



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

**MAURÍCIO DALTRO MARTINS COELHO**

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO  
COMPARADO E A INTERPRETAÇÃO DE  
CONSTITUCIONALIDADE DA PEC 33 À LUZ DA  
CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA.**

**Brasília  
2013**

**MAURÍCIO DALTRO MARTINS COELHO**

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO  
COMPARADO E A INTERPRETAÇÃO DE  
CONSTITUCIONALIDADE DA PEC 33 À LUZ DA  
CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA.**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Professor Henrique Smidt Simon.

**Brasília  
2013**

**MAURÍCIO DALTRO MARTINS COELHO**

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO  
COMPARADO E A INTERPRETAÇÃO DE  
CONSTITUCIONALIDADE DA PEC 33 À LUZ DA  
CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA.**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

**Brasília,**

**BANCA EXAMINADORA**

---

Henrique Smidt Simon  
Orientador

---

Alvaro Ciarlini  
Examinador

---

Ivan Cláudio  
Examinador

## RESUMO

O presente trabalho tem seu ponto de partida na exposição dos três importantes modelos de controle de constitucionalidade no cenário atual, sendo estes o americano, o austríaco e o francês. Passamos a analisar as diferenças que vão existir entre esses sistemas adotados pelo mundo, e para tanto, utilizamos os seguintes pontos debatidos nas doutrinas do mundo: quanto à natureza do órgão de controle, se é político ou judicial; quanto ao momento de exercício do controle, se é *a priori* (preventivo) ou *a posteriori* (repressivo); quanto ao órgão judicial que exerce o controle, se é difuso ou concentrado. Passamos ainda à análise do modelo adotado pelo Brasil, sendo este um sistema híbrido de controle de constitucionalidade, uma verdadeira tentativa de assimilar diferentes preceitos dos modelos anteriormente mencionados, objetivando uma maior garantia de proteção à Constituição nacional. O estudo do modelo brasileiro se tornou possível a partir da análise dos fatores históricos presente em cada Constituição nacional, bem como o estudo das influências dos outros sistemas de controle em relação ao modelo híbrido aqui adotado. É nessa problemática que se insere a análise do modelo canadense de controle de constitucionalidade, tendo como fonte de estudo a própria Carta de Direitos do Canadá, que tem sua base fomentadora no ***week judicial review***, operando o mecanismo de controle constitucional de uma forma um pouco diferente dos outros sistemas. Ainda neste capítulo de encerramento, utilizaremos o debate de **Kelsen x Schmitt** a respeito de quem deve ser o Guardião da Constituição, pois desde iremos extrair base para finalizar o estudo e interpretar alguns problemas contemporâneos, como o Ativismo Judicial e a propositura da Proposta de Emenda a Constituição nº 33/11, que surge no debate contemporâneo como uma resposta por parte do Poder Legislativo ao ativismo sem fronteiras do Supremo Tribunal Federal. Para essa discussão final, iremos analisar o texto da própria PEC 33/11, bem como todo o trabalho de análise dos capítulos anteriores, para encerrar o debate de forma cristalina, evidenciando as justificativas para o cabimento da PEC 33/11 e suas críticas.

Palavras-chave: Constituição. Jurisdição Constitucional. Controle Constitucional.  
Legitimidade Democrática. Democracia.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	6
<b>MODELOS EXISTENTES DE CONTROLE CONSTITUCIONAL</b> .....	8
1.1 MODELO NORTE-AMERICANO DE CONTROLE .....	8
1.1.2 <i>Sistema Difuso De Controle Constitucional</i> .....	9
1.2 MODELO AUSTRIÁCO-ALEMÃO DE CONTROLE .....	12
1.2.1 <i>Sistema Concentrado De Controle De Constitucionalidade</i> .....	15
1.3 MODELO FRANCÊS DE CONTROLE .....	18
1.3.1 <i>Sistema Político-Jurídico De Controle Constitucional</i> .....	22
1.3.2 <i>Do Controle Preventivo</i> .....	22
1.3.3 <i>Do Controle Repressivo</i> .....	24
1.4 MODELO CANADENSE DE CONTROLE .....	26
<b>EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONSIDERAÇÕES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL</b> .....	29
2.1 INTRODUÇÃO ÀS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS E SUAS DIFERENTES PESPECTIVAS DE CONTROLE CONSTITUCIONAL .....	29
2.2 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 .....	36
2.3 CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO CONTROLE PREVENTIVO BRASILEIRO. .....	39
<b>JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO E RESPOSTA DO PODER LEGISLATIVO</b> .....	41
3.1 BREVE ALUSÃO AO DEBATE DE KELSEN X SCHMITT E ENTENDIMENTOS INICIAIS .....	41
3.2 OMISSÕES DO PODER LEGISLATIVO E O FORTALECIMENTO DO PODER JUDICIÁRIO .....	44
3.3 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA .....	48
3.4 DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA .....	50
3.5 BREVE ANÁLISE DA PEC 33 COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE LEGISLATIVO PERANTE O JUDICIÁRIO E ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O MODELO FRACO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE .....	52
<b>CONCLUSÃO</b> .....	61
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	63

## INTRODUÇÃO

O início deste estudo se deu com a exposição dos modelos existentes de controle constitucional, em que pretendíamos visualizar de que forma se materializou e qual eram as particularidades inerentes a cada um destes diferentes sistemas.

Dessa feita, tornou-se primordial analisar o conceito e o funcionamento de cada modelo de controle de constitucionalidade abordado neste debate, sendo necessário recorrer ao direito comparado e a seus estudiosos, onde foram evidenciados os seguintes sistemas: Controle Difuso Americano; Controle Concentrado Austríaco; Controle Político Francês e o Controle Canadense do *week judicial review*.

Em seguida, nos remetemos ao estudo da evolução histórica do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, onde, ao estudarmos a base inicial de todo sistema nacional, veremos a forte influência do modelo difuso norte-americano nos primeiros anos do sistema híbrido brasileiro, onde a figura de Ruy Barbosa se fez de suma importância para a adoção deste modelo, pois à época do debate de implantação do controle de constitucionalidade, a figura deste era de extremo respeito no cenário nacional.

Abordamos problemáticas como a atuação do presidente Getúlio Vargas na Carta de 1937, onde este, de forma autoritária, concentra o mecanismo de controle de constitucionalidade em suas mãos, sendo este ponto da história nacional, no dizer de alguns estudiosos, estes fontes do estudo ora mencionado, uma forma de golpe à democracia.

Em seguida, trabalhamos a evolução do sistema abstrato de controle de constitucionalidade no modelo brasileiro de jurisdição constitucional, bem como a evolução do texto Constitucional, até a elaboração da Carta Magna de 1988, também conhecida como a “Constituição Cidadã”, onde ficará perceptível o fortalecimento do controle concentrado no sistema híbrido nacional.

A primeira dificuldade por nós levantada foi a do debate entre Kelsen x Schmitt, onde vamos ter dois posicionamentos completamente diferentes sobre quem deve ser o legítimo guardião da Constituição. Trazemos uma síntese do

debate travado por estes dois estudiosos, onde fica claro a defesa de Kelsen por um Tribunal Constitucional e o posicionamento de Schmitt em legitimar o Presidente do Reich.

Após este debate, entramos na ceara relativa à atuação dos Poderes, onde vamos expor a situação de omissão do Legislativo, bem como sua perda de credibilidade popular, e a exposição do fortalecimento do Judiciário. Estes fatos foram facilmente trazidos à pauta, pois inúmeros artigos jornalísticos e em inúmeras doutrinas, teremos presente este debate.

Por fim, faremos a análise do debate da PEC 33/11, que por sua vez, surge em meio ao fortalecimento do Judiciário e da necessidade do Legislativo em retomar o controle que o era característico no passado, bem como a legitimidade popular que só enfraqueceu com o passar dos anos. A base desse estudo está na doutrina nacional e em diversos artigos de estudiosos do assunto, em alguns momentos teremos a análise do direito comparado, pois temas como: Legitimidade Democrática, Dificuldade Contramajoritária e insatisfação do Legislativo perante a atuação do Judiciário, não são problemas específicos do sistema brasileiro.

Na conclusão, temos como objetivo a análise da dinâmica nacional ante esses problemas, verificando como se opera a influência dos diversos sistemas de controle constitucional no sistema jurídico brasileiro e ainda qual é a concepção de modelo de controle constitucional que se pretende estabelecer no Brasil. Acreditamos que uma nova reflexão da atuação do sistema jurisdicional brasileiro, bem como o estudo das fronteiras de ação desse sistema, poderá ajudar a solucionar os problemas característicos do nosso sistema jurídico.



## MODELOS EXISTENTES DE CONTROLE CONSTITUCIONAL

### 1.1 MODELO NORTE-AMERICANO DE CONTROLE

O fator histórico fundamental que possibilitou o surgimento do *judicial review* está diretamente ligado ao fato que no surgimento em 1787 da “Constituição norte-americana, teve verdadeiramente início a época do ‘Constitucionalismo’, com a concepção da *supremacy of the Constitution* em relação às leis ordinárias”<sup>1</sup>. Portanto, de acordo com o autor Mauro Cappelletti, “A Constituição norte-americana representou, em síntese, o arquétipo das assim chamadas Constituições ‘rígidas’, contrapostas às Constituições ‘flexíveis’”<sup>2</sup>, onde em suma, seria o surgimento de uma Constituição que só poderia sofrer intervenção no seu texto, através do procedimento característico de revisão constitucional.

O controle da constitucionalidade nos Estados Unidos, o *judicial review*, “é confiado ao conjunto do aparelho jurisdicional e não se distingue da justiça ordinária, na medida em que os litígios, de qualquer natureza, são julgados pelos mesmos tribunais e nas mesmas condições”<sup>3</sup>.

Seguindo o raciocínio do autor Louis Favoreu, temos que “a dimensão constitucional pode estar presente em todos os litígios e não necessita de tratamento especial”<sup>4</sup>, motivo pelo qual não haveria a necessidade de diferenciar as matérias que fossem levadas ao mesmo juízo.

O *Chief Justice* John Marshall, conhecido globalmente pela decisão proferida no leading case *Marbury versus Madison* de 1803, de forma inovadora decidiu por afastar da apreciação dos Tribunais Americanos, em sentido de não aplicar, as leis federais que fossem inconstitucionais, onde temos a seguinte passagem:

---

<sup>1</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial De Constitucionalidade Das Leis No Direito Comparado*. 2ª Edição. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1992, Reimpresso 1999, p.46.

<sup>2</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial De Constitucionalidade Das Leis No Direito Comparado*. 2ª Edição. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1992, Reimpresso 1999, p.46.

<sup>3</sup> FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy Ed., 2004, p.17.

<sup>4</sup> FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy Ed., 2004, p.17.

“Há apenas duas alternativas - muito claras para serem discutidas: ou a Constituição controla qualquer lei contrária a ela, ou a legislatura pode alterar a Constituição mediante uma lei ordinária. Entre tais alternativas, não há meio termo: ou a Constituição é a lei suprema, inalterável por meios ordinários, ou se encontra no mesmo nível das leis, e, portanto, como qualquer delas, pode reformar-se ou deixar-se sem efeito sempre que o congresso [assim] entender. Se é certa a primeira alternativa, então uma lei contrária à Constituição não é lei; mas se, ao contrário, é verdadeira a segunda, então as Constituições escritas são intentos absurdos do povo para limitar um poder ilimitável por natureza. (...) [É] princípio, pressuposto, por ser essencial a todas as Constituições escritas, que uma lei contrária à Constituição é nula; e que as cortes, assim como os outros departamentos, estão vinculados a este instrumento”(Estados Unidos. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)<sup>5</sup>

O autor Mauro Cappelletti, entende que o *judicial review* e a “*supremacy of the judiciary*” são frutos diretos dos ensinamentos do Sir Edward Coke, o qual entendia que “tão-só os juízes podiam exercitar aquele poder...”<sup>6</sup>, que de fato seria o poder de controle da “common Law contra os arbítrios do Soberano, de um lado, e do Parlamento, do outro”<sup>7</sup>.

### 1.1.2 Sistema Difuso De Controle Constitucional

Após essa breve introdução ao modelo norte-americano de controle da constitucionalidade, e de expor que no *judicial review* não existe uma corte especial para o tratamento das questões constitucionais “e sim um sistema de apreciação dos debates constitucionais nos níveis judiciários existentes, onde os juízes são personagens ativos e determinantes na interpretação das leis, tendo a

---

<sup>5</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 32.

<sup>6</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial De Constitucionalidade Das Leis No Direito Comparado*. 2ª Edição. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1992, Reimpresso 1999, p.58 e 59.

<sup>7</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial De Constitucionalidade Das Leis No Direito Comparado*. 2ª Edição. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1992, Reimpresso 1999, p.58 e 59.

Suprema Corte a palavra final”<sup>8</sup>, é chegada a hora de tratar do *controle difuso* característico deste sistema.

O *sistema difuso* pode ser compreendido como “aquele em que o poder de controle pertence a todos os órgãos judiciários de um dado ordenamento jurídico, que o exercitam incidentalmente,...”<sup>9</sup>, isto porque “todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, federais ou estaduais, têm, como foi dito, o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais aos casos concretos submetidos a seu julgamento.”<sup>10</sup>

Nesse entendimento, temos que:

“a própria jurisprudência da Suprema Corte entende que não é encarregada da proteção geral contra todas as más ações potenciais nas complicadas tarefas de Governo, sendo a função limitada à resolução de um litígio posto em juízo,...” (Muskrat v. United States, 219 U. S. 346, 356 (1911))<sup>11</sup>.

Ademais, no mesmo sentido, temos o ensinamento de Thomas Cooley, trazido por Alexandre de Moraes na obra *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*, afirmando que “os tribunais não têm autoridade para julgar de questões abstratas, ou questões que lhes não tenham sido presentes em juízo”<sup>12</sup>

Portanto, fica evidente que as questões de constitucionalidade das leis norte-americanas,

“podem ser arguidas apenas *incidenter*, isto é, no curso e por ocasião de um “*case or controversy*”, ou seja, de um concreto processo “comum” (civil ou penal ou de outra natureza) e só na

<sup>8</sup> MORAES, Alexandre de, *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 85 e 86.

<sup>9</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial De Constitucionalidade Das Leis No Direito Comparado*. 2ª Edição. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1992, Reimpresso 1999, p. 67.

<sup>10</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial De Constitucionalidade Das Leis No Direito Comparado*. 2ª Edição. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1992, Reimpresso 1999, p. 76 e 77.

<sup>11</sup> MORAES, Alexandre de, *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 103.

<sup>12</sup> COOLEY, Thomas. *Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 139.

medida em que a lei, cuja constitucionalidade se discute, seja relevante para a decisão do caso concreto.”<sup>13</sup>

O sistema difuso, também conhecido como “Americano”, teve um grande problema para solucionar, o qual estava diretamente ligado a “verdadeiros “contrastes de tendências” entre órgãos judiciários de tipo diverso – que se manifestam, por exemplo, em perigosos contrastes entre os órgãos da justiça ordinária e os da justiça administrativa”<sup>14</sup>, o que também não impediria que ocorresse entre graus diversos dos mesmos órgãos judiciários, como concluiu devidamente o raciocínio o autor Mauro Cappelletti, onde este prosseguiu no seguinte entendimento:

“uma maior inclinação dos órgãos inferiores, compostos usualmente de juízes mais jovens e, portanto, menos ligados a um certo passado, a declarar a inconstitucionalidade de leis que os juízes superiores (e mais velhos) tendem...”<sup>15</sup>

A solução para esta questão de possíveis controvérsias no sistema de aplicabilidade e interpretação das leis norte-americanas foi encontrado no “fundamental princípio do *stare decisis*, por força do qual “*a decision by the highest court in any jurisdiction*”<sup>16</sup>, onde apesar de existir possíveis divergências entre as diferentes Cortes americanas, temos por meio do sistema de impugnação de questões constitucionais, a figura da *Supreme Court* como o órgão superior máximo, tendo a palavra final e vinculatória, de determinado caso concreto, para todos os outros órgãos judiciários, trecho síntese do que foi exposto na obra de Mauro Cappelletti, o qual definiu o princípio supramencionado nas seguintes palavras:

“o princípio do *stare decisis* opera de modo tal que o julgamento de inconstitucionalidade da lei acaba, indiretamente, por assumir uma verdadeira eficácia erga omnes e não se limita então a trazer consigo o puro e simples efeito da não aplicação da lei a um caso concreto

<sup>13</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle...* Op. Cit. p. 102 e 103.

<sup>14</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial De Constitucionalidade Das Leis No Direito Comparado*. 2ª Edição. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1992, Reimpresso 1999, p. 77.

<sup>15</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial De Constitucionalidade Das Leis No Direito Comparado*. 2ª Edição. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1992, Reimpresso 1999, p.77 e 78.

<sup>16</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial De Constitucionalidade Das Leis No Direito Comparado*. 2ª Edição. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1992, Reimpresso 1999, p. 80.

com possibilidade, no entanto, de que em outros casos a lei seja, ao invés, de novo aplicada”<sup>17</sup>.

