva, ou seja, inteiramente favorável e com militância para a aprovação da emenda constitucional. Significa isto sim, que o tema tornou-se, ao menos, passível de ser considerado e discutido, ou mesmo sustentado por um grupo no interior do Judiciário. Assim, se em 1993 era possível afirmar que, ao menos no que se refere a esta questão, os juízes constituíam um grupo bastante homogêneo, sete anos depois as divisões no interior da instituição tornaram-se visível. (SADEK, 2010, p. 83)

Tal fragmento permite demonstrar, então, que, mesmo existindo uma expressiva manifestação negativa de vontade dos magistrados, como uma

instituição, ao passar dos anos esta pareceu se submeter à vontade de outras entidades governamentais e políticas quanto à criação do Conselho, mesmo que divergindo opiniões, conforme demonstra a pesquisa trazida por Sadek (2010):

Depreende-se destas pesquisas que o tema passou a dividir opiniões no interior da magistratura. Apesar disso, ainda parece ser francamente minoritária – menos numericamente e mais de influência e expressão – a posição dos que defendem a criação de um órgão de controle, sobretudo se ele ostentar composição predominantemente externa. (SADEK, 2010, p. 85)

A criação, então, de um modelo institucional de conselho de controle externo, conforme proposto pelo Projeto da Emenda Constitucional nº 45, parecia ser uma ideia interessante sob a perspectiva de outras entidades políticas e institucionais, mas não pela perspectiva da Associação dos Magistrados do Brasil (AMB), o qual veio, até mesmo, a impugná-la, por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 3367 (BRASIL, 2005), com pedido de liminar sob a inconstitucionalidade parcial da Emenda Constitucional nº45/2004, mais especificamente os arts. 1º e 2º, a respeito das normas relativas à criação e instituição do Conselho Nacional de Justiça, julgado, então, tal ADIn improcedente pelo Supremo Tribunal Federal, mais uma vez demonstrando, assim, a divisão de interesses dentro do próprio Poder Judiciário, ou seja, o órgão responsável pela manifestação de interesse da classe judiciária se encontrava dividida em suas opiniões a respeito da criação do CNJ, permanecendo calado sobre outras questões trazidas pelo teor da referida emenda.

Nesse sentido, então, pode-se perceber pelo teor da decisão do acórdão supramencionado (BRASIL, 2005), que temos, naquele momento, um Poder Judiciário dividido em opiniões: 1) um lado Federal, que parece apoiar a criação de um órgão de controle externo do Judiciário, nos moldes da referida emenda; 2) e do outro, um Estadual, representado pela Associação dos Magistrados do Brasil, contrário a determinados dispositivos relativos à criação e organização do CNJ, pautando os seus argumentos na violação do princípio da separação e independência dos poderes (art. 2º da CRFB/1988), e ofensa ao pacto federativo que submete os órgãos do Poder Judiciário dos Estados a uma supervisão administrativa, orçamentária, financeira e disciplinar por

órgão da União Federal, o que levou a um julgamento de afastamento do vício de inconstitucionalidade suscitado, julgando totalmente improcedente a ação.

Leva-se a crer, então, que, devido ao fato de o Poder Judiciário ter se calado quanto outros dispositivos da referida Emenda Constitucional, na ADIn 3367, e a ação ter sido julgada totalmente improcedente pelo STF quanto aos pedidos formulados pela AMB, houve uma presunção de aceitação por parte do Judiciário sobre a criação da Emenda Constitucional, mesmo que supostamente violados os requisitos formais de propositura do Projeto de Emenda Constitucional, uma vez que todo o processo de alteração e expansão do Judiciário foi apresentado pelo Deputado Hélio Bicudo (BRASIL, 1992), e não houve, diretamente, participação pelo Poder Judiciário, o qual cabia ser o real legitimado para promover a organização e estruturação do Poder Judiciário.

Portanto, tal atitude do Poder Judiciário em sede de ADIn 3367, em reconhecer a constitucionalidade da referida emenda, suscita um evidente caso de conciliação pelo alto, na medida que, mesmo havendo um possível, mas não nulo, vício formal quanto aos limites de atuação do Poder Judiciário no processo de propositura da Emenda que moldava o respectivo poder, o Judiciário seguiu com o argumento favorável à emenda, por meio da decretação da sua constitucionalidade em sentido amplo.

