



**Centro Universitário de Brasília  
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD**

**DANIEL VICTOR DE ARAÚJO SIMÕES**

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PEC 33/11**

Brasília  
2014

**DANIEL VICTOR DE ARAÚJO SIMÕES**

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PEC 33/11**

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* Novas Tendências do Direito Público

Orientador: Prof. MSc. Saul Tourinho Leal

Brasília  
2014

**DANIEL VICTOR DE ARAÚJO SIMÕES**

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PEC 33/11**

Trabalho apresentado ao Centro  
Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD)  
como pré-requisito para a obtenção de  
Certificado de Conclusão de Curso de  
Pós-graduação *Lato Sensu* Novas  
Tendências do Direito Público

Orientador: Prof. MSc. Saul Tourinho Leal

Brasília, 28 de abril de 2014.

**Banca Examinadora**

---

Prof. MSc. André Gontijo

---

Prof. Dr. Gilson Ciarallo

Portanto, muito antes de tratar com desprezo um desconhecido, Musashi se habituara a avaliá-lo com cuidado até ter certeza do seu valor real, mantendo sempre uma atitude humilde e quase nunca reagindo com fervor a provocações, o que o fazia parecer por vezes subserviente, ou até mesmo covarde num primeiro momento.

Eiji Yoshikawa. Musashi, Livro 3: O Fogo

## RESUMO

O presente trabalho discute a (in)constitucionalidade da PEC 33/11. Para tanto, analisa o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro e modelos alternativos adotados em outros países. Também analisa os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial – uma vez que a PEC pretende ser uma resposta a eles. Por fim, conclui que a PEC 33/11 é constitucional e pretende introduzir o controle fraco de constitucionalidade no Brasil – o que permitirá um diálogo entre o Legislativo e o Judiciário e, conseqüentemente, reduzirá o ativismo judicial.

**Palavras-chave:** Direito constitucional. Controle de constitucionalidade. PEC 33/11.

## ABSTRACT

This paper discusses the (un)constitutionality of PEC 33/11. It analyzes the brazilian *judicial review* and alternative models adopted in other countries. It also examines the phenomenon of judicialization of politics and judicial activism – since the PEC aims to be a response to them. Finally, it concludes that PEC 33/11 is constitutional and aims to introduce the weak-form of *judicial review* in Brazil – which will enable a dialogue between the legislature and the judiciary, and therefore reduce judicial activism.

**Key words:** Constitutional Law. Judicial review. PEC 33/11.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>7</b>
<b>1 A PEC 33/11</b> .....	<b>8</b>
<b>1.1 A tramitação da PEC 33/11</b> .....	<b>11</b>
<b>1.2 Críticas à PEC 33/11</b> .....	<b>13</b>
<b>2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE</b> .....	<b>15</b>
<b>2.1 O controle político de constitucionalidade</b> .....	<b>16</b>
<b>2.2 A origem do controle jurisdicional de constitucionalidade</b> .....	<b>19</b>
<b>2.3 O controle jurisdicional difuso</b> .....	<b>21</b>
<b>2.4 O controle jurisdicional concentrado</b> .....	<b>22</b>
<b>2.5 O controle de constitucionalidade no Brasil</b> .....	<b>23</b>
2.5.1 <i>A Constituição de 1824</i> .....	23
2.5.2 <i>A Constituição de 1891</i> .....	25
2.5.3 <i>A Constituição de 1934</i> .....	26
2.5.4 <i>A Constituição de 1937</i> .....	28
2.5.5 <i>A Constituição de 1946</i> .....	29
2.5.6 <i>A Constituição de 1967</i> .....	30
2.5.7 <i>A Emenda Constitucional nº 01 de 1969</i> .....	31
2.5.8 <i>A Constituição de 1988</i> .....	32
<b>3 O ATIVISMO JUDICIAL</b> .....	<b>34</b>
<b>3.1 As origens do termo</b> .....	<b>34</b>
<b>3.2 A judicialização da política</b> .....	<b>35</b>
<b>3.3 A definição de ativismo judicial</b> .....	<b>36</b>
<b>4 A GUARDA DA CONSTITUIÇÃO</b> .....	<b>39</b>
<b>4.1 O embate entre Schmitt e Kelsen</b> .....	<b>39</b>
<b>4.2 O controle fraco de constitucionalidade</b> .....	<b>41</b>
4.2.1 <i>Experiências de controle fraco de constitucionalidade</i> .....	43
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	<b>48</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>52</b>

## INTRODUÇÃO

O estudo do controle de constitucionalidade é sempre importante no Estado Democrático de Direito. A supremacia da Constituição, que é fundamental, depende de um sistema eficaz de controle de constitucionalidade. E a Proposta de Emenda à Constituição nº 33 de 2011 (PEC 33/11) pretende alterar o sistema de controle vigente em nosso país.