E completando o raciocínio, o autor faz alusão à “*Dead Law*”, *in verbis*:

“Uma vez não aplicada pela Supreme Court por inconstitucionalidade, uma lei americana, embora permanecendo “on the books”, é tornada “a dead law”, uma lei morta, conquanto pareça que não tenham faltado alguns casos, e de resto excepcionalíssimos, de revivescimento de uma tal lei por causa de uma “mudança de rota” daquela Corte”<sup>18</sup>.

Portanto, podemos concluir que o modelo norte-americano de controle judicial de constitucionalidade das leis, o qual surgiu como fruto da constituinte americana de 1787, tem como objetivo maior, a proteção à lei suprema daquele país, onde “a lei constitucional é “mais forte” do que a lei ordinária”<sup>19</sup>, devendo os juízes, como já foi dito anteriormente, “interpretar o direito” no sentido de dar a prevalência à norma constitucional, e não, àquela inconstitucional.”<sup>20</sup>

## 1.2 MODELO AUSTRIÁCO-ALEMÃO DE CONTROLE

Na Leitura da obra *As Cortes Constitucionais* do autor Louis Favoreu, temos uma breve introdução aos fatores que marcaram o surgimento da mais antiga Corte Constitucional existente, “a que criou o modelo que inspirou as outras Cortes instituídas na Europa.”<sup>21</sup>

<sup>17</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial De Constitucionalidade Das Leis No Direito Comparado*. 2ª Edição. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1992, Reimpresso 1999, p. 81.

<sup>18</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial De Constitucionalidade Das Leis No Direito Comparado*. 2ª Edição. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1992, Reimpresso 1999, p. 81 e 82.

<sup>19</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial De Constitucionalidade Das Leis No Direito Comparado*. 2ª Edição. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1992, Reimpresso 1999, p. 82.

<sup>20</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial De Constitucionalidade Das Leis No Direito Comparado*. 2ª Edição. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1992, Reimpresso 1999, p. 82.

<sup>21</sup> FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy Ed., 2004, p. 41

Na obra o autor nos trás que o Tribunal do Império (*Reichsgericht*) seria um predecessor do sistema de controle constitucional Austríaco, onde “os cidadãos podiam apresentar recursos pela violação de seus direitos constitucionais garantidos; direitos, aliás, enumerados na Constituição e que são ainda hoje a base do controle da constitucionalidade.”<sup>22</sup>

Após a queda da monarquia, foi observada uma lei da Assembleia Nacional Provisória, de 25 de janeiro de 1919, substituindo as funções do Tribunal do Império e posteriormente, com a lei de 14 de setembro de 1919, atribui-se à Alta Corte Constitucional o poder de controle *a priori*, síntese do texto histórico trazido pela obra supramencionada. Seguindo no caminho da criação do modelo austríaco de controle, temos a presença de Hans Kelsen, “criador do controle concentrado de constitucionalidade”<sup>23</sup>, o qual “se tornou o primeiro relator permanente da Corte, após ter sido nomeado como membro, em 1921.”<sup>24</sup>

Como já foi dito acima, o “professor de Direito Público e de Filosofia do Direito da Universidade de Viena”<sup>25</sup>, criou um modelo diferente do adotado nos Estados-Unidos. O modelo concentrado criado por este, diferentemente do difuso, defende a figura de um único órgão a frente do controle de constitucionalidade das leis, onde em defesa da sua criação, Hans Kelsen ressalta que,

“se a Constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir es questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos. Devendo evitar-se uma tal situação, a Constituição apenas pode conferir competência para tal a um determinado órgão jurídico. Um recurso de instância análogo ao processo judicial está excluído quando só existe um órgão diferente dele – p. ex., ao tribunal que tem de aplicar a lei, ou tão-somente a um tribunal especial – pode ser conferida competência para decidir a questão da constitucionalidade de uma lei. Se a Constituição nada preceitua sobre a questão de saber quem há de fiscalizar a constitucionalidade das leis, os órgãos a quem a Constituição confere o poder para aplicar as leis, especialmente os tribunais, portanto, são por isso mesmo feitos competentes para efetuar esse controle. Visto que os tribunais são competentes para aplicar as leis, eles têm de verificar se algo cujo sentido subjetivo é o de ser uma lei também objetivamente tem esse sentido. E só terá esse sentido objetivo quando for conforme a Constituição (...) A

<sup>22</sup> FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy Ed., 2004, p. 41

<sup>23</sup> MORAES, Alexandre de, *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 116

<sup>24</sup> FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy Ed., 2004, p. 42

<sup>25</sup> FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy Ed., 2004, p. 42

situação jurídica é essencialmente diversa quando a Constituição transfere o controle e a decisão da questão de saber se uma lei corresponde às determinações constitucionais que regulam diretamente a legislação para um órgão diferente do legislativo e confere a este órgão competência para anular uma lei que considere inconstitucional. Esta função pode ser confiada a um tribunal especial ou ao tribunal supremo, ou a todos os tribunais. Como já verificamos, ela é confiada a todos os órgãos competentes para aplicar o Direito, e especialmente aos tribunais, quando essa faculdade de controle não é expressamente excluída da sua competência. Se todo tribunal é competente para controlar a constitucionalidade da lei a aplicar por ele a um caso concreto, em regra ele apenas tem a faculdade de, quando considerar a lei como inconstitucional, rejeitar a sua aplicação ao caso concreto, quer dizer, anular a sua validade somente em relação ao caso concreto. A lei, porém, permanece em vigor para todos os outros casos a que se refira e deve ser aplicada a esses casos pelos tribunais, na medida em que estes não afastem também a sua aplicação num caso concreto. Se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional não só em relação a um caso concreto mas em relação a todos os casos a que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito”<sup>26</sup>

Kelsen entendia que o sistema norte-americano era frágil, pois este sistema poderia gerar facilmente um conflito de entendimento entre os órgãos competentes para fiscalizar as leis, ameaçando o poder hierárquico da própria Constituição.

Podemos ver este fato nas seguintes palavras do doutrinador supra:

“A desvantagem dessa solução consiste no fato de que os diferentes órgãos aplicadores da lei podem ter opiniões diferentes com respeito à constitucionalidade de uma lei e que, portanto, um órgão pode aplicar a lei por considerá-la constitucional, enquanto outro lhe negará aplicação com base na sua alegada inconstitucionalidade. A ausência de uma decisão uniforme sobre a questão da constitucionalidade de uma lei, ou seja, sobre a Constituição estar sendo violada ou não, é uma grande ameaça à autoridade da própria Constituição.”<sup>27</sup>

Em seu texto, Quem deve ser o guardião da Constituição, Kelsen nos trás o contraponto de entendimento a respeito de quem deveria ser legitimado

<sup>26</sup> MORAES, Alexandre de, *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*: garantia suprema da constituição. São Paulo: Atlas, 2000, p. 116 e 117. Apud, KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1985. P. 288-290.

<sup>27</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 303

para tal controle, expondo o entendimento de Carl Schmitt, doutrinador alemão, “para quem o controle deveria ficar a cargo do Presidente do Reich.”<sup>28</sup>

Schmitt entendia que “a Constituição de Weimar é uma decisão política do povo alemão unitário enquanto detentor do poder constituinte”<sup>29</sup>, o que seria ao entender de Kelsen, “o principal suporte da tese do presidente do Reich como guardião da Constituição.”<sup>30</sup>

A Corte sofreu algumas modificações na estrutura e na organização em 1925 e em 1929, tendo nesta última o marco da saída de Kelsen. Em 1933 após o golpe de estado, a Corte foi fechada e em 1934, com uma nova Constituição, foi substituída pela Corte Federal. Após a ocupação do território nacional da Áustria pela Alemanha, a Corte sofreu de um esquecimento, sendo suprimida em 13 de março de 1938, sendo reformulada somente em 12 de outubro de 1945 por uma Lei Constitucional que inseriu o artigo 48 na Constituição provisória.<sup>31</sup>

Já na Alemanha Federal, o processo de criação de uma jurisdição constitucional teve início com a Lei Fundamental de 8 de maio de 1949. Isto ocorreu devido a falha do legislador, na época do nacional-socialismo, de garantir os direitos fundamentais, o que fez os constituintes aceitarem e aplicarem o modelo Kelseniano, criando pela Lei de 12 de março de 1951, um Tribunal Constitucional que começou os trabalhos no mesmo ano da lei ora mencionada.<sup>32</sup>

Portanto, ao contrário do que é visto no sistema americano de controle difuso, o sistema criado pelo Kelsen adotava a concentração do poder de revisão constitucional para um órgão ad hoc.

### 1.2.1 Sistema Concentrado De Controle De Constitucionalidade

O sistema austríaco de controle foi elaborado pelo doutrinador Hans Kelsen, fato este já referendado anteriormente, o qual o elaborou em uma doutrina

<sup>28</sup> MORAES, Alexandre de, *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*: garantia suprema da constituição. São Paulo: Atlas, 2000, p. 117

<sup>29</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.280

<sup>30</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.280

<sup>31</sup> FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy Ed., 2004, p.42

<sup>32</sup> FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy Ed., 2004, p. 59



totalmente oposta à adotada pelo sistema “difuso”. Excluiu-se o raciocínio adotado por Marshall e outros juízes da Suprema Corte Americana, o qual se baseava em um sistema fracionado de análise dos casos concretos, de mera interpretação, aplicação ou não da lei.<sup>33</sup>

Portanto, “no sistema austríaco de controle de constitucionalidade, os juízes e tribunais carecem de competência jurisdicional para, mediante um caso concreto, declarar a inconstitucionalidade de determinada norma.”<sup>34</sup>

O Tribunal Constitucional da Áustria teve desde sua criação, sua atuação restringida, “uma vez que somente poderá declarar a inconstitucionalidade quando for provocado por um dos co-legitimados, salvo quando, para decidir determinado processo de sua competência, precisar analisar a constitucionalidade da lei.”<sup>35</sup>

Cappelletti ao tratar desta questão da limitação da Corte supra, nos trás que “a Constituição austríaca confiou a esta Corte um poder de controle que, para ser exercido, necessitava de um pedido especial (*Antrag*), isto é, do exercício de uma ação especial por parte de alguns órgãos políticos.”<sup>36</sup>

A constituição Austríaca previa que entre os Governos Federais e Regionais, e suas leis, só poderia ocorrer uma análise de inconstitucionalidade da lei de um desses, se por parte do outro ocorresse uma ação direta interposta ad hoc.<sup>37</sup>

Deste fato temos as seguintes palavras da doutrina de Raul Machado Horta, trazidas em teor de síntese por Alexandre de Moraes:

“o Constituinte austríaco de 1920, sob a inspiração de Hans Kelsen, optando pela organização federal, cuja adoção reclamou um lógico e racional processo técnico-jurídico de adaptação, confiou ao Tribunal Constitucional a missão de defender a inviolabilidade do texto

<sup>33</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial De Constitucionalidade Das Leis No Direito Comparado*. 2ª Edição. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1992, Reimpresso 1999, p.84

<sup>34</sup> MORAES, Alexandre de, *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. Garantia Suprema Da Constituição. São Paulo: Atlas S.A., 2000, p. 124

<sup>35</sup> MORAES, Alexandre de, *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. Garantia Suprema Da Constituição. São Paulo: Atlas S.A., 2000, p. 125

<sup>36</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial De Constitucionalidade Das Leis No Direito Comparado*. 2ª Edição. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1992, Reimpresso 1999, p.104

<sup>37</sup> MORAES, Alexandre de, *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. Garantia Suprema Da Constituição. São Paulo: Atlas S.A., 2000, p. 125

constitucional, ao qual se subordinavam tanto a legislação do governo provincial (*landesregierung*), como a do governo federal, para manter a efetividade suprema e política da Constituição Federal”.<sup>38</sup>

Não podemos esquecer a tentativa de se aplicar o modelo norte-americano de controle na Alemanha, como salienta Louis Favoreu,

“*Na Alemanha*, sob o regime da Constituição de Weimar, os juízes ordinários, autorizados pelo artigo 102 da Constituição, aceitaram verificar a constitucionalidade formal das leis a partir de uma decisão do Tribunal do Reich de 4 de novembro de 1925; entretanto não ousaram formular regras sobre a constitucionalidade da lei e principalmente sobre a proteção dos direitos fundamentais”.<sup>39</sup>

E por não ocorrer a proteção dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição, onde os juízes ordinários ficaram inertes às violações feitas pelo Parlamento à Constituição, ocorreu uma aproximação inevitável com as teses de controle de Kelsen no período de pós guerra.”<sup>40</sup>

Em 1929 a Constituição austríaca sofreu uma reforma no seu art. 140, acrescentando no rol de legitimados para requerer o controle de constitucionalidade dois órgãos judiciários, o *Oberster Gerichtshof*, ou seja, à Corte Suprema para as causas civis e penais, e o *Verwaltungsgerichtshof*, ou seja, à Corte Suprema para as causas administrativas. Estes órgãos judiciários, diferentemente dos políticos, só podem arguir perante a Corte de Constitucional austríaca a questão de constitucionalidade “em via incidental” ou “de exceção”, que em suma é a possibilidade de através de um processo ordinário, em andamento perante estes, de se remeter a questão de constitucionalidade.<sup>41</sup>

Capelletti ao tratar do sistema de controle de constitucionalidade criado a partir da Novelle de 1929, entendeu que sob o aspecto “modal”, este controle não seria nem difuso e nem concentrado, mas sim um controle híbrido,

<sup>38</sup> MORAES, Alexandre de, *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. Garantia Suprema Da Constituição. São Paulo: Atlas S.A., 2000, p. 125. Apud, HORTA, Raul Machado. Estudos de direito constitucional. Belo Horizonte : Del Rey, 1995, p. 173

<sup>39</sup> FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy Ed., 2004, p.19.

<sup>40</sup> FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy Ed., 2004, p.19.

<sup>41</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial De Constitucionalidade Das Leis No Direito Comparado*. 2ª Edição. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1992, Reimpresso 1999, p.105 e 106.

concluindo que nele se não pode ser encontrado qualidades, também não pode ser encontrado defeitos aparentes.<sup>42</sup>

A partir da Constituição de Bonn de 1949, teve-se na Alemanha, como já foi mencionado anteriormente, o início da jurisdição constitucional, o qual não pode ser afastado do modelo austríaco de controle, uma vez que aos juízes comuns não é permitido efetuar um controle de constitucionalidade das leis, porém há uma aproximação clara com o modelo norte-americano do *judicial review*, porque apesar dos juízes comuns na Alemanha não poderem efetuar o controle direto de constitucionalidade como nos Estados-Unidos, estes podem dirigir-se à Corte Constitucional para questionar as leis atreladas aos casos concretos sob seu julgamento.<sup>43</sup>

### 1.3 MODELO FRANCÊS DE CONTROLE

Para entender o modelo Francês de controle de constitucionalidade nós temos que entender que, diferentemente dos modelos norte-americano e austríaco, este não se baseia em uma esfera judicial de controle de constitucionalidade, más sim em uma esfera política de controle.<sup>44</sup>

O fator histórico que define esta característica política de controle na França está entrelaçada com a Revolução Francesa de 1789, onde os participantes desta, objetivando garantir os direitos dos cidadãos contra as ações do monarca, entenderam que seria necessário a consolidação de uma Constituição, porém, não imaginaram naquele momento a necessidade de criação de um órgão criado na função de fiscalizar a constitucionalidade das leis.<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial De Constitucionalidade Das Leis No Direito Comparado*. 2ª Edição. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1992, Reimpresso 1999, p. 106

<sup>43</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial De Constitucionalidade Das Leis No Direito Comparado*. 2ª Edição. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1992, Reimpresso 1999, p. 108, 109 e 110.

<sup>44</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial De Constitucionalidade Das Leis No Direito Comparado*. 2ª Edição. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1992, Reimpresso 1999, p. 26 e 27

<sup>45</sup> MORAES, Alexandre de, *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 136. Apud. BON, Pierre. La Légitimité du conseil constitutionnel français. In: Vários autores. Legitimidade e legitimação da justiça constitucional. Coimbra : Coimbra Editora, 1995. P. 140; TROPER, Michel. Justice

Deste fato podemos tomar como base o que foi trazido por Cappelletti, quando este diz que,

“Todas as vezes que, nas Constituições francesas, se quis inserir um controle da conformidade substancial das leis ordinárias em relação á norma constitucional, este controle foi confiado, de fato, a um órgão de natureza, decididamente, não judiciária.”<sup>46</sup>

Ademais ele conclui o raciocínio nas seguintes palavras:

“Assim aconteceu nas Constituições dos dois Napoleões, isto é, a de 22 de frimário do ano VIII (13 de dezembro de 1799), a qual, nos artigos 25-28, confiava o controle do *Sénat Conservateur*, e a de 14 de janeiro de 1852, a qual, nos artigos 25-28, confiava o controle ao *Sénat*; e, igualmente, aconteceu na Constituição da IV República, de 27 de outubro de 1946, que confiava ao Comité Constitutionnel um muito limitado poder de controle preventivo - isto é exercitável apenas antes da promulgação - da legitimidade constitucional das leis.”<sup>47</sup>

Este afastamento por parte dos revolucionários franceses da magistratura ocorreu pela desconfiança que esta conquistou na época do *ancien régime*, pois sempre teve uma posição contrária às possíveis reformas administrativas da monarquia, estabelecendo-se como uma ferramenta de defesa do antigo regime.<sup>48</sup>

Podemos dizer que os revolucionários adotaram como fonte ideológica o pensador Montesquieu em sua doutrina da separação dos poderes, a qual negava a possibilidade de intervenção por parte dos juízes na esfera do poder legislativo<sup>49</sup>, não esquecendo do absorvimento da ideia de Rousseau, quando este

---

constitutionnelle et démocratie. Revue Française de Droit Constitutionnel. Paris : Presses Universitaires de France, p. 31, 1990.