CONCLUSÃO

Por fim, há de se considerar, pelo percurso aqui trabalhado, que a conciliação pelo alto pode vir a ser um aspecto de fundamentação da legitimação estrutural do Estado, pautado no diálogo de interesses entre os integrantes dos três poderes, mesmo que tal procedimento possa incorrer em quebra de aspectos formais ou materiais para criações legislativa ou organizacionais do Próprio Estado, uma vez presente uma função externa pouco visível de melhor atendimento das necessidades do povo. Assim, as conciliações pelo alto se mostram como uma forma legítima de solução de ordem superior e plenamente cabível em situações que versem sobre a ordem constitucional em prol do melhor interesse da sociedade e do funcionamento do Estado.

Em que pese a possibilidade de se pensar, nessa situação, sobre uma constitucionalidade duvidosa desses processos de conciliação pelo alto, em sentido formal de competência, delineado por salutares quebras da reserva

de iniciativa do Poder Judiciário para reger a sua própria instituição. No caso aqui em análise, quanto aos aspectos formalmente fundamentais de existência da Emenda Constitucional nº 45/2004 no ordenamento jurídico brasileiro, em sentido constitucional da presente emenda, os erros meramente formais promovidos por esses processos conciliatórios pelo alto não tornam, necessariamente, nulos os atos jurídicos complexos, permitindo que haja interpretação disso como uma forma de não anulabilidade de possíveis emendas e demais atos que venham a surgir, do mesmo aspecto que ocorreu com a EC 45, como observado pelo teor da decisão da ADIn 3367.

Outrossim, argumenta-se também que há uma certa presunção de legitimidade desses processos conciliatórios pelos Poderes da União em razão do aspecto de mutabilidade e adequação normativa, a fim de atender às novas realidades e anseios que vem a surgir com o tempo e o espaço na sociedade. Dessa forma, os pensamentos de Haberle (2014), em conformidade com o diálogo entre Müller (2010) e Alexy (2001), a respeito dos aspectos da correção funcional de Coelho (2002), reverbera a possibilidade de presunção de legitimidade de aplicação desses procedimentos conciliatórios pelo alto em nosso regime jurídico atual, ou seja, os processos de conciliação pelo alto tornam-se hermeneuticamente legítimos para todo processo de criação legislativa, mesmo que desconsiderados aspectos formais, caso sejam em prol do melhor interesse da sociedade e melhor funcionamento do Estado.

Portanto, há de se considerar que o caso da Emenda Constitucional nº 45/2004, mesmo que haja um possível diálogo acerca da existência de certos vícios formais ou principiológicos para fundamentação de sua existência, como vistos pelas impugnações da ADIn 3367, caso tal processo conciliatório pelo alto esteja se pautando na função do melhor interesse da sociedade e da segurança jurídica existente, permite-se aceitar a possibilidade de plena legitimidade desse processo, o que justifica a sua existência dentro do nosso ordenamento, tornando viáveis criações legislativa e emendas, por exemplo.

Logo, as conciliações pelo alto, mesmo que pareçam traçar aspectos duvidosos quanto a sua legitimidade formal no cenário jurídico ornamental e – talvez – a sua constitucionalidade para elaboração e criação de “inovações”, mesmo desrespeitando questões constitucionais formais, quando admitidas ou aceitas e recepcionadas por todos Poderes, tornam-se passíveis de existência em prol da melhor conveniência e interesse geral. No caso aqui trabalhado,

a criação de um órgão de controle externo, então, seria uma ferramenta interessante para controlar o Poder Judiciário, mitigando a sua esfera de competência, a fim de evitar ilegalidades e conceder maior segurança jurídica e institucional ao povo e aos demais Poderes.

Assim, a norma jurídica, atendendo aos princípios fundamentais do Estado Moderno, conforme anteriormente referido, atendendo aos anseios e pleitos sociais, de ordem democrática, em busca do bem-estar da sociedade e do Estado, como uma forma de permanecer mutável e melhor adequada às diferentes realidades sociais, permite a permanência e existência da norma que ora poderia não ter sido realizada em conformidade com o trâmite formal exigido, o que assegura, assim, em um plano mais filosófico, a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 45 no ordenamento jurídico brasileiro e demais outras emendas e criações legislativas que possam surgir desses processos conciliatórios pelo alto.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

ANTUNES, R. *A era das contrarrevoluções e o novo estado de exceção*. A crise da democracia brasileira. Uberlândia: Navegando Publicações, 2017.