A PEC 33/11 foi proposta ainda em 2011. Contudo, após o julgamento do mensalão e vários episódios de interferência do Poder Judiciário no funcionamento do Legislativo, a aprovação da matéria pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados (CCJ) ganhou destaque. A PEC foi imediatamente associada a um revanchismo da classe política e tachada de inconstitucional.

Entretanto, o debate sobre a constitucionalidade de tal proposta deve ser feito fora do contexto do mensalão. E este é o principal objetivo do presente trabalho.

Inicialmente, analisaremos as modificações que a PEC pretende executar no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Em seguida, trataremos do controle de constitucionalidade, suas características e sua evolução histórica no Brasil. Após, analisaremos a questão da judicialização da política e do ativismo judicial. Por fim, entraremos na discussão sobre o papel de guardião da constituição e analisaremos sistemas diferentes do nosso.

Todo o trabalho será desenvolvido a partir de pesquisa teórica. Trabalharemos com autores nacionais e internacionais – especialmente aqueles que escrevem sobre formas alternativas de controle de constitucionalidade.

Após discorrermos sobre todos estes elementos – que permeiam o debate sobre a PEC 33/11 – esperamos chegar a uma conclusão sobre a constitucionalidade da PEC e esperamos que o presente trabalho possa contribuir para que o debate seja mais técnico e menos político.



## 1 A PEC 33/11

A PEC 33/11 foi proposta pelo Deputado Federal Nazareno Fonteles, do PT do Piauí. A PEC possui três artigos que pretendem realizar três modificações no texto constitucional: 1) alterar o quórum de declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais; 2) alterar o quórum de aprovação das súmulas vinculantes e submetê-las à aprovação do Congresso Nacional antes da produção de efeito vinculante; e 3) submeter o efeito vinculante e a eficácia contra todos das decisões em ações diretas de inconstitucionalidade de emendas constitucionais à aprovação do Congresso Nacional. Vejamos a redação proposta:

Artigo 1º. O art. 97 da Constituição Federal de 1988 passará a vigorar com a seguinte redação

*"Art. 97 Somente pelo voto de quatro quintos de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou do ato normativo do poder público. ... (NR)".*

Artigo 2º. O art. 103-A da Constituição Federal de 1988 passará a vigorar com a seguinte redação

*"Art. 103-A O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de quatro quintos de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, propor súmula que, após aprovação pelo Congresso Nacional, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.*

*§ 1º A súmula deverá guardar estrita identidade com as decisões precedentes, não podendo exceder às situações que deram ensejo à sua criação.*

*§2º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.*

*§ 3º 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.*

*§4º O Congresso Nacional terá prazo de noventa dias, para deliberar, em sessão conjunta, por maioria absoluta, sobre o efeito vinculante da súmula, contados a partir do recebimento do processo, formado pelo enunciado e pelas decisões precedentes.*

*§5º A não deliberação do Congresso Nacional sobre o efeito vinculante da súmula no prazo estabelecido no §4º implicará sua aprovação tácita.*

*§6º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar súmula com efeito vinculante aprovada pelo Congresso Nacional caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. ....(NR)”*

Artigo 3º. O art. 102 da Constituição Federal de 1988 passará a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos:

"Art. 102. ...

...

*§ 2º-A As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produzem imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular.*

*§ 2º-B A manifestação do Congresso Nacional sobre a decisão judicial a que se refere o §2º-A deverá ocorrer em sessão conjunta, por três quintos de seus membros, no prazo de noventa dias, ao fim do qual, se não concluída a votação, prevalecerá a decisão do Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante e eficácia contra todos.*

*§2º-C É vedada, em qualquer hipótese, a suspensão da eficácia de Emenda à Constituição por medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal.*

....(NR)” (BRASIL, 2011, p. 01-03)

Entre as justificativas apresentadas pelo Deputado Nazareno Fonteles, destacam-se as que evidenciam uma preocupação com o protagonismo judicial e a necessidade de se resgatar o papel do Poder Legislativo:

Há ainda os casos da redução de vagas de vereadores, da súmula das algemas, e tantos outros. É tarefa simples enumerar os casos de explícito ativismo judicial. Difícil é mencionar exemplos de autocontenção de nossa Corte Suprema.