<sup>46</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial De Constitucionalidade Das Leis No Direito Comparado*. 2ª Edição. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1992, Reimpresso 1999, p.94 e 95.

<sup>47</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial De Constitucionalidade Das Leis No Direito Comparado*. 2ª Edição. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1992, Reimpresso 1999, p. 95.

<sup>48</sup> MORAES, Alexandre de, *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 137.

<sup>49</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial De Constitucionalidade Das Leis No Direito Comparado*. 2ª Edição. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1992, Reimpresso 1999, p.97.

defende a soberania da lei, conseqüentemente do Parlamento, pois estes representam, de fato, a manifestação da soberania popular.<sup>50</sup>

No início do sec. XX, vamos observar na França um posicionamento favorável à criação de um órgão que exercesse a função de controle constitucional, tendo em 1919, em uma escala considerável, o recebimento, durante a eleição legislativa, de algumas propostas sobre este tema. Porém, somente em 1946, a nova Constituição francesa criou um Comitê com um status diferenciado e com previsão de uma jurisdição constitucional. Este comitê criado *ad hoc*, tinha seu exercício de fiscalização da lei garantido pelo art. 93 da Constituição francesa de 1946, que previa que a lei deveria ser encaminhada à Assembleia Nacional para nova deliberação, devendo a lei permanecer não promulgada até que esta sofresse a alteração constitucional adequada.<sup>51</sup>

Sobre o modelo adotado na França na atualidade, temos que “a consagração jurídica e política do controle de constitucionalidade na França ocorreu com a promulgação da Constituição da 5ª República, de 4-10-1958”<sup>52</sup>, onde o controle de constitucionalidade era confiado somente em via preventiva ao *Conseil Constitutionnel*. Esta solução verificada na França, apesar de às vezes admitir um controle político, sempre excluiu um verdadeiro e eficaz controle jurisdicional de constitucionalidade,<sup>53</sup> - motivo da desconfiança histórica sobre o magistrado francês exposto anteriormente, quando comentado a revolução francesa.

Cappelletti faz um resumo do fatores norteadores do pensamento francês de controle de constitucionalidade, expondo o que sempre foi tomado como prioridade pelos pensadores e doutrinadores franceses, portanto, que se faça presente neste estudo o seguinte trecho da obra do autor supra:

“Evidentemente, a exigência prática prevalente, sentida na história francesa de mais de um século e meio até hoje, foi a de assegurar, especialmente mediante o glorioso instituto do Conseil d’Etat, uma

<sup>50</sup> MORAES, Alexandre de, *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 136 e 137.

<sup>51</sup> MORAES, Alexandre de, *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 138.

<sup>52</sup> MORAES, op. cit., p. 138.

<sup>53</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial De Constitucionalidade Das Leis No Direito Comparado*. 2ª Edição. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1992, Reimpresso 1999, p.94 e 95.

<sup>53</sup> Idem, ibdem. P. 95 e 96

tutela contra as ilegalidades e os abusos do poder executivo, e também, especialmente através da Cour de Cassation, contra os excessos do poder legislativo. E até, quando, com a Constituição de 1958, se quis por um fortíssimo limite aos poderes do Parlamento, isto se fez aumentando os poderes do Executivo e sobre tudo os do Chefe de Estado, antes que os do Judiciário.”<sup>54</sup>

Com o passar dos anos, o papel do Conselho Constitucional evoluiu de um órgão controlador do Parlamento, para exercer fundamentalmente uma proteção aos direitos fundamentais expressos na Constituição, como bem expôs Alexandre de Moraes, in verbis:

“Assim, se em seu nascedouro, na Constituição de 1958, o Conselho Constitucional foi concebido como um órgão controlador do Parlamento, durante sua evolução, passou a exercer mais efetivamente um controle preventivo geral da constitucionalidade das leis, e, basicamente, a proteção dos direitos fundamentais.”<sup>55</sup>

Tomando como base a decisão 71-44 DC, de 16-7-1971, onde o Preâmbulo Constitucional foi reconhecido de pleno valor pelo Conselho Constitucional, o mesmo autor finaliza:

“Portanto, após a citada decisão, a proteção dos direitos fundamentais tornou-se a primeira e mais importante função do controle da constitucionalidade das leis, passando a jurisdição constitucional, de certa maneira, de um controle preventivo de constitucionalidade exercido para o interesse dos poderes públicos e em particular do poder Executivo, para um controle de constitucionalidade protetivo dos interesses dos cidadãos.”<sup>56</sup>

Sobre o preâmbulo supramencionado temos que este,

“contém dois elementos: primeiro, ele refere-se aos, “princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República”; segundo, a enumeração, em dezena de alíneas, dos novos direitos ou princípios, habitualmente chamados de “princípios políticos, econômicos e

<sup>54</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial De Constitucionalidade Das Leis No Direito Comparado*. 2ª Edição. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1992, Reimpresso 1999, p.98 e 99.

<sup>55</sup> MORAES, Alexandre de, *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 138

<sup>56</sup> Idem, ibdem. P. 139.

sociais, particularmente necessários ao nosso tempo”, entre os quais estão o direito á saúde, o direito à moradia, o direito a greve etc.”<sup>57</sup>

Finalizando a questão do Preâmbulo da Constituição de 1958, que por sua vez remetia ao Preâmbulo da Constituição de 1946, temos que ele foi aplicado pela primeira vez em uma decisão em 15 de janeiro de 1975.<sup>58</sup>

### 1.3.1 Sistema Político-Jurídico De Controle Constitucional

Fazendo um breve resumo do que foi trabalhado nas linhas anteriores, temos que na França o sistema foi formulado historicamente com uma visão mais pra esfera política do que judiciária, onde sempre se priorizou a defesa dos interesses do corpo legislativo e executivo do país, porém atualmente pode-se ver uma maior atuação jurídica no processo de revisão constitucional, o que resultou do que foi afirmado pelo Preâmbulo da Constituição de 1958, o qual remetia ao da Constituição de 1946, quando este foi afirmado como norma constitucional em 1971.

Sobre o modelo Francês de controle de constitucionalidade, afirma Alexandre de Moraes que o Conselho Constitucional francês exerce dupla função, sendo a primeira eminentemente política, exercendo preventivamente o controle de constitucionalidade em meio ao processo legislativo. Já a segunda, está diretamente ligada à função jurídica, quando se realiza o controle repressivo de constitucionalidade.<sup>59</sup>

Portanto, para melhor compreender essas duas funções típicas deste sistema, devemos fazer um breve estudo de cada uma.

### 1.3.2 Do Controle Preventivo

O controle *a priori* na França é exercido pelo poder legislativo e executivo, sendo então denominado de controle preventivo político, onde art. 41 da

<sup>57</sup> FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy Ed., 2004, p.98.

<sup>58</sup> FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy Ed., 2004, p.98..

<sup>59</sup> MORAES, Alexandre de, *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 147.

Constituição delibera um controle preventivo passível de ser desenvolvido durante o processo legislativo pelo Conselho Constitucional. Defini-se como preventivo este ato, porque este é realizado quando uma norma ainda está em meio ao processo de formulação e adaptação anterior à sua entrada em vigor. Temos que nestes casos, desde que ocorra a provocação por parte de um dos Presidentes das Casas Legislativas, o Conselho Constitucional terá a possibilidade de análise sobre um projeto de ato normativo e a constitucionalidade atrelada a este.<sup>60</sup>

Sobre o ato normativo votado e aprovado na esfera legislativa, quando não promulgado, vamos ter que o Presidente da República, o Primeiro Ministro, o presidente da Assembleia Nacional, o Presidente do Senado Federal, ou, em iniciativa conjunta, o total de sessenta deputados ou sessenta senadores, são legítimos para provocar o Conselho Constitucional, tendo este um prazo de um mês para se pronunciar e quando o pedido advenha do Governo na forma de urgência, passará o prazo a ser de oito dias, ficando a promulgação da lei impugnada suspensa em seu prazo.<sup>61</sup>

Sobre o controle francês de constitucionalidade e o modelo europeu em sua maioria, João Aurino de Melo Filho, entende em seu texto que,

“Diferentemente da corte constitucional preconizada no modelo europeu, a corte francesa não faz o controle de leis após sua eficácia, o controle de constitucionalidade é realizado antes da eficácia da lei, sendo obrigatório para leis complementares e facultativo para leis ordinárias, as quais, após publicação, permanecem sem eficácia por trinta dias, após esse prazo, se não houver alegação de inconstitucionalidade, a lei passa a ter eficácia. O controle exclusivamente *a priori* é a característica marcante e inovadora do modelo francês.”<sup>62</sup>

Concluindo o raciocínio, o autor supra estabelece que,

<sup>60</sup> FILHO, João Aurino de Melo. *Modelos de controle de constitucionalidade no direito comparado*. In: Jus Navigandi, março de 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11158/modelos-de-controle-de-constitucionalidade-no-direito-comparado/2#ixzz2WQxGZC73>>. Acesso em junho de 2013.

<sup>61</sup> MORAES, Alexandre de, *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 145.

<sup>62</sup> FILHO, João Aurino de Melo. *Modelos de controle de constitucionalidade no direito comparado*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11158/modelos-de-controle-de-constitucionalidade-no-direito-comparado/2#ixzz2WQxGZC73>>. Acesso em junho de 2013.



“O Poder Judiciário, desta forma, não detém competência para o controle, abstrato ou difuso, de constitucionalidade, na França, sendo essa competência exclusiva do *Conseil Constitutionnel*, órgão político e autônomo, não vinculado ao Executivo, Legislativo ou Judiciário.”<sup>63</sup>

Portanto, fica mais que evidente que o sistema de controle exercido pelo Conselho Constitucional tem um caráter de prevenção à uma possível promulgação de uma norma inconstitucional, onde fica exposto o caráter não judicial do controle exercido.

### 1.3.3 Do Controle Repressivo

Neste tipo de controle, o que antes era objeto de análise, ou seja, o projeto de lei na esfera do controle preventivo, deixa de ser o foco, abrindo espaço para a análise de constitucionalidade de uma lei já formada.<sup>64</sup>

O art. 37.2 da Constituição francesa, diferente de todos contidos na carta magna deste país, deu início a um pensamento repressivo de controle de constitucionalidade, pois pela primeira vez foi previsto a possibilidade de um regulamento, o qual deveria ter como base matéria diversa das do domínio da lei, que tenha entrado em vigor após a Constituição, poderiam ser modificados por decreto quando o Conselho Constitucional aferisse o caráter regulamentar dos mesmos.<sup>65</sup>

Porém, somente em 23 de julho de 2008, com a reforma constitucional, foi integrado ao sistema francês um controle repressivo de constitucionalidade das leis, tendo seu alicerce na questão prioritária de constitucionalidade (QPC), a qual pode ser levantada mediante qualquer processo administrativo ou judicial. A previsão deste novo instituto esta no artigo 61-1,

<sup>63</sup>FILHO, João Aurino de Melo. *Modelos de controle de constitucionalidade no direito comparado*. In: Jus Navigandi, março de 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11158/modelos-de-controle-de-constitucionalidade-no-direito-comparado/2#ixzz2WQxGZC73>>. Acesso em junho de 2013.

<sup>64</sup>JUNIOR, Jair Brandão. *Controle de constitucionalidade preventivo e repressivo*. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1730/1649>>. Acesso em junho de 2013.

<sup>65</sup>MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 146

acrescentado à Constituição Francesa de 1958 pela reforma supramencionada, o qual garante o poder de revisão da lei aprovada e em vigor, quando esta viole os direitos e as liberdades constitucionais.<sup>66</sup>

Segundo Dirley da Cunha Júnior, em um artigo por ele elaborado, definiu o funcionamento da QPC nas seguintes palavras:

“A questão prioritária de constitucionalidade pode ser levantada durante qualquer processo perante uma jurisdição administrativa (no âmbito do Conselho de Estado) ou judicial (no âmbito do Tribunal de Cassação). A questão pode ser agitada em primeira instância, em sede de apelação ou de cassação. Jamais, porém, diretamente no Conselho Constitucional. O tribunal que conhecer da questão procederá imediatamente a um primeiro exame, para aferir se a questão prioritária é admissível e se cumpre os critérios estabelecidos pela lei orgânica. Se estas condições forem cumpridas, o tribunal encaminhará a questão prioritária de constitucionalidade ao Conselho de Estado (órgão de cúpula da jurisdição administrativa) ou ao Tribunal de Cassação (órgão de cúpula da jurisdição judicial), conforme se trate, respectivamente, de jurisdição administrativa ou judicial. O Conselho de Estado ou o Tribunal de Cassação procederá a um exame mais aprofundado da questão prioritária de constitucionalidade e decidirá se a remete ou não ao Conselho Constitucional.”<sup>67</sup>

Para melhor entendimento do atual sistema repressivo de controle de constitucionalidade francês, faz-se necessário a leitura do que dispõe o artigo 61.1, trazido pelo João Mendes, traduzido para língua portuguesa, *in verbis*:

“Quando, num processo pendente num tribunal, for alegado que uma disposição legislativa atenta contra os direitos e liberdades garantidos pela Constituição, pode essa questão ser submetida ao Conseil constitutionnel, através de um reenvio do Conseil d’État ou da

---

<sup>66</sup> JÚNIOR, Dirley da Cunha. *O controle de Constitucionalidade na França e as alterações advindas da Reforma Constitucional de 23 de julho de 2008*. Disponível em: <[http://www.portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/O\\_Controlde\\_Constitucionalidade\\_na\\_Franca\\_e\\_as\\_Alteracoes\\_advindas\\_da\\_Reforma\\_Constitucional\\_de\\_23\\_de\\_julho\\_de\\_2008.pdf](http://www.portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/O_Controlde_Constitucionalidade_na_Franca_e_as_Alteracoes_advindas_da_Reforma_Constitucional_de_23_de_julho_de_2008.pdf)>. Acesso em junho de 2013.

<sup>67</sup> JÚNIOR, Dirley da Cunha. *O controle de Constitucionalidade na França e as alterações advindas da Reforma Constitucional de 23 de julho de 2008*. Disponível em: <[http://www.portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/O\\_Controlde\\_Constitucionalidade\\_na\\_Franca\\_e\\_as\\_Alteracoes\\_advindas\\_da\\_Reforma\\_Constitucional\\_de\\_23\\_de\\_julho\\_de\\_2008.pdf](http://www.portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/O_Controlde_Constitucionalidade_na_Franca_e_as_Alteracoes_advindas_da_Reforma_Constitucional_de_23_de_julho_de_2008.pdf)>. Acesso em junho de 2013.

Cour de cassation, que se pronuncia dentro de uma prazo determinado.”<sup>68</sup>

Desta forma, podemos concluir que o controle francês de constitucionalidade, como afirmou Alexandre de Moraes, em trecho trabalhado anteriormente, exerce dupla função, sendo a primeira relacionada com o controle preventivo e a segunda que seria o controle repressivo atual.

#### 1.4 MODELO CANADENSE DE CONTROLE

A Carta Canadense de Direitos e Liberdades de 1982 estabeleceu em seu art. 33 a famosa “cláusula não obstante”, a qual tornou relativo o controle a ser exercido pelo Judiciário, pois apesar desse efetuar tal função, esta poderia não gerar efeitos por um determinado lapso temporal.<sup>69</sup>

Sobre esta cláusula temos as seguintes palavras de Paulo Gustavo Gonet Branco:

“Por ela, o Parlamento Federal e também o legislador local, conforme seja a fonte da lei, podem declarar que o ato normativo será eficaz, não obstante a colisão com um preceito da Carta. Dessa forma, mesmo que os Tribunais proclamem a inconstitucionalidade da lei, a Casa Legislativa que a promulgou pode-se valer da “cláusula do não obstante” e tornar superada a decisão judicial. A cláusula tem validade restrita no tempo, prolongando-se por cinco anos. Ao término do prazo, a cláusula deixa de valer e o ato legislativo judicialmente censurado deixa de operar, salvo se o Parlamento a reiterar expressamente por outro quinquênio.”<sup>70</sup>

Além desse instrumento de controle, temos no Canadá um sistema onde há uma permissão ao Poder Executivo de realizar consultas à Suprema Corte,

<sup>68</sup> MENDES, João. *Controle de constitucionalidade: Modelo Francês e a Questão Prioritária de Constitucionalidade*. Disponível em: <<http://professorjoaomendes.com.br/blog/?p=190>>. Acesso em junho de 2013.