BRASIL. STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3367*. Brasília, 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>. Acesso em: 4 mar. 2022.

BRASIL. MEC. *Antonio Gramsci*. Coleção Educadores MEC. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, Domínio Público, 2010. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/ResultadoPesquisaObraForm.do?skip=0&co_categoria=133&pagina=1&select_action=Submit&co_midia=2&co_. Acesso em: 25 out. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasil, 1988.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 45, de dezembro de 2004*. Brasil, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 4 out. 2021.

BRASIL. *Proposta de Emenda Constitucional nº 96, de 1992*. Brasil, 1992. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD01MAI1992.pdf#page=7>. Acesso em: 29 set. 2021.

BUCI-GLUCKSMANN, C.; THERBORN, G. *Le défi social-démocrate*. Paris: Maspero, 1981.

CARVALHO, E.; LEITÃO, N. O poder dos juízes: Supremo Tribunal Federal e o desenho institucional do Conselho Nacional de Justiça. *Revista de Sociologia e Política*, v. 21, n. 45, p. 13-27, mar. 2013. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rsp/issue/view/1659>. Acesso em: 28 fev. 2022.

CHAVES, L. A. *O arquipélago da Justiça: o modelo do governo judicial no Brasil e o controle do estatuto da magistratura*. 2019. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza. Fortaleza, 2019.

COELHO, I. Métodos e princípios da interpretação constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 2002.

COUTINHO, C. A época neoliberal. *Acessa.com*, Gramsci e o Brasil, 2007. Disponível em: <https://www.acessa.com/gramsci/?page=visualizar&id=790>. Acesso em: 07 out. 2021.

COUTINHO, C. *Cultura e sociedade no Brasil: ensaios sobre ideias e reformas*. 4. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2011.

COUTINHO, C. *A época neoliberal: revolução passiva ou contrarreforma?* Marília: Novos Rumos, v. 49, 2012.

DINIZ, A. C. Legitimação procedimental e modernidade: a problemática da legitimidade jurídico-política em sociedades complexas. *Revista de Informação Legislativa*, Senado, 2001. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/681>. Acesso em: 7 dez. 2021.

GIL, A. C. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GRAMSCI, A. *Cadernos do cárcere*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, v. 1, 1999.

GRAMSCI, A. *Cadernos do cárcere*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, v. 2, 2000.

HABERLE, P. Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. *Revista Direito Público*, v. 11, n. 60, 2014. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353/1204>. Acesso em: 14 nov. 2021.

HABERLE, P. *Hermenêutica constitucional a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

KANOUSI, D. *Una introducción a los Cuadernos de la Cárcel de Antonio Gramsci*. Puebla: BUAPPlaza y Valdez, 2000.

KANOUSI, D.; MENA, J. *La revolución pasiva: una lectura de los Cuadernos de la Cárcel*. Puebla: Universidad Autónoma de Puebla, 1985.

KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MINHOTO, A. C. Quatro anos de Emenda Constitucional nº 45: produtividade e presteza do Magistrado e acesso à Justiça como inclusão social. *Revista de Informação Legislativa*, Senado, 2008. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/141081>. Acesso em: 7 out. 2021.

MONASTA, A. *L'educazione tradita: criteri per una diversa valutazione complessiva dei "Quaderni del carcere"* di Antonio Gramsci. 2. ed. Florença: McColl Publisher, 1993.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MÜLLER, F. Teoria moderna e interpretação dos direitos fundamentais. Especialmente com base na teoria estruturante do direito. *Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional*, n 7, 2003.

MÜLLER, F. *Metodologia do direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES, A. *Estado e sociedade civil no Brasil*. Curitiba: UFPR Educar, n. 16, 2000.

RUSSEL, P. H. Toward a general theory of judicial independence. In: RUSSEL, P. H.; O'BRIEN, D. M. (org.). *Judicial independence in the age of democracy: critical perspective from around the world*. Charlottesville: University Press of Virginia, 2001.

SADEK, M. T. *A reforma do Judiciário*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. Disponível em: <https://static.scielo.org/scielobooks/6kf82/pdf/sadek-9788579820335.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2022.

SILVA, J. A. da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2016.

Submissão em: 05.02.2023

Avaliado em: 01.05.2023 (Avaliador A)

Avaliado em: 27.11.2023 (Avaliador B)

Avaliado em: 10.12.2023 (Avaliador C)

Aceito em: 31.05.2024