Por óbvio, devemos reconhecer as deficiências do Poder Legislativo, que tem passado por várias crises de credibilidade. Contudo, esse aspecto não deve justificar tais medidas, como se houvesse um vácuo político a ser ocupado pelo Supremo Tribunal Federal. O fortalecimento do Poder Legislativo deve ser debatido no âmbito da reforma político-eleitoral, mas não apenas nesse espaço. Há uma série de medidas de preservação e valorização da competência

legislativa do Congresso Nacional que devem ser apreciadas, independentemente da aprovação de novas regras eleitorais.

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

As decisões proferidas nesses casos carecerão de legitimidade democrática porque não passaram pelo exame do Congresso Nacional. Estamos, de fato, diante de um risco para legitimidade democrática em nosso país.

[...]

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

Precisamos, pois, resgatar o valor da representação política, da soberania popular e da dignidade da lei aprovada pelos representantes legítimos do povo, ameaçadas pela postura ativista do Judiciário. Restabelecer o equilíbrio entre os Poderes é, pois, o objetivo central da presente proposição. (BRASIL, 2011, p. 04-05)

Além de justificar a necessidade da emenda, o autor apresentou justificativas para as mudanças propostas. A proposta de aumentar o quórum para deliberações é justificada pela necessidade de se obter “nítida e clara homogeneidade no entendimento da Suprema Corte” (BRASIL, 2011, p. 06). Já a proposta de submissão das súmulas vinculantes à aprovação do Congresso Nacional parte do pressuposto de que elas não possuem natureza jurisdicional. Portanto, não haveria violação do princípio da separação dos poderes (BRASIL, 2011, p. 08-09). Por fim, a submissão das decisões que declaram inconstitucionais as emendas constitucionais é justificada pelo fato de que o efeito vinculante das ações diretas de inconstitucionalidade não fazia parte do texto original da Constituição – foi introduzido por emenda. E também porque se entendeu justo submeter a divergência entre os poderes Legislativo e Judiciário ao povo – o titular da soberania (BRASIL, 2011, p. 09).

O autor também utilizou elementos doutrinários para fundamentar sua proposta. Esclareceu que parte da doutrina jurídica se dedica ao debate de formas alternativas de controle de constitucionalidade. Citou, especificamente, os trabalhos de Mark Tushnet e Jeremy Waldron. Além disso, buscou demonstrar que já existem países que conferem maior participação ao Poder

Legislativo no controle de constitucionalidade – usou o caso do Canadá como exemplo. E Finalizou sua justificativa afirmando:

A presente Proposta de Emenda à Constituição pretende, insistimos, fomentar o diálogo institucional mediante a valorização do papel do Poder Legislativo, muito caro à democracia, e que traz consigo a insubstituível legitimidade da escolha popular. (BRASIL, 2011, p. 14)

É importante, destacar, contudo, que, apesar do impacto inicial causado por um projeto que pretende submeter decisões do Poder Judiciário ao crivo do Poder Legislativo, o autor foi moderado em suas propostas. Ao criar um mecanismo de aprovação tácita pelo decurso do tempo, com certeza foi criado um mecanismo que reduzirá o exercício da competência pelo Poder Legislativo. É bem provável que a intenção tenha sido criar a menor interferência possível e, até mesmo, facilitar a aprovação da emenda. O aspecto mais radical da PEC, ao final, acaba sendo a elevação do quórum para declaração de inconstitucionalidade – que se aproxima da unanimidade.

### **1.1 A tramitação da PEC 33/11**

Em 24 de abril de 2013 a PEC 33/11 foi aprovada em primeira votação na CCJ. O relatório do Deputado João Campos do PSDB de Goiás, que entendeu pela admissibilidade da proposta, foi aprovado com apenas dois votos contrários: dos deputados Paes Landim do PTB do Piauí e Vieira da Cunha do PDT do Rio Grande do Sul.

O relator concordou com a linha de raciocínio da proposta e entendeu que o atual contexto de protagonismo judicial justificaria a emenda, que não seria violadora da separação dos poderes (BRASIL, 2012).