<sup>69</sup> PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. *Supremacia judicial e controle de constitucionalidade*. Disponível em: <<http://www.politano.com.br/userfiles/file/SUPREMACIA%20JUDICIAL%20E%20CONTROLE%20DE%20CONSTITUCIONALIDADE.pdf>>. Acesso em junho de 2013

<sup>70</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Experiências no controle de constitucionalidade – O diálogo institucional canadense e a Constituição Brasileira de 1937*. Direito público, 2010. p. 59

a qual de forma não vinculante, pronuncia-se previamente acerca de matérias capazes de gerar alguma controvérsia constitucional.<sup>71</sup>

A exemplo do fato supra, temos um *leading case* muito utilizado pela doutrina, o qual expõe a ideia adotada pelo Canadá. Este caso paradigma foi trazido nas seguintes palavras pelo José Guilherme Berman C. Pinto:

“Foi o que aconteceu, por exemplo, quando se discutiu a aprovação de uma lei federal que tornasse possível a união entre pessoas do mesmo sexo. A matéria foi objeto de intensa polêmica, na medida em que cada província era competente por estabelecer as normas referentes a matrimônio, sendo que a Columbia Britânica, Ontário e Quebec, as mais populosas do país, decidiram permitir a união homoafetiva, enquanto as demais permaneciam vedando tal prática. O Governo Federal, em vez de aguardar um pronunciamento da Suprema Corte acerca da constitucionalidade ou não de tais leis, optou por submeter àquele órgão jurisdicional uma consulta, indagando se uma norma federal que tornasse legal a união entre pessoas do mesmo sexo em todo o território canadense seria constitucional. Em uma decisão unânime, afirmou-se a constitucionalidade de tal medida, o que abriu as portas para a aprovação do Civil Marriage Act, em 20 de julho de 2005”<sup>72</sup>

O *weak judicial review* ou sistema fraco de controle jurisdicional, tem em seu bojo a função preservativa dos atos do judiciário, impedindo que este elabore decisões arbitrárias capazes de atingir toda uma sociedade. A ideia que fortalece a base dessa espécie de controle está ligada a busca de evitar que ocorra um isolamento por parte do magistrado da comunidade, sem que este interaja com os outros poderes do Estado, e em maior preocupação, que este se afaste do povo, sendo este a fonte de toda a legitimidade para a sua atuação, devendo este ouvir a opinião das diferentes camadas sociais, sobretudo das minorias, para que se possa

---

<sup>71</sup> MACHADO, Henrique Pandim Barbosa. *Weak form of judicial review* - Apontamentos sobre o controle de constitucionalidade no Canadá, Nova Zelândia, Israel e Inglaterra. Disponível em: <[http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs\\_3/2-Artigo36\\_Revista24OKeletronica\\_Layout%201.pdf](http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_3/2-Artigo36_Revista24OKeletronica_Layout%201.pdf)>. Acesso em junho de 2013

<sup>72</sup> PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. *Supremacia judicial e controle de constitucionalidade*. In: politano. Disponível em: <<http://www.politano.com.br/userfiles/file/SUPREMACIA%20JUDICIAL%20E%20CONTROLE%20DE%20CONSTITUCIONALIDADE.pdf>>. Acesso em: junho de 2013. Apud, HOGG, Peter W. Canada: The Constitution and Same Sex Marriage. *International Journal of Constitutional Law*, v. 4, n. 3, 2006.

chegar a um entendimento capaz de fomentar uma decisão mais próxima da justa possível.<sup>73</sup>

Outra questão, e esta para finalizar o estudo do modelo canadense, que influenciou e dá força ao modelo brando é a que envolve a *countermajoritarian difficulty*, instituto bem observado e analisado pelo doutrinador Luis Roberto Barroso nas seguintes palavras:

“Sustenta-se que os agentes do Executivo e do Legislativo, além de ungidos pela vontade popular, sujeitam-se a um tipo de controle e responsabilização política de que os juízes estão isentos. Daí afirmar-se que o controle judicial da atuação dos outros Poderes dá lugar ao que se denominou de “countermajoritarian difficulty” (dificuldade contramajoritária). Notadamente os segmentos conservadores têm questionado o avanço dos tribunais sobre os espaços que, segundo crêem, deveriam ficar reservados ao processo político.”<sup>74</sup>

Abordaremos este tema de forma mais profunda no último capítulo, quando entrarmos no debate do controle brasileiro de constitucionalidade.

---

<sup>73</sup> MACHADO, Henrique Pandim Barbosa. *Weak form of judicial review* - Apontamentos sobre o controle de constitucionalidade no Canadá, Nova Zelândia, Israel e Inglaterra. Disponível em: <[http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs\\_3/2-](http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_3/2-Artigo36_Revista24OKeletronica_Layout%201.pdf)

Artigo36\_Revista24OKeletronica\_Layout%201.pdf>. Acesso em junho de 2013

<sup>74</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996.p. 157.

## EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONSIDERAÇÕES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

### 2.1 INTRODUÇÃO ÀS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS E SUAS DIFERENTES PERSPECTIVAS DE CONTROLE CONSTITUCIONAL.

Na Constituição de 1824, a imperial, não existia nada que tratasse da questão de controle constitucional, tendo em tese “a concepção inglesa da supremacia do parlamento e francesa da supremacia da lei.”<sup>75</sup>

“Em seu art. 15, nºs 8º e 9º, outorgava ao Poder Legislativo a atribuição de fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las, bem como *velar na guarda da Constituição*. Consagrava-se, assim, no Direito Constitucional brasileiro, menos em termos ideais, a supremacia do Parlamento, e não a da Constituição.”<sup>76</sup>

O controle de constitucionalidade foi trazido pela primeira vez no regime republicano, o qual inaugurou um novo pensamento sobre tal temática. Este novo norte no direito brasileiro teve como base inicial, o *judicial review*, que estava sendo aplicado no direito norte-americano, o qual influenciou doutrinadores fundamentais da época, como Rui Barbosa, ajudando a firmar o controle difuso americano na Constituição Provisória de 1890.<sup>77</sup>

Versando sobre a necessidade inicial de garantir ao Supremo Tribunal Federal a legitimidade deste para atuar em certos casos na esfera constitucional, Gilmar Ferreira Mendes explica que,

“A Constituição de 1891 incorporou essas disposições, reconhecendo a competência do Supremo Tribunal Federal para rever as sentenças das Justiças dos Estados, em última instância,

<sup>75</sup> LAMY, Marcelo. *Sistema Brasileiro de Controle da Constitucionalidade*. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/diretor/controledaconstitucionalidade.pdf>>. Acesso em: junho de 2013

<sup>76</sup> BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. 3ª edição. São Paulo.; Renovar, 2010.p. 122. Apud. MENDES, Gilmar Ferreira. A evolução do direito constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei, *in* Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade, Ed. Cit., p. 229/230.

<sup>77</sup> BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. 3ª edição. São Paulo.; Renovar, 2010.p. 122 e 123.

quando se questionasse a validade ou a aplicação de tratados e leis federais e a decisão do Tribunal fosse contra ela, ou quando se contestasse a validade de leis ou atos federais, em face da Constituição ou das leis federais e a decisão do Tribunal considerasse válidos esses atos ou leis impugnadas (art. 59, § 1º a e b).”<sup>78</sup>

Ao entender do autor supra, a representação interventiva foi o instrumento que poderia ser adotado como o predecessor do sistema de controle constitucional adotado no Brasil, tendo como base neste sistema, as intervenções de iniciativa do Procurador-Geral da República, o qual detinha a legitimidade de iniciar um processo especial perante o Supremo Tribunal Federal, como estabelecido em lei.<sup>79</sup>

Com a Lei federal nº 221, de 20 de novembro de 1894, ocorreu à implantação de fato do controle difuso norte-americano, como se vê em seu artigo 13, §10º: “Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos correntes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”.<sup>80</sup>

A constituição de 1891 teve sua redação alterada pela emenda constitucional de 1926, onde no tocante à Justiça Federal e sua competência, artigos 59 e 60 da Carta Magna, ocorreu a substituição do texto pretérito, passando a afirmar no parágrafo primeiro a redação que possibilitou recurso ao Supremo Tribunal Federal, exposta nos seguintes termos:

“§1º. Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a vigência, ou a validade das leis federais em face

<sup>78</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. - 3ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2004, p. 190

<sup>79</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha* - 5ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2005, p. 64 a 85 e MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. - 3ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2004, p. 189 a 225

<sup>80</sup> BRASIL. *Lei nº 221, de 20 de Novembro de 1894*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-221-20-novembro-1894-540367-publicacaooriginal-40560-pl.html>>. Acesso em: junho de 2013.

da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar aplicação...”<sup>81</sup>

Alguns artigos trazidos na Constituição de 1934 foram capazes de inovar o que já vinha sendo aplicado no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade<sup>82</sup>.

“Art. 76 - A Corte Suprema compete: (...) III - em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância: (...) b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnada; (...) Art. 78 - A lei criará Tribunais federais (...) Parágrafo único - Caberá recurso para a Corte Suprema, sempre que tenha sido controvertida matéria constitucional e, ainda, nos casos de denegação de habeas corpus. (...) Art. 81 - Aos Juizes federais compete processar e julgar, em primeira instância: (...) b) os pleitos em que alguma das partes fundar a ação ou a defesa, direta e exclusivamente em dispositivo da Constituição;”<sup>83</sup>

Nos artigos supramencionados temos que as leis federais julgadas constitucionais pelos tribunais poderiam ser objeto de recurso extraordinário para o STF<sup>84</sup>. Temos também que somente a maioria dos membros dos tribunais era capaz de efetivar a declaração de inconstitucionalidade, como podemos ver no artigo 179 da referida constituição,

<sup>81</sup> BRASIL. *Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926*. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon\\_sn/1920-1929/emendaconstitucional-35085-3-setembro-1926-532729-publicacaooriginal-15088-pl.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon_sn/1920-1929/emendaconstitucional-35085-3-setembro-1926-532729-publicacaooriginal-15088-pl.html)>. Acesso em: junho de 2013.

<sup>82</sup> MAMEDE, Mateus Lúcio. *Evolução histórica do controle de constitucionalidade no direito brasileiro e o direito comparado*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 98, mar 22012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11235](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11235)>. Acesso em junho de 2013

<sup>83</sup> BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm)>. Acesso em: junho de 2013

<sup>84</sup> LAMY, Marcelo. *Sistema Brasileiro de Controle da Constitucionalidade*. In ESDC. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/diretor/controladaconstitucionalidade.pdf>>. Acesso em: junho de 2013



“Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público”<sup>85</sup>.

Na tentativa de criar uma solução para as questões inconvenientes geradas pelo modelo difuso de controle, “inexistência de um sistema de vinculação aos precedentes”, a Constituição de 1934, em seu artigo 91, inciso IV, garantiu ao Senado Federal a competência para suspender, no todo ou em parte, a execução de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>86</sup>

Sobre essas mudanças trazidas pela Constituição de 1934, Gilmar Mendes entende que,

“Talvez a mais fecunda e inovadora alteração introduzida pelo Texto Magno de 1934 se refira à ‘declaração de inconstitucionalidade para evitar a intervenção federal’ (...). Cuidava-se de fórmula peculiar de composição judicial dos conflitos federativos que condicionava a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado (art. 12, § 3º), à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal (art. 12, § 2º).”<sup>87</sup>

Em 1937, o então Presidente Getúlio Vargas, se fazendo valer de decretos, e do que na época ficou conhecido pelo conceito de “bem-estar do povo”<sup>88</sup>, conseguiu enfraquecer as decisões do Supremo Tribunal Federal, pois este tinha ao seu favor o Art. 96, parágrafo único da já mencionada Constituição, que garantia a possibilidade do Presidente da República submeter uma determinada lei declarada inconstitucional ao Parlamento. Esta lei poderia ser desvinculada da decisão judicial,

<sup>85</sup> BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934*. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm)>. Acesso em: junho de 2013

<sup>86</sup> BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. 3ª edição. São Paulo.; Renovar, 2010.p. 124 e 125. Apud. LOURENÇO, Rodrigo Lopes. *Controle da Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF*. Editora Forense, 1998, p. 11.

<sup>87</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade*. In: BRANCO, P. G. G.; COELHO, I. M.; MENDES, G. M. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.p. 1197.

<sup>88</sup> LAGO, Rodrigo. *A PEC 33 como uma britadeira de cláusulas pétreas*. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-pec-33-como-uma-britadeira-de-clausulas-petreas>>. Acesso em: 01 out. 2013.

voltando a vigorar, más para isso deveria a validade desta ser aprovada por dois terços de cada uma das Casas Legislativas.<sup>89</sup>

Esta foi uma solução encontrada pelo presidente de manifestar isoladamente a sua vontade soberana, pois como o Congresso teve suas portas fechadas, Getúlio Vargas, buscando amparo no art. 180 da Carta de 1937, caberia a este exercer sozinho o papel, “incorporando a santíssima trindade”, sendo-lhe permitido editar leis, a exemplo dos Códigos Penal e de Processo Penal, atacar as decisões proferidas pelo Supremo, e por último, cabia a este executar as suas próprias leis.<sup>90</sup>

Sobre o artigo 96 da Carta Magna de 1937, temos a seguinte lição do Nagib Slaibi Filho:

“Somente com a redemocratização e através da Lei Constitucional nº 18, de 11 de dezembro de 1945, foi revogado tal parágrafo único que, na verdade, introduzia uma verdadeira emenda constitucional para caso concreto, alterando a decisão do Tribunal. Contudo, desde logo, se vê aí a ideia, que muito mais adiante vingou, no sentido de que o precedente criado pelo reconhecimento incidental da inconstitucionalidade passaria a ter efeitos erga omnes, extrapolando dos estreitos limites subjetivos da coisa julgada.”<sup>91</sup>

A Constituição promulgada em 18 de setembro de 1946 pôde ser visto um retorno ao que era o controle judicial brasileiro<sup>92</sup>, porém objetivou-se uma forma de resolver o problema gerado pela possibilidade do Senado Federal em intervir nas decisões do Supremo Tribunal Federal, herança da Constituição antecedente. Desde modo, instituiu-se a chamada *representação interventiva*, já mencionada anteriormente neste trabalho á luz do entendimento da doutrina do

<sup>89</sup> BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. 3ª edição. São Paulo: Renovar, 2010.p. 125

<sup>90</sup> LAGO, Rodrigo. *A PEC 33 como uma britadeira de cláusulas pétreas*. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-pec-33-como-uma-britadeira-de-clausulas-petreas>>. Acesso em: 01 out. 2013.

<sup>91</sup> FILHO, Nagib Slaibi. *Breve História do Controle de Constitucionalidade*. In: TJRJ. Disponível em: <[http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir\\_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi\\_const/breve\\_historia\\_controle\\_constitu.pdf](http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_const/breve_historia_controle_constitu.pdf)>. Acesso em: junho 2013

<sup>92</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *A evolução do Direito Constitucional Brasileiro e o Controle de Constitucionalidade da Lei in Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 1988.p. 238.

Gilmar Mendes, onde a figura do Procurador-Geral da República tem a função de arguir a incompatibilidade de atos normativos estaduais com os chamados princípios constitucionais sensíveis.<sup>93</sup>

Os princípios entendidos como constitucionais sensíveis eram:

“a forma republicana representativa; independência e harmonia entre os poderes; temporariedade das funções eletivas; proibição da reeleição de governadores e prefeitos para período imediato; autonomia municipal; prestação de contas da administração; garantias do Poder Judiciário.”<sup>94</sup>

Esse instituto de controle por parte do Procurador-Geral pode ser entendido como o fato que possibilitou a aproximação do controle brasileiro de constitucionalidade com o tipo abstrato, uma vez que a legitimidade para agir do Procurador era garantida independente da existência de uma lide real.<sup>95</sup>

Sobre essa aproximação com o controle abstrato temos que:

“De fato, o art. 13 da Constituição de 1946 dispunha que o Congresso Nacional deveria cingir-se a suspender a eficácia do ato atacado na representação interventiva – ao invés de cancelar o pedido de intervenção -, caso tal medida fosse suficiente para reconduzir a situação á normalidade.”<sup>96</sup>

Portanto, fica claro uma aproximação com o sistema austríaco de controle abstrato de constitucionalidade, o qual foi “inspirado no modelo idealizado pelo gênio de Hans Kelsen e consubstanciado na Constituição austríaca de 1920.”<sup>97</sup>

Essa aproximação foi fortificada pela Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro 1965, onde foi possibilitado o controle abstrato da constitucionalidade de normas federais e estaduais, sendo este controle exercido

<sup>93</sup> BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. 3ª edição. São Paulo: Renovar, 2010.p. 125 e 126

<sup>94</sup> BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. 3ª edição. São Paulo: Renovar, 2010.p. 126

<sup>95</sup> LOPES, Rodrigo. *Controle da Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF*. Forense, 1998, p. 11.

<sup>96</sup> BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. 3ª edição. São Paulo: Renovar, 2010.p. 126

<sup>97</sup> BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. 3ª edição. São Paulo: Renovar, 2010.p. 127.

aos moldes da representação interventiva. Esta mesma Emenda fez uma alteração no art. 124, XIII, da Constituição de 1946, onde o Legislador foi legitimado a instituir processo de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição do Estado-membro.<sup>98</sup>

Gilmar Mendes, sobre o mecanismo possibilitado pela Emenda supramencionada, expõe que:

"Embora o constituinte tenha moldado o controle abstrato de normas segundo o modelo de representação interventiva, confiando a instauração do processo ao Procurador-Geral da República, convém assinalar que apenas na forma a nova modalidade de controle apresentava alguma semelhança com aquele processo de composição de conflitos entre o Estado e a União. Enquanto representação interventiva pressupunha uma alegação de ofensa (efetiva ou aparente) a um princípio sensível e, portanto, um peculiar conflito entre a União e o Estado, destinava-se o novo processo à defesa geral da Constituição contra leis inconstitucionais."<sup>99</sup>

Passou a coexistir no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, à época da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional de 1969, tanto o difuso-incidental e o concentrado-abstrato, sendo este último característico do Procurador-Geral da República, fato que limitou a importância política e jurídica deste instituto.

Sobre o controle abstrato inserido ao modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, na época da Constituição de 1946 e da de 1967, Gilmar Mendes afirma que o controle abstrato de normas preenchia, nos modelos constitucionais de 1946, após a Emenda n. 16, de 1965, e de 1967/69, uma função supletiva e uma função corretiva do "modelo incidente" ou "difuso".<sup>100</sup>

Sobre a questão de legitimar órgão do Ministério Público a promover o controle abstrato no sistema brasileiro do período supra, Gilmar Mendes nos trás que este fato já havia sido pensado pelo grande estudioso e doutrinador Hans Kelsen, o qual em 1928, em texto resultante de uma conferência magistrada por este

<sup>98</sup> BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. 3ª edição. São Paulo; Renovar, 2010.p. 126.

<sup>99</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha* - 5ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2005.p. 69.

<sup>100</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha* - 5ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2005.p. 82.

último, na Associação dos Professores Alemães de Direito Público, defendia a ideia de se criar um novo instituto perante a Corte Constitucional, o qual faria às vezes do promotor público no processo penal, esta nova função ficaria a cargo de um Advogado da Constituição (*Verfassungsanwalt*), sendo a este garantido a independência de ação, não sendo aproximado nem do Governo, nem mesmo do Parlamento.<sup>101</sup>

Em 1977, A constituição de 1967 sofreu algumas alterações prejudiciais no ponto de vista liberal, onde o cidadão passou a exercer o papel de mero espectador do sistema autoritário existente na época da ditadura. A recuperação da democracia e a formulação de uma nova Carta Magna só foi possível ao fim do governo militar.<sup>102</sup>

## 2.2 A CONSTITUIÇÃO DE 1988

É aqui que entramos na atual Constituição brasileira de 5 de outubro de 1988, batizada de “Constituição-cidadã”, pois esta, como bem lembrado por Fernando Machado da Silva Lima,

“ampliou extraordinariamente o elenco dos direitos e garantias, agora duplicados nos 72 incisos do “catálogo” constante do art. 5º, assegurou inúmeros direitos sociais e consagrou, no art. 14, o princípio da soberania popular, através “do sufrágio universal e do voto direto e secreto, com valor igual para todos”.”.<sup>103</sup>

Até entrarmos na Constituição de 1988, podíamos notar como foi trazido pelo texto trabalhado aqui, que o Brasil sofreu inicialmente uma forte influência do modelo norte-americano de controle, onde nas primeiras Constituições nacionais este era sem sombra de dúvida o modelo base. Porém, também vimos que ao chegar ao período da Constituição de 1946 e ao de 1967, juntamente com suas emendas supramencionadas, passou-se a ser difundido, de forma objetiva, o controle abstrato, característico do modelo austríaco-alemão.

---

<sup>101</sup>MENDES, op. Cit., p. 82 e 83. Apud, KELSEN, Hans. *Wesen und Entwicklung*, p. 75.

<sup>102</sup>BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. 3ª edição. São Paulo; Renovar, 2010. P. 128 e 129.

<sup>103</sup>LIMA, Fernando Machado da Silva. *Jurisdição constitucional e controle do poder. É efetiva a constituição Brasileira?*. Porto Alegre; Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 108.

Voltando os passos para a Constituição de 1988, temos que esta foi decisiva para o fortalecimento do controle abstrato, sendo este fato bem trabalhado nas seguintes palavras do Gilmar Mendes:

“A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.”<sup>104</sup>

Desta forma, hoje, além do Procurador-Geral da República, dispõem de legitimidade reconhecida para estas ações de inconstitucionalidade o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembléia Legislativa, o Governador de Estado, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o partido político com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.<sup>105</sup>

No que tange a esfera política, Gilmar Mendes, trazido na obra de Gustavo Binenbojm, enfatiza uma evolução no modelo federativo e popular brasileiro resultante das mudanças operadas pela Constituição de 1988, expondo o seguinte entendimento:

“A ampla legitimação, a presteza e celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante a utilização da ação direta, típico instrumento do controle concentrado.

A Particular conformação do processo de controle abstrato de normas confere-lhe, também, novo significado como instrumento federativo, permitindo a aferição da constitucionalidade das leis federais mediante requerimento do Governador do Estado e a aferição da constitucionalidade das leis estaduais, mediante requerimento do Presidente da República. A propositura da ação pelos partidos políticos com representação no Congresso Nacional concretiza, por outro lado, a idéia de defesa das minorias, uma vez que se assegura até às frações parlamentares menos

<sup>104</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 89.

<sup>105</sup> BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10686845/artigo-103-da-constituicao-federal-de-1988>>. Acesso em: outubro de 2013

representativas a possibilidade de arguir a inconstitucionalidade de lei.”<sup>106</sup>

O autor Rogério Bastos Arnates, em sua obra acadêmica, fez questão de expor 4<sup>o</sup> (quatro) mudanças principais trazidas pela Carta de 1988, sendo elas:

1. “A ampliação generosa da lista de agentes legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade, antes integrada apenas pelo Procurador-Geral da República. Conforme o art. 103, podem propor ação de inconstitucionalidade: o Presidente da República; as Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e das Assembleias Legislativas; os Governadores de Estado; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e Confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.
2. O art. 5<sup>o</sup>, LXXI, prevendo que a falta de normas regulamentadoras poderia tornar inviável o “exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”, criou a figura do mandado de injunção. Quando acionado por este instrumento, o STF pode-se transformar em verdadeiro “legislador suplementar”, antecipando-se ao Poder Legislativo a fim de garantir a eficácia do direito constitucional ainda não regulamentado pelo parlamento.
3. Nessa mesma linha, a Constituição prevê que, “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.” (art.103, § 2) Ou seja, no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade, o constituinte instituiu a hipótese de uso deste instrumento também contra a omissão do poder público, dilatando ainda mais a função de controle constitucional do STF.
4. A Constituição de 1988 modificou bastante a estrutura judiciária, tentando solucionar o problema do congestionamento dos processos, principalmente na instância superior. Foram criados para isso os Tribunais Regionais Federais, em número de cinco, para funcionarem como segunda instância da justiça federal, cobrindo as diversas regiões do país; e o Superior Tribunal de Justiça que foi

---

<sup>106</sup> BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. 3<sup>a</sup> edição. São Paulo: Renovar, 2010.p. 130 e 131. Apud. MENDES, Gilmar Ferreira. *A Evolução do Direito Constitucional Brasileiro e o Controle de Constitucionalidade da Lei in Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. p. 253.

*encarregado de várias competências antes atribuídas ao STF, na tentativa de desafogar o órgão de cúpula do Judiciário.”<sup>107</sup>*

Portanto, fica evidente que deste ponto para frente, o controle difuso de constitucionalidade teve sua amplitude restringida, tendo em vista a possibilidade de se efetuar mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, as questões constitucionais. (MENDES, 2005).

### 2.3 CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO CONTROLE PREVENTIVO BRASILEIRO.

Após estudo dos fatores históricos da evolução do controle de constitucionalidade no Brasil, esse feito com base nas diversas Constituições já existentes, bem como a Carta Magna atual do país, é chegada a hora de fazermos uma breve análise de como os diversos modelos de controle constitucional, seja este preventivo ou repressivo, judiciário ou político, são interpretados e colocados em prática no nosso sistema misto de controle,

“capaz de combinar a competência de juízes e tribunais comuns de apreciar a constitucionalidade das leis em processos quaisquer (difuso) e um órgão, ou uma combinação de órgãos, responsável pelo julgamento de ações diretas sobre a constitucionalidade das leis (concentrado).”<sup>108</sup>

O controle repressivo, também conhecido como *a posteriori*, se baseia na intervenção jurisdicional após a lei ou ato normativo ter se aperfeiçoado, podendo, eventualmente, ainda não ter entrado em vigor.<sup>109</sup>

No Brasil, temos o controle repressivo figurando com maior destaque, tendo o direito brasileiro sofrido forte influência dos seguintes modelos: o difuso incidental norte-americano e o concentrado do direito austríaco, sendo o

<sup>107</sup> ARNATES, Rogério Bastos. *O sistema híbrido de controle da constitucionalidade das leis no Brasil*. <Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero1/prodaca3.htm>>. Acesso em: outubro de 2013

<sup>108</sup> ARNATES, Rogério Bastos. *O sistema híbrido de controle da constitucionalidade das leis no Brasil*. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero1/prodaca3.htm>>. Acesso em: outubro de 2013

<sup>109</sup> VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.p. 158.



primeiro a base do sistema difuso, onde qualquer juízo ou instância é competente para apreciar o argumento da inconstitucionalidade e o segundo é o marco do modelo concentrado, onde geralmente o controle é atribuído a um órgão, dotado de competência especial.<sup>110</sup>

Já o controle preventivo, ocorre no momento de formação da lei ou ato normativo, tendo como objetivo evitar a entrada no ordenamento jurídico de normas inconstitucionais, sendo este exercido no Brasil através de órgãos políticos, no processo legislativo, onde as Casas do Congresso Nacional, por meio de uma Comissão permanente de Constituição e Justiça, têm como função primordial a verificação da adequação e conformidade dos projetos em tramitação com a Carta Magna, emitindo, quando necessário, parecer a respeito da inconstitucionalidade da proposição.<sup>111</sup>

Caso o projeto seja aprovado, este é enviado para a análise e manifestação do Presidente da República, como previsto no art. 66, § 1º, da Constituição Federal, podendo a partir do seu livre entendimento, caso considere inconstitucional, seja no todo ou em parte, vetá-lo total ou parcialmente.

O controle preventivo no Brasil, como já foi tratado aqui, é exercido prioritariamente na esfera política, por meio dos órgãos políticos, não se admitindo a intervenção do judiciário em momento característico e inerente ao legislativo, pois seria uma afronta aos princípios da independência e harmonia dos poderes.<sup>112</sup>

No entanto, o direito brasileiro admite a fiscalização jurisdicional da constitucionalidade no processo legislativo quando se tratar “de emendas à Constituição que, afrontando o § 4º do art. 60, tendam a abolir matéria inserida no cerne imodificável da Carta Magna”.<sup>113</sup>

---

<sup>110</sup> CUSTÓDIO, Sueli Sampaio Damin. *O modelo de controle de Constitucionalidade Previsto no Direito Brasileiro*. Disponível em: <[http://revistas.unijorge.edu.br/searajuridica/2009\\_2/artigos/2\\_oModelodeControledeConstitucionalidadePrevistonodireitoBrasileiro.pdf](http://revistas.unijorge.edu.br/searajuridica/2009_2/artigos/2_oModelodeControledeConstitucionalidadePrevistonodireitoBrasileiro.pdf)>. Acesso em: outubro de 2013

<sup>111</sup> VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.p. 155 e 158.

<sup>112</sup> VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.p. 158.

<sup>113</sup> VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.p. 160.

## JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO E RESPOSTA DO PODER LEGISLATIVO.

### 3.1 BREVE ALUSÃO AO DEBATE DE KELSEN X SCHMITT E ENTENDIMENTOS INICIAIS

Por muito se fez importante o debate acerca das questões referentes à jurisdição constitucional e quem poderia ser legitimado para exercer tal papel, possibilitando assim, expor neste estudo o famoso debate entre Hans Kelsen x Carl Schmitt, onde a partir desde ponto, poderemos compreender o que diz a corrente que veio a confirmar o Supremo Tribunal Federal como o Guardião maior da Carta Magna Brasileira.<sup>114</sup>

O relevante debate teve início depois de findada à República de Weimar, onde os dois notáveis estudiosos supramencionados discordavam em termos de quem seria a função de controle constitucional.<sup>115</sup>

Ao entender de Schmitt deveria ser o presidente do Reich o legitimado, onde para tal função, seria este o mediador, uma figura neutra, seguindo a base da tese elaborada por Benjamin Constant de poder neutral e o art. 48 da Carta de Weimar.<sup>116</sup>

Não pactuando com tal entendimento, Kelsen defendia a criação do Tribunal Constitucional e que esse seria o guardião legítimo da Constituição<sup>117</sup>, defendendo a tese do controle jurisdicional, com base em uma corte especial, capaz

<sup>114</sup> ARABI, A.. *Ascensão do Judiciário e Tensão Institucional: Judicialização, Ativismo e Reação do poder Legislativo (PEC 33/2011)*. E-Legis - Revista Eletrônica do Programa de Pós-Graduação da Câmara dos Deputados, Brasília, 10, abr. 2013. Disponível em: <<http://elegisbr.com/cefor/index.php/e-legis/article/view/127/126>>. Acesso em: 30 Set. 2013.

<sup>115</sup> ARABI, A.. *Ascensão do Judiciário e Tensão Institucional: Judicialização, Ativismo e Reação do poder Legislativo (PEC 33/2011)*. E-Legis - Revista Eletrônica do Programa de Pós-Graduação da Câmara dos Deputados, Brasília, 10, abr. 2013. Disponível em: <<http://elegisbr.com/cefor/index.php/e-legis/article/view/127/126>>. Acesso em: 30 Set. 2013.

<sup>116</sup> DORES, Camilla Japiassu. *O guardião da Constituição segundo as concepções de Carl Schmitt e Hans Kelsen*. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3167, 3 mar. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21201>>. Acesso em: 30 set. 2013.

<sup>117</sup> DORES, Camilla Japiassu. *O guardião da Constituição segundo as concepções de Carl Schmitt e Hans Kelsen*. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3167, 3 mar. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21201>>. Acesso em: 30 set. 2013.

de efetuar o controle entre a norma superior e a inferior, diferenciando-se do que preconizava Schmitt, quando este entendia que o controle se dava somente entre fato e norma.<sup>118</sup>

A discussão tratada por Kelsen e Schmitt a respeito do aspecto formal do Controle de Constitucionalidade tem sido superada na atual configuração dos Estados Democráticos de Direito, onde pode ser notada uma forte disseminação do que em outrora foi defendido por Kelsen, ou seja, estamos à meio de uma difusão global dos tribunais constitucionais, bem como a ideia de que se faz necessária uma instância especial com a capacidade legitimada para dirimir os conflitos constitucionais, tentando sempre uma busca pela neutralidade nas decisões e uma separação das possíveis influências do Poder Legislativo.<sup>119</sup>

O problema que enfrentamos hoje no Brasil está ligado diretamente com o Princípio da Separação dos Poderes, sendo este demasiadamente significativo para o ordenamento, que, “além da chamada “Separação *Horizontal de Poderes*” (Executivo, Legislativo e Judiciário), fala-se hoje em diversas conformações desse princípio.”<sup>120</sup> Vejamos:

“Assim, existiria uma “*Separação Temporal de Poderes*”, para designar a necessidade de limitar-se temporalmente o exercício de poderes pelos agentes públicos; fala-se de uma “*Separação Vertical de Poderes*”, para explicitar a necessária divisão territorial de competências, sobretudo, no Estado federal; e fala-se também de uma “*Separação Social de Poderes*”, para designar a divisão de poderes entre os diversos agentes, mídia, associações, partidos e

---

<sup>118</sup> ARABI, A.. *Ascensão do Judiciário e Tensão Institucional: Judicialização, Ativismo e Reação do poder Legislativo (PEC 33/2011)*. E-Legis - Revista Eletrônica do Programa de Pós-Graduação da Câmara dos Deputados, Brasília, 10, abr. 2013. Disponível em: <<http://elegisbr.com/cefor/index.php/e-legis/article/view/127/126>>. Acesso em: 30 Set. 2013.