O voto em separado do Deputado Paes Landim concluiu que a proposta era inadmissível porque violava a separação dos poderes e porque a iniciativa de proposta que modifica o quórum dos órgãos judiciais deveria partir do Poder Judiciário (BRASIL, 2013, p. 02, 06). Já o voto do Deputado Vieira da Cunha não só asseverou que a proposta fragilizaria a separação dos poderes,

como afirmou que ela teria um viés autoritário porque criaria instituto semelhante ao da Constituição de 1937:

Por fim, a submissão de declaração de inconstitucionalidade de emendas constitucionais ao Congresso Nacional, do qual, também se diga, se exige quórum altíssimo, será fonte de grandes embaraços institucionais. Ademais, se o instituto for aprovado, renovar-se-á uma concepção de Estado autoritária, já abandonada entre nós – aquela expressa na Constituição de 1937, no Parágrafo único do artigo 96:

*“No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.”*

As semelhanças são grandes, e tenho certeza de que nos inspiram, hoje, valores diversos daqueles expressos na Carta de 1937. Por isso, cabe demonstrar o perigo objetivo que esta suposta noção democrática envolve, ou seja, de retirar a palavra do órgão neutral (que exerce o papel de Corte Constitucional) e repassá-la ao Parlamento ou submeter a plebiscito decisões judiciais, retirando o debate da racionalidade democrática. (BRASIL, 2013a, p. 04)

Interessante registrar que a PEC 33/11, inicialmente, recebera outro relator que apresentou parecer pela admissão parcial. O primeiro relator foi o Deputado Espiridião Amin do PP de Santa Catarina. Seu parecer entendeu que a proposta de submeter ao Congresso as decisões que declarassem emendas inconstitucionais violaria a separação dos poderes:

Finalmente, no que tange ao art. 3º da proposição em epígrafe, no qual se pretende submeter ao Congresso Nacional a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade de proposta de emenda à Constituição, há, na espécie, manifesta inconstitucionalidade, pois a decisão do Excelso Pretório em ação direta de inconstitucionalidade tem natureza estritamente judicial. Desse modo, por significar interferência indevida do Poder Legislativo em atividade típica do Poder Judiciário, o dispositivo citado viola o princípio da separação dos Poderes.

Eis por que esta relatoria propõe emenda supressiva para sanar a inconstitucionalidade apontada. (BRASIL, 2011a, p. 03)

Entretanto, antes que o parecer do Deputado Espiridião Amin pudesse ser apreciado, ele renunciou à relatoria. E só em maio de 2012 o Deputado João Campos foi designado relator.

Apesar da aprovação inicial, a PEC 33/11 ainda tem um longo caminho pela frente. A aprovação na CCJ foi apenas quanto à admissibilidade.

A proposta ainda precisará ser analisada por uma comissão especial e pelo plenário. E depois, precisará ser aprovada pelo Senado. No momento, a PEC aguarda a definição da comissão especial.

## 1.2 Críticas à PEC 33/11

Apesar de proposta em 2011, a PEC passou ao largo da mídia até sua aprovação pela CCJ da Câmara dos Deputados em abril de 2013. Depois de aprovada, a PEC acabou sendo inserida pela mídia no contexto de uma disputa entre os Poderes Judiciário e Legislativo<sup>1</sup>. Entidades jurídicas como a Associação dos Magistrados Brasileiros<sup>2</sup> e a Associação Nacional dos Procuradores da República<sup>3</sup> se manifestaram contrariamente à PEC. Os próprios ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) não esconderam sua insatisfação. O Presidente Joaquim Barbosa divulgou nota em que expressou sua visão:

Separação de Poderes não é uma noção abstrata. Faz parte do direito de todos os cidadãos. Integra o conjunto de mecanismos constitucionais pelos quais um poder contém ou neutraliza os abusos do outro. Tem quase 80 anos a tradição já consolidada entre nós de se permitir que o Supremo Tribunal Federal declare a invalidade jurídica de uma lei votada pelo Congresso, por maioria absoluta, por violação de uma cláusula constitucional. Por que alterar isso agora, em pleno século 21? Essa medida, se aprovada, fragilizará a democracia brasileira. (BRASIL, 2013b)

A proposta entrou até mesmo na pauta dos protestos de junho de 2013<sup>4</sup>. E a academia também não ficou calada. Os festejados

---

<sup>1</sup> Vide, por exemplo, as matérias do G1 (<<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/04/se-pec-33-passar-melhor-que-se-feche-o-supremo-diz-gilmar-mendes.html>>, acesso em: 15 jan. 2014) e do Congresso em Foco (<<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/comissao-submete-decisoes-do-stf-ao-congresso/>> acesso em: 15 jan. 2014)

<sup>2</sup> Nota da AMB: <[http://www.amb.com.br/mod/1/index.asp?secao=mostranoticia&mat\\_id=25367](http://www.amb.com.br/mod/1/index.asp?secao=mostranoticia&mat_id=25367)>. Acesso em: 15 jan. 2014.