<sup>119</sup> ARABI, A.. *Ascensão do Judiciário e Tensão Institucional: Judicialização, Ativismo e Reação do poder Legislativo (PEC 33/2011)*. E-Legis - Revista Eletrônica do Programa de Pós-Graduação da Câmara dos Deputados, Brasília, 10, abr. 2013. Disponível em: <<http://elegisbr.com/cefor/index.php/e-legis/article/view/127/126>>. Acesso em: 30 Set. 2013.

<sup>120</sup> GUEDES, Néviton. *Constituição e Poder*. Tomemos a sério o princípio da separação de Poderes. 21 de janeiro de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-21/constituicao-poder-tomemos-serio-principio-separacao-poderes>>. Acesso em: 30 Set. 2013.

grupos sociais, todos podendo disputar com igualdade de chances o poder estatal.”<sup>121</sup>

Seguindo o artigo trazido pelo Néviton Guedes, podemos ver que sempre existiu uma tendência do Direito Constitucional ser interpretado para melhor atender um dos Poderes, como foi trazido em teor explicativo de ideias pelo autor, o qual expõe o seguinte entendimento:

“Martin Kriele advertia que, apesar dos esforços por uma neutralidade científica, toda interpretação do Direito Constitucional padece de uma das destas três seguintes orientações fundamentais: (1) ou a interpretação da Constituição, por assim dizer, mostra-se *amiga* do Poder Executivo (*verwaltungsfreundliche*); (2) ou é mais *amiga* do Legislativo (*parlamentsfreundliche*); ou (3) há uma clara preferência pela preponderância do Poder Judiciário (*justizfreundliche*).”<sup>122</sup>

Portanto, se pararmos para analisar o contexto no qual se insere o Controle Constitucional nos diferentes modelos existentes, verá quase que predominantemente a situação trazida pelo Néviton Guedes, a qual evidencia que:

“Nos Estados Unidos, em muitas matérias, sobretudo vinculadas à ideia de segurança (interna ou externa), não é difícil reconhecer uma certa preponderância da Jurisdição Constitucional em favor, como diria o professor Canotilho, de um discurso “antropologicamente” amigo do Executivo.

Na Europa, de forma geral, desde a Revolução Francesa, há uma clara predominância do Poder Legislativo. **No Brasil, a julgar pelo que vemos nos tribunais e é reforçado teoricamente na Academia, há uma clara orientação da interpretação constitucional em favorecer soluções que façam preponderar o papel do Poder Judiciário.** Não é à toa que temas como “**ativismo**

<sup>121</sup> GUEDES, Néviton. *Constituição e Poder*. Tomemos a sério o princípio da separação de Poderes. 21 de janeiro de 2013. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-jan-21/constituicao-poder-tomemos-serio-principio-separacao-poderes>>. Acesso em: 30 Set. 2013.

<sup>122</sup> GUEDES, Néviton. *Constituição e Poder*. Tomemos a sério o princípio da separação de Poderes. 21 de janeiro de 2013. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-jan-21/constituicao-poder-tomemos-serio-principio-separacao-poderes>>. Acesso em: 30 Set. 2013.

**judicial**” e “**judicialização da política**” estejam tão prestigiados.”<sup>123</sup>  
(grifo-nosso)

Pois bem, tocamos no ponto relevante de todo este estudo, qual seja, o ativismo judicial e a judicialização da política, onde veremos que estes são tidos como primos, classificação dada por Luís Roberto Barroso, o qual deixou bem transparente em artigos e livros de sua autoria.

### 3.2 OMISSÕES DO PODER LEGISLATIVO E O FORTALECIMENTO DO PODER JUDICIÁRIO.

Um dos temas recorrentes nos debates constitucionais contemporâneos é o ativismo judicial, trazido à definição por Elival da Silva Ramos, no artigo da autora Laisa Thalita Bernardino Felicíssimo, quando esta cita o seguinte trecho:

“o ativismo Judicial resulta do exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento, sendo caracterizado pela incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes.”<sup>124</sup>

Luís Roberto Barroso, em mesmo sentido, entende que:

“O Ativismo Judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.”<sup>125</sup>

<sup>123</sup> GUEDES, Néviton. *Constituição e Poder*. Tomemos a sério o princípio da separação de Poderes. 21 de janeiro de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-21/constituicao-poder-tomemos-serio-principio-separacao-poderes>>. Acesso em: 30 Set. 2013.

<sup>124</sup> FELICÍSSIMO, Laisa T. Bernardino. *Conceito e aplicação do Ativismo Judicial*. 12 de Ago. 2011. Disponível em: <<http://monitoriafmdcoreu.blogspot.com.br/2011/08/conceito-e-aplicacao-do-ativismo.html>>. Acesso em: 01 de Out. de 2013.

<sup>125</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. 22 de dezembro de 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica?pagina=3](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=3)>. Acesso em: 01 de Out. de 2013.

Este mesmo autor compreende que o ativismo judicial e a judicialização são primos. “Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas.”<sup>126</sup>

Para Barroso, a judicialização, no cenário brasileiro, é fruto do modelo constitucional que foi implantado, e não um “exercício deliberado de vontade política”.<sup>127</sup>

O escopo fundamental neste ponto do estudo gira em torno dos questionamentos de legitimação dos atos do STF, e até que ponto este pode interferir sem que se configure uma afronta ao Princípio do equilíbrio entre os Poderes.

No Brasil, onde se configurou uma supremacia judicial, como já foi tratado anteriormente ao estudarmos a evolução histórica do controle de constitucionalidade no Brasil e a Carta Magna de 1988, tivemos com o passar dos anos, o enfraquecimento do poder legislativo, perdendo a credibilidade perante a opinião pública e o fortalecimento do judiciário, consolidando-se em meio à crença popular.

Vejamos um trecho de um artigo que expõe esse fato:

“[...], aumentou a tensão institucional entre os Poderes Legislativo e Judiciário. De um lado, acusa-se este de ser muito ativo e estar ocupando terrenos que não lhe pertencem. **Por outro, aqueles são tidos como morosos, omissos e enfrentam um antigo cenário de descrença e desconfiança em meio à população.**”<sup>128</sup> (grifo-nosso)

<sup>126</sup> BARROSO, Luíz Roberto. *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. 22 de dezembro de 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica?pagina=3](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=3)>. Acesso em: 01 de Out. de 2013.

<sup>127</sup> BARROSO, Luíz Roberto. *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. 22 de dezembro de 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica?pagina=3](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=3)>. Acesso em: 01 de Out. de 2013.

<sup>128</sup> ARABI, A.. *Ascensão do Judiciário e Tensão Institucional: Judicialização, Ativismo e Reação do poder Legislativo (PEC 33/2011)*. E-Legis - Revista Eletrônica do Programa de Pós-Graduação da Câmara dos Deputados, Brasília, 10, abr. 2013. Disponível em: <<http://elegisbr.com/cefor/index.php/e-legis/article/view/127/126>>. Acesso em: 01 de Out. 2013.

Percebe-se então um evidente descompasso entre os Poderes, onde vamos ter o judiciário cada vez mais forte, configurando um fenômeno que não é único e exclusivo do Brasil nos tempos atuais, onde,

"Diversas causas têm sido atribuídas a esse fenômeno, algumas gerais e outras que seriam mais específicas da situação brasileira. Inicialmente, fala-se na necessidade e importância da existência de um Judiciário forte e independente para as democracias contemporâneas."<sup>129</sup>

Devemos levar em consideração a atuação desmoralizada da política nacional, como já mencionado anteriormente, tendo como base, um legislativo que "coloca-se em uma posição confortável ao deixar que questões controversas e polêmicas sejam decididas pelo Judiciário: evita-se, assim, o desgaste frente à opinião pública e às bases eleitorais[...]".<sup>130</sup>

Este mesmo corpo político, por muitas vezes se torna omissivo dentro das suas atribuições estabelecidas pela Constituição Cidadã de 1988, a exemplo da garantia dos direitos fundamentais, por isso,

"O Judiciário muitas vezes, visando garantir o gozo dos direitos previstos nos dispositivos constitucionais, que, em tese, só poderiam ser exercidos com criação de uma norma infraconstitucional pelo legislador, é obrigado a exceder sua competência, fato que caracteriza a judicialização."<sup>131</sup>

<sup>129</sup> ARABI, A.. *Ascensão do Judiciário e Tensão Institucional: Judicialização, Ativismo e Reação do poder Legislativo (PEC 33/2011)*. E-Legis - Revista Eletrônica do Programa de Pós-Graduação da Câmara dos Deputados, Brasília, 10, abr. 2013. Disponível em: <<http://elegisbr.com/cefor/index.php/e-legis/article/view/127/126>>. Acesso em: 01 de Out. 2013.

<sup>130</sup> ARABI, A.. *Ascensão do Judiciário e Tensão Institucional: Judicialização, Ativismo e Reação do poder Legislativo (PEC 33/2011)*. E-Legis - Revista Eletrônica do Programa de Pós-Graduação da Câmara dos Deputados, Brasília, 10, abr. 2013. Disponível em: <<http://elegisbr.com/cefor/index.php/e-legis/article/view/127/126>>. Acesso em: 01 de Out. 2013.

<sup>131</sup> LOPES, Bruno de Souza; KARLINSKI, Francisco José Gonçalves; CARDOSO, Tiago Cougo. *Algumas considerações acerca do ativismo judicial*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=8831&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8831&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em: 01 out. 2013.

Nesse sentido, os autores da citação supra expõe o seguinte ensinamento de Castro:

“A judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo mostra-se falhos, insuficientes ou insatisfatórios. Sob tais condições, ocorre certa aproximação entre Direito e Política e, em vários casos, torna-se mais difícil distinguir entre um ‘direito’ e um ‘interesse político’, sendo possível se caracterizar o desenvolvimento de uma ‘política de direitos’.”<sup>132</sup>

Neste contexto, teremos os seguintes exemplos de pronunciamento do STF trazidos por Barroso:

“o STF pronunciou-se ou iniciou a discussão em temas como: (i) Políticas governamentais, envolvendo a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da Previdência (contribuição de inativos) e da Reforma do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça); (ii) relações entre Poderes, com a determinação dos limites legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (como quebras de sigilos e decretação de prisão) e do papel do Ministério Público na investigação criminal; (iii) direitos fundamentais, incluindo limites à liberdade de expressão no caso de racismo (*Caso Elwanger*) e a possibilidade de progressão de regime para os condenados pela prática de crimes hediondos.”<sup>133</sup>

Indo além no artigo do autor supra, veremos que este se preocupou em assinalar que nas decisões referidas acima,

“o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria.”<sup>134</sup>

<sup>132</sup> LOPES, Bruno de Souza; KARLINSKI, Francisco José Gonçalves; CARDOSO, Tiago Cougo. *Algumas considerações acerca do ativismo judicial*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=8831&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8831&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em: 01 out. 2013. Apud, CASTRO, Marcos Faro. *O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política*. Revista de Ciências Sociais, São Paulo, n. 34, v. 12, 1997.p. 27.

<sup>133</sup> BARROSO, Luíz Roberto. *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. 22 de dezembro de 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica?pagina=3](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=3)>. Acesso em: 01 de Out. de 2013.

<sup>134</sup> BARROSO, Luíz Roberto. *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. 22 de dezembro de 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica?pagina=3](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=3)>.



Percebe-se então uma necessidade de atuação do judiciário a fim de garantir princípios fundamentais estabelecidos em nossa Constituição.

### 3.3 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

Um dos problemas que circundam a atuação do Poder Judiciário está ligado ao fato de seus membros não serem agentes públicos eleitos pelo povo, onde estes, “Embora não tenham o batismo da vontade popular, magistrados e tribunais desempenham, inegavelmente, um poder político, inclusive o de invalidar atos dos outros dois Poderes.”<sup>135</sup>

A pergunta que é necessária neste estudo é: De onde surge a legitimidade para uma atuação de legislador negativo do Poder Judiciário?

Como foi preconizado por Kelsen, no Brasil aderimos à ideia de um tribunal específico atuando como o Guardião da Constituição, onde vamos ver que a base da legitimidade de atuação como legislador negativo decorre “[...], do fato de que a Constituição brasileira atribui expressamente esse poder ao Judiciário e, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal.”<sup>136</sup>

Podemos pegar o contexto contemporâneo dos Países democráticos e fazer uma análise de como estes têm distribuído o poder político entre suas instituições, e o motivo pelo o qual estes fazem tal fatiamento, e veremos que,

“A maior parte dos Estados democráticos reserva uma parcela de poder político para ser exercida por agentes públicos que não são recrutados pela via eleitoral e cuja atuação é de natureza predominantemente técnica e imparcial.”<sup>137</sup>

---

22/judicializacao\_ativismo\_legitimidade\_democratica?pagina=3>. Acesso em: 01 de Out. de 2013.

<sup>135</sup> BARROSO, Luíz Roberto. *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. 22 de dezembro de 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica?pagina=3](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=3)>. Acesso em: 01 de Out. de 2013.

<sup>136</sup> BARROSO, Luíz Roberto. *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. 22 de dezembro de 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica?pagina=3](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=3)>. Acesso em: 01 de Out. de 2013.

<sup>137</sup> BARROSO, Luíz Roberto. *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. 22 de dezembro de 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica?pagina=3](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=3)>. Acesso em: 01 de Out. de 2013.

Este fato ocorre com base em um saber tradicionalmente difundido, onde se entende que magistrados não têm vontade política própria, onde estes,

“Ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo.”<sup>138</sup>

Barroso entende que devemos tomar esta afirmação com certos “temperamentos”, pois, como este mesmo traz em seu texto, os “juízes e tribunais não desempenham uma atividade puramente mecânica”, onde por diversas vezes cabem a estes atribuir “sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva”, onde se configuram por muitas vezes como corresponsáveis do momento gerador do Direito.<sup>139</sup>

Já ao tratar da justificativa no campo filosófico, Barroso dispõe que a jurisdição constitucional e a ação do Judiciário na vida institucional, vão ter neste contexto, uma tese mais sofisticada, ressaltando a facilidade de compreensão da mesma. Para o autor, o “Estado constitucional democrático”, é resultado de duas ideias que estabelecem entre si um funcionamento conjunto, porém, o autor faz questão de ressaltar que estas não se confundem. Vejamos a exposição dos conceitos trazidos por Barroso que caracterizam essas duas ideias supramencionadas:

“Constitucionalismo significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. O Estado de direito como expressão da razão. Já democracia significa soberania popular, governo do povo. O poder fundado na vontade da maioria.”<sup>140</sup>

---

22/judicializacao\_ativismo\_legitimidade\_democratica?pagina=3>. Acesso em: 01 de Out. de 2013.

<sup>138</sup>BARROSO, Luíz Roberto. *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. 22 de dezembro de 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica?pagina=3](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=3)>. Acesso em: 01 de Out. de 2013.

<sup>139</sup>BARROSO, Luíz Roberto. *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. 22 de dezembro de 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica?pagina=3](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=3)>. Acesso em: 01 de Out. de 2013.

<sup>140</sup>BARROSO, Luíz Roberto. *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. 22 de dezembro de 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica?pagina=3](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=3)>. Acesso em: 01 de Out. de 2013.

Desta interação entre constitucionalismo e governo democrático, pode-se vir a ter situações de conflitos aparentes e de muita tensão, onde em muitos casos podemos vislumbrar o debate entre o princípio majoritário e o papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal.

### 3.4 DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA

A formação do Poder Legislativo e do Poder Executivo no sistema brasileiro obedece ao princípio da maioria, onde estes são eleitos pela maioria de votos emanados do povo, em um sistema democrático, sendo tidos como representantes legais dos interesses da população.

Como já foi mencionado anteriormente neste estudo, os membros do Poder judiciário, não são eleitos pelo voto popular, o que levou toda aquela discussão de legitimidade em parágrafos anteriores, onde em suma, entendemos que apesar de o Poder Judiciário não ser constituído pelo voto do povo, este tem como fonte de sua liberdade de ação, a Carta Magna, a qual garante o seu Ativismo.

Agora o foco do debate é diferente, pois já entendemos de onde surge a legitimidade dos Poderes, sendo a do Executivo e Legislativo, do voto popular, e a do Judiciário da Constituição, passando a analisar o papel do Supremo Tribunal Federal em casos que tendem a ferir valores e direitos fundamentais, onde a vontade da maioria seria a base formadora do possível pleito inconstitucional.

A proteção dos direitos fundamentais não pode ser objeto de negociação ou tolerância, pois poderia configurar o princípio da maioria em um domínio da maioria, sendo este último, uma causalidade da aritmética.<sup>141</sup>

No entendimento de Barroso, temos que a Constituição deverá se atentar para duas grandes funções, a primeira “é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder”, e a segunda é “proteger valores e direitos fundamentais,

---

22/judicializacao\_ativismo\_legitimidade\_democratica?pagina=3>. Acesso em: 01 de Out. de 2013.

<sup>141</sup>KELSEN, Hans. *O Problema do Parlamentarismo*. In *A Democracia*. Trad. Vera Barkow et al. São Paulo: Martins Fontes, 1993.p. 27 e 134.

mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos”, pois como o autor ensina, “a democracia não se resume ao princípio majoritário”.<sup>142</sup>

Cabe destacar as palavras de Barroso em outra obra, registrando o papel da Constituição:

“A Constituição vem cumprindo satisfatoriamente o papel que lhe cabe: limitar o poder político e proteger os direitos fundamentais. (...) O direito constitucional contemporâneo, cuja configuração se deu ao longo das últimas décadas do século XX, tem como traços marcantes: (i) o reconhecimento de força normativa à Constituição, que deixou de ser percebida como um documento estritamente político e passou a ser instrumento de trabalho dos operadores jurídicos em geral; (ii) a expansão da jurisdição constitucional em todo o mundo, na linha da idéia de supremacia constitucional (e não do Parlamento) difundida pelo constitucionalismo americano”<sup>143</sup>

Por essa razão, cabe ao Supremo Tribunal Federal zelar pelos direitos fundamentais, ainda que esses direitos sejam opostos à vontade da maioria, pois assim estará protegendo a democracia e evitando situações como a que foi dada em exemplo por Barroso, quando este diz: “Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número.”<sup>144</sup>

Fica evidente aqui o segundo papel fundamental da Constituição, qual seja, “proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos”, pois como o autor ensina, “a democracia não se resume ao princípio majoritário”.<sup>145</sup>

<sup>142</sup>BARROSO, Luíz Roberto. *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. 22 de dezembro de 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica?pagina=3](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=3)>. Acesso em: 01 de Out. de 2013.

<sup>143</sup>BARROSO, Luíz Roberto. *Janela e não Espelho*, in Temas de Direito Constitucional. Tomo IV, Rio de Janeiro: Renovar, 2009.p. 487-488.

<sup>144</sup>BARROSO, Luíz Roberto. *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. 22 de dezembro de 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica?pagina=3](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=3)>. Acesso em: 02 de Out. de 2013.

<sup>145</sup>BARROSO, Luíz Roberto. *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. 22 de dezembro de 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica?pagina=3](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=3)>. Acesso em: 01 de Out. de 2013.

Nesse sentido, cito o ensinamento de Geraldo Ataliba, o qual adverte que:

“[...] só há verdadeira república democrática onde se assegure que as minorias possam atuar, erigir-se em oposição institucionalizada e tenham garantidos seus direitos de dissensão, crítica e veiculação de sua pregação (...) onde, de modo efetivo, a alternância no poder seja uma possibilidade juridicamente assegurada, condicionada só a mecanismos políticos dependentes da opinião pública. (...) Na democracia governa a maioria, mas – em virtude do postulado constitucional fundamental da igualdade de todos os cidadãos – ao fazê-lo não pode oprimir a minoria. esta exerce também função política importante, (...) critica, fiscaliza, aponta falhas e censura a maioria, propondo-se à opinião pública como alternativa.”<sup>146</sup>

Não podemos esquecer-nos de salientar que mesmo o Supremo Tribunal Federal estando legitimado pela Constituição, e exercendo sua função contramajoritária de importante relevância, este não pode adentrar à esfera de competência dos outros poderes, mesmo com a crise moral em que se encontra o Poder Legislativo no cenário político contemporâneo, o Ativismo Judicial deverá se limitar ao que a Lei determina, pois caso contrário, estaremos entrando na discussão trazida pela justificativa da Proposta de Emenda Constitucional 33, onde passaria a vigorar um maior controle do Judiciário por parte do Legislativo.

### 3.5 BREVE ANÁLISE DA PEC 33 COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE LEGISLATIVO PERANTE O JUDICIÁRIO E ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O MODELO FRACO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Os temas abordados neste último capítulo foram exatamente direcionados para melhor elaborar uma análise da Proposta de emenda a Constituição de nº 33 de 2011, levando a debate os pontos trazidos pela justificativa apresentada por esta, como a legitimidade democrática do STF, o ativismo do supremo e a dificuldade contramajoritária, bem como efetuar uma análise do modelo de controle constitucional do qual esta se aproxima.

---

<sup>146</sup> ATALIBA, Geraldo. *Judiciário e Minorias*. In Revista de Informação Legislativa; Brasília, ano 24, n. 96, 1987.p.189-194.

A problemática não é recente, e remonta ao início do fortalecimento do exercício da jurisdição constitucional, onde, como já foi aludido anteriormente, ocorreu à consolidação da forma forte de controle de constitucionalidade, bem como um crescimento do Ativismo Judicial e o enfraquecimento do Poder Legislativo, vez que este, ao passar dos anos, perdeu a credibilidade e crença do povo, do qual este emana.

Vejamos uma consideração sobre este modelo adotado pelo sistema brasileiro de jurisdição constitucional:

“Como se sabe, o modelo adotado pelo Brasil, inspirado na forma forte de controle de constitucionalidade praticado nos Estados Unidos, é caracterizado pela autoridade final da decisão do tribunal constitucional na determinação do significado da Constituição e, ainda, pelo caráter impositivo em relação aos outros poderes.”<sup>147</sup>

Apesar de o Brasil adotar um dos modelos mais frequentes de controle de constitucionalidade, temos que ressaltar que este não é o único existente, pois como já foi abordado no capítulo primeiro, teremos a figura de outros sistemas de controle, a exemplo do modelo fraco de constitucionalidade, “materializado no modelo constitucional preconizado na Canadian Charter of Rights de 1982.”<sup>148</sup>

Este modelo ficou conhecido pela possibilidade de uma intervenção do Legislativo nas decisões do Judiciário no debate Constitucional, e a base fundamental que norteia este sistema pode ser encontrada em uma cláusula presente na *Charter of Rights* do Canadá, a *notwithstanding*, também conhecida como *non-obstante* ou *override clause*, podendo ainda ser chamada de “cláusula não obstante”, a qual “é fruto de uma tentativa de conciliar as restrições inerentes a

---

<sup>147</sup>LOIS, Cecilia Caballero; MARQUES, Gabriel Lima. *Pec 33 aponta para controle fraco de Constitucionalidade*. 27 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-27/pec-33-abertura-congresso-controle-fraco-constitucionalidade>>. Acesso em: 03 de outubro de 2013

<sup>148</sup>LOIS, Cecilia Caballero; MARQUES, Gabriel Lima. *Pec 33 aponta para controle fraco de Constitucionalidade*. 27 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-27/pec-33-abertura-congresso-controle-fraco-constitucionalidade>>. Acesso em: 03 de outubro de 2013

uma ordem jurídica constitucional com os pilares democráticos do Estado de Direito.”<sup>149</sup>

A previsão legal da cláusula supramencionada está na Seção 33 da *Canadian Charter of Rights* de 1982, que evidencia como deverá ser aplicada a cláusula e sobre quais temas esta é legítima para ser invocada Pelo poder Legislativo do Canadá. Vejamos o que dispõe a referida Seção:

“33. (1) O Parlamento ou a legislatura de uma província pode adoptar uma lei onde seja expressamente declarado que essa lei, ou uma das suas disposições, terá validade, não obstante uma disposição incluída no artigo 2 ou nos artigos 7 a 15 da presente Carta.

(2) A lei, ou a disposição dum lei, em relação à qual uma declaração feita ao abrigo deste artigo se encontra em vigor, tem o efeito que teria, excepto pela disposição desta Carta referida na declaração.

(3) A declaração feita ao abrigo do parágrafo (1) cessa de ter validade cinco anos após ter entrado em vigor, ou numa data anterior conforme indicado na declaração.

(4) O Parlamento, ou uma legislatura provincial, pode adoptar de novo uma declaração feita ao abrigo do parágrafo (1).

(5) O parágrafo (3) aplica-se a toda a declaração adoptada ao abrigo do parágrafo (4).”<sup>150</sup>

Os artigos 2º, 7º à 14º e 15º, da Carta Canadense corresponde às Liberdades Fundamentais, Garantias Jurídicas e Direitos à Igualdade, respectivamente.

A cláusula *notwithstanding*, notadamente exerce uma função deliberativa de poder ao Legislativo canadense, o qual, diferentemente do Poder Legislativo brasileiro, goza de uma confiança popular e de um prestígio perante os outros Poderes, motivo pelo qual,

“acreditam que o modelo fraco representaria uma forma de divisão mais equilibrada do poder e conseqüentemente uma forma muito

<sup>149</sup> CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *A Notwithstanding Clause e a Constituição do Canadá*. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/484/310>>. Acesso em: 03 out. 2013.

<sup>150</sup> CARTA CANADIANA DOS DIREITOS Y LIBERDADES: Considerando que o Canadá está fundado sobre princípios que reconhecem a supremacia de Deus e a primazia do direito. Disponível em: <[http://www.oas.org/juridico/mla/pt/can/pt\\_can\\_const.html](http://www.oas.org/juridico/mla/pt/can/pt_can_const.html)>. Acesso em: 03 out. 2013.

mais democrática para a defesa e guarda dos direitos, uma vez que a atribuição do poder de controle de constitucionalidade unicamente ao poder Judiciário é uma questão de escolha política e não uma necessidade lógica decorrente da separação e harmonia entre os poderes ou do princípio democrático.<sup>151</sup>

Aqui cabe a lição do Gilmar Mendes, o qual se reserva ao entendimento de que o princípio da separação dos poderes, já não encontrasse no estado e forma inicial, tendo entrado em crise:

“Impõe-se reconhecer que o paradigma da separação dos poderes, pelo menos em sua configuração inicial, há muito que entrou em crise e isso aconteceu, precisamente, porque foi ultrapassada a conjuntura jurídico-política em que viveram John Locke e Montesquieu, os seus geniais formuladores”<sup>152</sup>

Voltando ao ponto chave, temos que o Poder Legislativo, como tratado neste capítulo terceiro, vem se sentindo inferiorizado, perdendo aos poucos a legitimidade democrática, uma vez que “deixou de ser rotulado como um Poder omissivo, corrupto e sem credibilidade, e passou a ser efetivamente descrito como tal”<sup>153</sup>, e por este fato, presenciou a ascensão do Poder Judiciário com o passar dos anos, onde este passou a atuar de forma mais efetiva sobre questões constitucionais apresentadas na esfera jurídica, onde muitas vezes é levantado questionamentos sobre o ativismo emanado desde Poder, pois como vimos em linhas anteriores,

“O Judiciário muitas vezes, visando garantir o gozo dos direitos previstos nos dispositivos constitucionais, que, em tese, só poderiam ser exercidos com criação de uma norma infraconstitucional pelo legislador, é obrigado a exceder sua competência, fato que caracteriza a judicialização.”<sup>154</sup>

<sup>151</sup> LOIS, Cecilia Caballero; MARQUES, Gabriel Lima. *Pec 33 aponta para controle fraco de Constitucionalidade*. 27 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-27/pec-33-abertura-congresso-controlado-fraco-constitucionalidade>>. Acesso em: 06 de outubro de 2013

<sup>152</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Heremênutica constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 98.

<sup>153</sup> MALUF, André. *Artigo PEC 33/11: Conflito institucional e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://andremaluf.jusbrasil.com.br/artigos/111672923/artigo-pec-33-11-conflito-institucional-e-legitimidade-democratica>>. Acesso em: 05 out. 2013.

<sup>154</sup> LOPES, Bruno de Souza; KARLINSKI, Francisco José Gonçalves; CARDOSO, Tiago Cougo. *Algumas considerações acerca do ativismo judicial*. Disponível em: <<http://www.ambito->



A Proposta de Emenda a Constituição nº 33 de 2011<sup>155</sup>, foi recentemente elaborada “pelo Deputado Nazareno Fonteles (PT)<sup>156</sup>, onde esta seria uma forma de o Poder Legislativo brasileiro reascender ao posto de controle que outrora o era característico. Para isso, deveria primeiro combater o Ativismo do Poder judiciário e garantir através de instrumentos normativos, o fortalecimento do Legislativo, para que este possa equilibrar as forças com o Poder Judiciário, no que se refere ao controle de constitucionalidade efetuado por este.

A PEC 33/11, como é popularmente conhecida,

“Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição.”<sup>157</sup>

A justificativa apresentada pelo texto da PEC 33/11 é a busca por restaurar o equilíbrio entre os Poderes, onde haveria um fortalecimento do Poder Legislativo e uma reestruturação dos meios de controle de constitucionalidade do Poder Judiciário.<sup>158</sup>

Argumentos foram dados em favor da PEC 33/11, onde pode-se notar que as teses de defesa do instrumento supra estão sempre ligadas à três pontos fundamentais, onde estes são claramente voltados ao Poder Judiciário e à sua atuação no âmbito da Jurisdição Constitucional, vejamos:

---

juridico.com.br/site/index.php?artigo\_id=8831&n\_link=revista\_artigos\_leitura>. Acesso em: 01 out. 2013.

<sup>155</sup> LOIS, Cecilia Caballero; MARQUES, Gabriel Lima. *Pec 33 aponta para controle fraco de Constitucionalidade*. 27 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-27/pec-33-abertura-congresso-controle-fraco-constitucionalidade>>. Acesso em: 06 de outubro de 2013

<sup>156</sup> PEC 33/2011: *Proposta de Emenda à Constituição*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>>. Acesso em: 06 out. 2013.

<sup>157</sup> PEC 33/2011: *Proposta de Emenda à Constituição*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>>. Acesso em: 06 out. 2013.

<sup>158</sup> MALUF, André. *Artigo PEC 33/11: Conflito institucional e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://andremaluf.jusbrasil.com.br/artigos/111672923/artigo-pec-33-11-conflito-institucional-e-legitimidade-democratica>>. Acesso em: 05 out. 2013.

“i) O ativismo judicial praticado pelo STF desloca questões relevantes do Legislativo para o Judiciário, de modo que tal conduta carece de legitimidade democrática, violando a separação dos poderes e a soberania popular; ii) o STF vem atuando como legislador positivo, extrapolando sua competência constitucional; iii) A súmula vinculante tornou-se um instrumento inconstitucional tendo em vista que possui “força de lei”, permitindo que o STF sobreponha de ofício a competência delegada ao Congresso.”<sup>159</sup>

Como é perceptível, a ideia base contida nas entrelinhas da proposta da PEC 33/11 é de buscar uma maior atuação do Poder legislativo, bem como garantir um maior controle da atuação do Judiciário, formando uma espécie de controle externo do Ativismo inerente a este poder, onde,

“Em suma, a PEC/33 se revela uma resposta ao papel desempenhado pelo Judiciário no exercício das suas atribuições, que, em virtude da judicialização e do ativismo judicial, tem ganhado maior visibilidade e credibilidade social na efetivação de direitos fundamentais.”<sup>160</sup>

Como já trabalhamos em cima dos pontos específicos dos argumentos trazidos a favor da PEC 33/11, podemos elaborar um juízo de valor destes, onde primeiro vamos começar falando do Ativismo e da Legitimidade Democrática do STF, depois vamos analisar a atuação de legislador positivo do STF e por último, vamos discutir os pontos da súmula vinculante.

Levando em conta o fato da Constituição proteger direitos fundamentais, e sabendo que o Judiciário é legitimado por esta para efetuar a sua guarda, podemos dizer que a este cabe o dever de assegurar a concretização dos direitos defesos na Carta, ainda mais quando é notória a inércia dos outros Poderes.<sup>161</sup>

<sup>159</sup> MALUF, André. *Artigo PEC 33/11: Conflito institucional e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://andremaluf.jusbrasil.com.br/artigos/111672923/artigo-pec-33-11-conflito-institucional-e-legitimidade-democratica>>. Acesso em: 05 out. 2013.

<sup>160</sup> MALUF, André. *Artigo PEC 33/11: Conflito institucional e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://andremaluf.jusbrasil.com.br/artigos/111672923/artigo-pec-33-11-conflito-institucional-e-legitimidade-democratica>>. Acesso em: 05 out. 2013.

<sup>161</sup> MALUF, André. *Artigo PEC 33/11: Conflito institucional e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://andremaluf.jusbrasil.com.br/artigos/111672923/artigo-pec-33-11-conflito-institucional-e-legitimidade-democratica>>. Acesso em: 05 out. 2013.

É evidente que a Legitimidade Democrática do Poder Judiciário advêm da própria Constituição, portanto não há de se falar em não legitimidade por parte do STF e nem em violação à separação dos Poderes.

Ademais, como já foi exposto neste estudo,

“O Ativismo Judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.”<sup>162</sup>

Portanto, resta evidente que a atuação do STF tem respaldo na ineficiência dos outros Poderes, onde para garantir o gozo dos direitos fundamentais previstos pela Constituição, este deve agir de modo proativo.