<sup>3</sup> Nota da ANPR: <[http://www.anpr.org.br/index.php?option=com\\_noticias&view=destaque&id=2888](http://www.anpr.org.br/index.php?option=com_noticias&view=destaque&id=2888)>. Acesso em: 15 jan. 2014.

<sup>4</sup> O fato foi noticiado pelo Congresso em Foco (<<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/protesto-agora-e-contra-limitacoes-ao-poder-do-stf/>>. Acesso em: 15 jan. 2014).

constitucionalistas Marcelo Cattoni, Alexandre Bahia e Dierle Nunes publicaram trabalho em que se posicionaram contra a PEC 33/11. Os três defenderam que, na verdade, a PEC é que era ativista, porque tratava o controle de constitucionalidade como uma disputa de poder e não como uma função jurisdicional que deve buscar a supremacia da Constituição:

[...] Nossa tese é que a PEC 33 compartilha dos mesmos supostos paradigmáticos daqueles julgados tachados de “ativistas” do STF a que pretende se contrapor. A PEC trata a questão do controle de constitucionalidade como disputa pela soberania legislativa e não como questão jurisdicional de garantia da Constituição, sendo, então, nesse sentido, a “solução” tão ruim quanto o problema. (OLIVEIRA; BAHIA; NUNES, 2013)

As críticas à PEC 33/11, basicamente, se fundamentam em dois argumentos: a violação à separação dos poderes – porque só o judiciário poderia exercer o controle de constitucionalidade – e a inevitabilidade do ativismo judicial – que é necessário para garantir os direitos fundamentais diante da inação legislativa.

A PEC efetivamente busca alterar a estrutura de poderes do Brasil. Pretendemos tentar responder se essa alteração é ou não constitucional. Para isso, iremos, na sequência, aprofundar em três temas que são o pano de fundo da discussão sobre a PEC: o controle de constitucionalidade, o ativismo judicial e a função de guardião da constituição.

## 2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A Constituição da República, em seu artigo 2º<sup>5</sup>, prescreve que os poderes são independentes e harmônicos entre si. Neste dispositivo e no art. 60, §4º, III<sup>6</sup> – que arrola a separação dos poderes como cláusula pétrea – está delineado o princípio da separação dos poderes.

Como a Constituição também prescreve que o STF é o guardião da Constituição (art. 102<sup>7</sup>), na nossa tradição jurídica, estabeleceu-se que o controle de constitucionalidade é jurisdicional – daí o argumento de que a PEC 33/11 violaria a separação entre os poderes. E é assim porque é exercido por magistrados. Agentes que gozam da independência e das garantias próprias da magistratura e que, por isso, podem atuar como um poder contramajoritário. Um poder que se insere no sistema de freios e contrapesos e que é capaz de evitar a tirania da maioria. A lição de Leal (2010, p. 109) é precisa:

Não podemos colocar os ministros e ministras do Supremo Tribunal Federal como sendo técnicos que não compreendem a vontade da população. O compromisso da corte é com a defesa da Constituição Federal adequando-a sempre à evolução dos tempos, fazendo com que o pacto lançado pela população num dado momento histórico seja perenizado por meio de uma interpretação em evolução. Isto em atendimento ao respeito aos direitos fundamentais inseridos no texto constitucional, e não à maioria eventualmente formada por vontades passageiras da população por vezes manipulada.

Além da independência e das garantias próprias da magistratura, para que um sistema de controle seja considerado jurisdicional são necessários mais três elementos: a supremacia da constituição, a rigidez constitucional e a atuação repressiva. A supremacia da constituição garante que nenhum ato possa estar em desconformidade com ela. O que faz da constituição a norma

---

<sup>5</sup> Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

<sup>6</sup> Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

III - a separação dos Poderes;

<sup>7</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:



fundamental do sistema jurídico. Já a rigidez constitucional impõe um processo diferenciado e mais complexo para a alteração da constituição e, em alguns casos, a impossibilidade de modificação. Assim, evita-se que o legislador modifique livremente a constituição e faça letra morta da supremacia constitucional. Percebe-se claramente que estes dois elementos são complementares. Por fim, a atuação repressiva impõe que a manifestação jurisdicional ocorra após a edição do ato impugnado. Em função da independência, o controle jurisdicional não pode se confundir com a elaboração do ato. Portanto, sua atuação não é preventiva. É repressiva.

A excelente lógica que fundamenta o controle jurisdicional de constitucionalidade nos leva a crer que ele sempre existiu. Que assim que foi promulgada a primeira constituição, já se estabeleceu a competência do Poder Judiciário. Entretanto, o que hoje aparenta ser algo que sempre existiu é, em verdade, um instituto recente, não utilizado por todos os sistemas jurídicos e ainda controverso.

## **2.1 O controle político de constitucionalidade**

Conforme ensina Pereira (2012, p. 67), a primeira forma de controle de constitucionalidade a surgir foi a política, na França do século XVIII. Este mesmo autor nos ensina que:

O controle político de constitucionalidade das leis é exercido por um órgão de natureza política, seja pelo próprio Poder responsável pela atividade legislativa (Parlamento ou Assembleia), seja por um órgão específico, especialmente constituído para o desempenho de tal função (Comitê e Conselhos) ou, até mesmo, por um Tribunal Constitucional. (PEREIRA, 2012, p. 67)

Destaque-se, contudo, que o autor arrola o tribunal constitucional por considerar que não há unanimidade quanto à natureza de sua função, se política ou jurídica. Mas discordamos do autor por entendermos que os membros de um tribunal constitucional gozam de prerrogativas típicas da magistratura, não se confundem com os órgãos políticos e utilizam a técnica de decisão judicial. É bem verdade que algumas vezes eles são oriundos do poder

político, mas, uma vez investidos nos cargos, são magistrados. Nesse sentido, concordamos com Kelsen (2003, p. 248):

[...] Pode-se certamente discutir sobre a conveniência de tal instituição [o tribunal constitucional], e ninguém afirmará que se trata de uma garantia absolutamente eficaz em qualquer circunstância. Mas de todos os pontos de vista segundo os quais se possa debater o problema político-jurídico de um tribunal constitucional central e estabelecer seus prós e contras, um ponto é de fato insignificante: o de se tal órgão seria um *tribunal* e sua função verdadeiramente *jurisdicional*.

Como a decisão no controle político não é jurídica e, não raro, é de competência do mesmo órgão que legisla, há confusão entre controlador e controlado. Assim, nos sistemas de controle político não encontramos um dos elementos basilares do controle jurisdicional: a supremacia da constituição.

Também não há atuação repressiva. O controle exercido por órgãos políticos é preventivo e, muitas vezes, apenas uma etapa do processo legislativo. Cappelletti (apud PEREIRA, 2012, p. 113) ressalta bem essa característica:

Não se pode, porém, omitir uma alusão ao fato de que, em certos Países, em lugar de um controle jurisdicional – ou, talvez, ao lado dele – existe um controle exercido por órgãos que podemos chamar políticos, mas não, judiciários. Usualmente nestes sistemas o controle, ao invés de ser posterior à elaboração e promulgação da lei, é preventivo, vale dizer, ocorre antes que a lei entre em vigor, e, às vezes, se trata ainda de um controle com função meramente consultiva, isto é, a função de um mero parecer, não dotado de força definitivamente vinculatória para os órgãos legislativos e governamentais. (apud PEREIRA, 2012, p. 113)

Nos sistemas de controle político, a supremacia não é da constituição. É do parlamento. O Reino Unido é um bom exemplo de controle político. Lá, não só a supremacia é do Parlamento, como sequer existe uma constituição escrita. Portanto, também não há rigidez constitucional. Sobre o assunto:

[...] a maioria dos estudiosos britânicos diria que a Grã-Bretanha tem uma constituição – mas que não é escrita. Com relação à rigidez constitucional, eles apontam que parte da constituição britânica compreende a forte convenção da supremacia parlamentar – isto é, que o Parlamento pode, por maioria ordinária de votos, alterar uma convenção constitucional existente e os tribunais não podem invalidar

uma lei promulgada pelo Parlamento. (JACKSON; TUSHNET, 2006, p. 365-366, tradução livre<sup>8</sup>)

Se no controle político há confusão entre quem controla e quem é controlado, a atuação é preventiva e não há supremacia e rigidez constitucional, em verdade, não há controle de constitucionalidade.