No tocante ao fato do STF estar atuando como legislador positivo, devemos retornar ao debate anterior, pois temos que entender que a inércia dos outros Poderes é o que está permitindo uma maior atuação do Judiciário, pois como já foi evidenciado anteriormente, mais de uma vez,

“O Judiciário muitas vezes, visando garantir o gozo dos direitos previstos nos dispositivos constitucionais, que, em tese, só poderiam ser exercidos com criação de uma norma infraconstitucional pelo legislador, é obrigado a exceder sua competência, fato que caracteriza a judicialização.”<sup>163</sup>

Neste ponto, devemos observar a importância da súmula vinculante e o que dispõe a Constituição Federal sobre a aprovação, revisão ou cancelamento desta.

---

<sup>162</sup> BARROSO, Luíz Roberto. *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. 22 de dezembro de 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica?pagina=3](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=3)>. Acesso em: 01 de Out. de 2013.

<sup>163</sup> LOPES, Bruno de Souza; KARLINSKI, Francisco José Gonçalves; CARDOSO, Tiago Cougo. *Algumas considerações acerca do ativismo judicial*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=8831&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8831&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em: 01 out. 2013.

A súmula vinculante foi instaurada através da Emenda Constitucional 45/2004, também conhecida como “Reforma do Judiciário”<sup>164</sup>, e dela adveio o seguinte texto da Carta Magna de 1988:

“**Art. 103-A.** O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”<sup>165</sup>

Indo além no artigo supra, veremos que o ponto levantado pela PEC 33/11, de submeter ao grifo do Congresso Nacional a aprovação das súmulas vinculantes, na verdade já têm uma previsão normativa, não havendo necessidade de se transferir a competência de um Poder ao outro.<sup>166</sup>

Para evidenciar este fato, basta uma simples leitura da norma contida no Art. 103-A, § 2º, da Constituição Federal, *in verbis*:

“§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.”<sup>167</sup>

E quem são os legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade? O Art. 103 da Carta Magna responde.

<sup>164</sup> MALUF, André. *Artigo PEC 33/11: Conflito institucional e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://andremaluf.jusbrasil.com.br/artigos/111672923/artigo-pec-33-11-conflito-institucional-e-legitimidade-democratica>>. Acesso em: 05 out. 2013.

<sup>165</sup> BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10686845/artigo-103-da-constituicao-federal-de-1988>>. Acesso em: 08 out. 2013.

<sup>166</sup> MALUF, André. *Artigo PEC 33/11: Conflito institucional e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://andremaluf.jusbrasil.com.br/artigos/111672923/artigo-pec-33-11-conflito-institucional-e-legitimidade-democratica>>. Acesso em: 05 out. 2013.

<sup>167</sup> BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10686845/artigo-103-da-constituicao-federal-de-1988>>. Acesso em: 08 out. 2013.

**Art. 103.** Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

**I** - o Presidente da República;

**II** - a Mesa do Senado Federal;

**III** - a Mesa da Câmara dos Deputados;

**IV** a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

**V** o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

**VI** - o Procurador-Geral da República;

**VII** - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

**VIII** - partido político com representação no Congresso Nacional;

**IX** - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”<sup>168</sup>

Após esta breve análise das justificativas da PEC 33/11, devemos refletir sobre o real objetivo da proposta, se seria essa uma tentativa de aproximação com o modelo fraco de controle de constitucionalidade, quando é garantido no texto desta uma maior participação do Legislativo, semelhante ao cenário canadense, ou se seria esta proposta uma tentativa de um novo golpe à Democracia, pois como salienta Rodrigo Lago,

“A proposta inserida na PEC 33/2011 ressuscita dispositivo contido na Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas como um golpe à Democracia. Pelo art. 96, parágrafo único, da Constituição de 1937, Getúlio Vargas poderia, invocando o genérico conceito de “bem-estar do povo”, submeter novamente ao Congresso Nacional a lei declarada inconstitucional. E como o Congresso foi fechado, invocando o art. 180 da citada Constituição, Getúlio Vargas exercia sozinho este papel, incorporando a santíssima trindade, pois podia editar leis, como fez com os Códigos Penal e de Processo Penal, cassar decisões do Supremo, e por fim, executar as leis por ele mesmo editadas e convalidadas.”<sup>169</sup>

Portanto, fica evidente que este debate não é simples, muito menos deve ser desprestigiado, pois há muito terreno a ser explorado na área referente ao controle de constitucionalidade brasileiro, uma vez que este é dotado de particularidades, que dificultam a elaboração de uma resposta para a verdadeira forma de controle de constitucionalidade que deveria ser aplicado no país.

<sup>168</sup>BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10686845/artigo-103-da-constituicao-federal-de-1988>>. Acesso em: 08 out. 2013.

<sup>169</sup>LAGO, Rodrigo. *A PEC 33 como uma britadeira de cláusulas pétreas*. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-pec-33-como-uma-britadeira-de-clausulas-petreas>>. Acesso em: 08 out. 2013.

## CONCLUSÃO

O controle de constitucionalidade surgiu no mundo como uma importante ferramenta de garantia de defesa das normas estabelecidas na Lei Maior, buscando afastar a não aplicabilidade dos preceitos fundamentais, bem como garantir a supremacia e a força normativa da Constituição, resultando em uma maior segurança jurídica.

A análise do primeiro capítulo permitiu o estudo de quatro importantes modelos de controle de constitucionalidade no direito comparado, sendo eles, o Controle Difuso Americano, também conhecido como incidental, o qual teve origem a partir do conhecido caso *Marbury x Madison*, julgado pelo Juiz John Marshall no ano de 1803 na Suprema Corte dos Estados-Unidos; o Controle Concentrado Austríaco, também conhecido com abstrato, o qual foi idealizado por Hans Kelsen em 1920; o Controle Político exercido na França, o qual teve como base, a profunda desconfiança por parte do parlamento para com o judiciário daquele país, sendo importante na análise de um sistema não judicial de controle, buscando entender o papel do parlamento no controle de constitucionalidade; e por último, foi necessário trazer no debate dos modelos, o sistema aplicado no Canadá, pois como vimos, existe neste sistema uma previsão de uma maior atuação do Poder Legislativo no controle de constitucionalidade, gerando um importante equilíbrio entre os Poderes.

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, abordado no segundo capítulo deste estudo, é sem sombra de dúvidas, um complexo mecanismo de garantia da supremacia da Constituição, onde é importante destacar o papel que o Supremo Tribunal Federal tem exercido nesses últimos anos, garantindo um estado de segurança para a própria Carta Magna.

Em 1988, com a promulgação da “Constituição Cidadã”, foi evidenciada uma evolução no sistema híbrido nacional, tendo um fortalecimento do modelo proposto por Kelsen, o sistema abstrato de controle constitucional, ampliando o direito de propositura da ação direta. Como vimos, anteriormente a esta Carta, o monopólio da ação direta de inconstitucionalidade era a regra, figurando o Procurador-Geral da República como o legítimo para tal. Fabiana Luci de Oliveira

entende que o sistema de controle constitucional advindo da Lei Maior de 1988 continua híbrido, pois é garantido aos tribunais inferiores julgarem casos de constitucionalidade, apesar de cada vez mais o Supremo Tribunal Federal concentrar a função para exercer tal controle, preservando o sistema difuso, portanto.<sup>170</sup>

Os problemas levantados neste estudo, como já vistos anteriormente, são frutos diretos do crescimento da atuação do Supremo Tribunal Federal, sendo este, fruto da omissão constante do Legislativo, que por sua vez, veio a questionar os Ativismo Judicial, a legitimidade democrática, bem como a função de Legislador Positivo que está sendo imputada ao Supremo.

É notória a evolução e a consolidação atingida pelo Supremo Tribunal Federal em relação a proteção as normas fundamentais, permitindo a aceitação da atuação mais forte deste no sentido de promover a proteção da Constituição, garantindo o poder da norma e assegurando a efetividade desta. Entretanto, o uso do mecanismo de controle constitucional por parte do Supremo deve ser controlado não só pela comunidade jurídica, mas pelos demais Poderes e pela própria sociedade, evitando o cometimento de arbitrariedades e o uso indevido e amoral desta importante ferramenta de garantia da Constituição.

Este entendimento se coaduna com o princípio da independência e harmonia dos Poderes, previsto na Carta Magna, pois como trazido por inúmeros especialistas, “uma nova forma de relacionamento entre os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, onde cada órgão estatal fiscaliza a atuação do outro”<sup>171</sup>, é uma necessidade contemporânea.

---

<sup>170</sup>OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *Justiça, profissionalismo e política: o STF e o controle de constitucionalidade das leis no Brasil* - Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011.p. 31.

<sup>171</sup>PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A Omissão Legislativa Inconstitucional e a responsabilidade do EstadoLegislador*. São Paulo: Saraiva, 2007.p. 161.

## REFERÊNCIAS

ARABI, A.. *Ascensão do Judiciário e Tensão Institucional: Judicialização, Ativismo e Reação do poder Legislativo (PEC 33/2011)*. E-Legis - Revista Eletrônica do Programa de Pós-Graduação da Câmara dos Deputados, Brasília, 10, abr. 2013. Disponível em: <<http://elegisbr.com/cefor/index.php/e-legis/article/view/127/126>>. Acesso em: 30 Set. 2013.

ARNATES, Rogério Bastos. *O sistema híbrido de controle da constitucionalidade das leis no Brasil*. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero1/prodaca3.htm>>. Acesso em: outubro de 2013

ATALIBA, Geraldo. *Judiciário e Minorias*. In Revista de Informação Legislativa; Brasília, ano 24, n. 96, 1987.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996.

BARROSO, Luíz Roberto. *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. 22 de dezembro de 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica?pagina=3](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=3)>. Acesso em: 01 de Out. de 2013.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. 3ª edição. São Paulo; Renovar, 2010.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Experiências no controle de constitucionalidade – O diálogo institucional canadense e a Constituição Brasileira de 1937*. Direito público, 2010.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10686845/artigo-103-da-constituicao-federal-de-1988>>. Acesso em: 08 out. 2013.

BRASIL. *Lei nº 221, de 20 de Novembro de 1894*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-221-20-novembro-1894-540367-publicacaooriginal-40560-pl.html>>. Acesso em: junho de 2013.

BRASIL. *Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926*. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon\\_sn/1920-1929/emendaconstitucional-](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon_sn/1920-1929/emendaconstitucional-)



35085-3-setembro-1926-532729-publicacaooriginal-15088-pl.html>. Acesso em: junho de 2013.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm)>. Acesso em: junho de 2013

CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial De Constitucionalidade Das Leis No Direito Comparado*. 2ª Edição. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1992, Reimpresso 1999.

CARTA CANADIANA DOS DIREITOS Y LIBERDADES: Considerando que o Canadá está fundado sobre princípios que reconhecem a supremacia de Deus e a primazia do direito. Disponível em: <[http://www.oas.org/juridico/mla/pt/can/pt\\_can\\_const.html](http://www.oas.org/juridico/mla/pt/can/pt_can_const.html)>. Acesso em: 03 out. 2013.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *A Notwithstanding Clause e a Constituição do Canadá*. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/484/310>>. Acesso em: 03 out. 2013.

COOLEY, Thomas. *Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

CUSTÓDIO, Sueli Sampaio Damin. *O modelo de controle de Constitucionalidade Previsto no Direito Brasileiro*. Disponível em: <[http://revistas.unijorge.edu.br/searajuridica/2009\\_2/artigos/2\\_oModelodeControledeConstitucionalidadePrevistonoDireitoBrasileiro.pdf](http://revistas.unijorge.edu.br/searajuridica/2009_2/artigos/2_oModelodeControledeConstitucionalidadePrevistonoDireitoBrasileiro.pdf)>. Acesso em: outubro de 2013

DORES, Camilla Japiassu. *O guardião da Constituição segundo as concepções de Carl Schmitt e Hans Kelsen*. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3167, 3 mar. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21201>>. Acesso em: 30 set. 2013.

FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy Ed., 2004.

FELICÍSSIMO, Laisa T. Bernardino. *Conceito e aplicação do Ativismo Judicial*. 12 de Ago. 2011. Disponível em: <<http://monitoriafmdcoreu.blogspot.com.br/2011/08/conceito-e-aplicacao-do-ativismo.html>>. Acesso em: 01 de Out. de 2013.

FILHO, João Aurino de Melo. *Modelos de controle de constitucionalidade no direito comparado*. In: Jus Navigandi, março de 2008. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/11158/modelos-de-controle-de-constitucionalidade-no-direito-comparado/2#ixzz2WQxGZC73> . Acesso em junho de 2013.

FILHO, Nagib Slaibi. *Breve História do Controle de Constitucionalidade*. In: TJRJ. Disponível em: [http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir\\_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi\\_const/breve\\_historia\\_controle\\_constitu.pdf](http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_const/breve_historia_controle_constitu.pdf) . Acesso em: junho 2013

GUEDES, Néviton. *Constituição e Poder*. Tomemos a sério o princípio da separação de Poderes. 21 de janeiro de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-21/constituicao-poder-tomemos-serio-principio-separacao-poderes>>. Acesso em: 30 Set. 2013.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte : Del Rey, 1995.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. *O controle de Constitucionalidade na França e as alterações advindas da Reforma Constitucional de 23 de julho de 2008*. In: Portalciclo. Disponível em: <[http://www.portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/O\\_Control\\_de\\_Constituionalidade\\_na\\_Franca\\_e\\_as\\_Alteracoes\\_advindas\\_da\\_Reforma\\_Constitucional\\_de\\_23\\_de\\_julho\\_de\\_2008.pdf](http://www.portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/O_Control_de_Constituionalidade_na_Franca_e_as_Alteracoes_advindas_da_Reforma_Constitucional_de_23_de_julho_de_2008.pdf)>. Acesso em junho de 2013.

JUNIOR, Jair Brandão. *Controle de constitucionalidade preventivo e repressivo*. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1730/1649>>. Acesso em junho de 2013.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. *O Problema do Parlamentarismo*, in A Democracia. Trad. Vera Barkow et al. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

LAGO, Rodrigo. *A PEC 33 como uma britadeira de cláusulas pétreas*. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-pec-33-como-uma-britadeira-de-clausulas-petreas>>. Acesso em: 08 out. 2013.

LAMY, Marcelo. *Sistema Brasileiro de Controle da Constitucionalidade*. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/diretor/controladaconstitucionalidade.pdf> . Acesso em: junho de 2013.

LIMA, Fernando Machado da Silva. *Jurisdição constitucional e controle do poder. É efetiva a constituição Brasileira?*. Porto Alegre; Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

LOIS, Cecilia Caballero; MARQUES, Gabriel Lima. *Pec 33 aponta para controle fraco de Constitucionalidade*. 27 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-27/pec-33-abertura-congresso-controlado-fraco-constitucionalidade>>. Acesso em: 03 de outubro de 2013.

LOPES, Rodrigo. *Controle da Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF*. Editora Forense, 1998.

LOPES, Bruno de Souza; KARLINSKI, Francisco José Gonçalves; CARDOSO, Tiago Cougo. *Algumas considerações acerca do ativismo judicial*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=8831&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8831&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em: 01 out. 2013.

LOURENÇO, Rodrigo Lopes. *Controle da Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF*. Editora Forense, 1998.

MACHADO, Henrique Pandim Barbosa. *Weak form of judicial review: Apontamentos sobre o controle de constitucionalidade no Canadá, Nova Zelândia, Israel e Inglaterra*. Disponível em: <[http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs\\_3/2-Artigo36\\_Revista240Keletronica\\_Layout%201.pdf](http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_3/2-Artigo36_Revista240Keletronica_Layout%201.pdf)>. Acesso em junho de 2013.

MALUF, André. *Artigo PEC 33/11; Conflito institucional e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://andremaluf.jusbrasil.com.br/artigos/111672923/artigo-pec-33-11-conflito-institucional-e-legitimidade-democratica>>. Acesso em: 05 out. 2013.

MAMEDE, Mateus Lúcio. *Evolução histórica do controle de constitucionalidade no direito brasileiro e o direito comparado*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11235](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11235)> . Acesso em junho de 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. *A evolução do Direito Constitucional Brasileiro e o Controle de Constitucionalidade da Lei in Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 1988.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade*. In: BRANCO, P. G. G.; COELHO, I. M.; MENDES, G. M. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. - 3ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha* - 5ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, João. *Controle de constitucionalidade: Modelo Francês e a Questão Prioritária de Constitucionalidade*. Disponível em: <<http://professorjoaomendes.com.br/blog/?p=190>>. Acesso em: junho de 2013.

MORAES, Alexandre de, *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2000.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *Justiça, profissionalismo e política: o STF e o controle de constitucionalidade das leis no Brasil* - Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011.

PEC 33/2011: Proposta de Emenda à Constituição. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>>. Acesso em: 06 out. 2013.

PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. *Supremacia judicial e controle de constitucionalidade*. Disponível em: <<http://www.politano.com.br/userfiles/file/SUPREMACIA%20JUDICIAL%20E%20CONTROLE%20DE%20CONSTITUCIONALIDADE.pdf>>. Acesso em junho de 2013.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A Omissão Legislativa Inconstitucional e a responsabilidade do EstadoLegislador*. São Paulo: Saraiva, 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.