Miranda (apud PEREIRA, 2012, p. 76) assevera que três razões justificaram essa ausência de controle durante o movimento constitucionalista liberal: 1) a crença otimista de que haveria respeito aos dispositivos constitucionais e que esse respeito garantiria a harmonia política; 2) o fato de a constituição não ser vista como fundamento de validade das leis; e 3) o fato de a constituição ser compreendida como um projeto em andamento.

O fato é que, hoje, o sistema de controle político perdeu força:

Na Europa, onde por todo o século XIX, a doutrina do *judicial review* não encontrou eco, os tribunais apenas começaram a ocupar uma posição mais proeminente a partir da Segunda Guerra, em especial na Alemanha e na Itália. Como reação ao nazismo e ao fascismo e uma enorme desconfiança na democracia de massas, foram estabelecidas substantivas cartas de direitos e potentes tribunais constitucionais, rompendo com a velha tradição rousseauiana de soberania popular. Em alguma medida, a reconstitucionalização espanhola, no final da década de 1970, e a constitucionalização de diversos países da Europa oriental, após a queda do muro de Berlim, seguiram a mesma lógica. (VIEIRA, 2008)

Países que possuíam o controle político já adotaram reformas que introduziram elementos do controle jurisdicional. A França é um bom exemplo:

[...] apesar de continuar a existir o controle realizado pelo Conselho Constitucional nos moldes de uma matriz política (com as características acima delineadas), em julho de 2008, em virtude de uma reforma constitucional a França passou a trabalhar com a possibilidade de apreciação de constitucionalidade de leis e atos normativos mediante um controle abstrato [...] Com isso, o Conselho Constitucional mediante provocação poderá declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos também através de um controle repressivo. (FERNANDES, 2011, p. 906-907)

---

<sup>8</sup> [...] most British scholars would say that Great Britain has a constitution - but that is unwritten. With respect to entrenchment, they point out, part of the British constitution includes the strong convention of parliamentary supremacy - that is, that Parliament may by ordinary majority vote change any existing constitutional convention, and the courts cannot invalidate a law enacted by Parliament.

## 2.2 A origem do controle jurisdicional de constitucionalidade

A doutrina imputa o surgimento do controle jurisdicional de constitucionalidade ao famoso julgamento do caso *Marbury v. Madison* pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Sobre o assunto, Tassinari (2013, p. 71-72) muito bem registrou:

A origem do *judicial review* vem sendo alvo de muitas discussões teóricas. Dentre os diversos posicionamentos desenvolvidos, pelo menos há um ponto comum: de que a sentença proferida por Chief Justice Marshall, no famoso caso *Marbury v. Madison*, foi uma manifestação do poder da Corte em *revisar* uma decisão política. Isto é, embora as alterações que se operaram na atuação da Suprema Corte a partir do século XIX resultem uma dificuldade de se enxergar nesta decisão o *judicial review* tal como ele é atualmente exercido, não se pode negar as contribuições que este caso trouxe para o direito norte-americano, pois se, algumas modificações ocorreram, foram a partir de uma base – e esta é o caso já referido.

Este famoso caso, tratou de uma disputa entre William Marbury e o Secretário de Estado James Madison. Robert P. Young Jr. (2009, p. 183-184, tradução livre<sup>9</sup>) resume bem o caso:

[...] O Presidente John Adams nomeou alguns indivíduos para cargos federais [juizes de paz] nos momentos finais de seu mandato, mas uma série de nomeações não foram entregues aos nomeados. (Ironicamente, foi John Marshall, então secretário de estado no governo de Adams, que não conseguiu entregar as nomeações.) Quando Thomas Jefferson assumiu o governo, ele se recusou a entregar as nomeações restantes, autorizadas por seu antecessor. Marbury, que havia sido confirmado pelo Senado, ajuizou um mandado de segurança no Tribunal para obrigar Jefferson a entregar sua nomeação.

<sup>9</sup> [...] President John Adams appointed a number of individuals to federal posts in the waning hours of his presidency, but a number of the commissions had not been delivered to those appointed. (Ironically, it was John Marshall, then secretary of state in Adams's cabinet, who failed to deliver the commissions.) When Thomas Jefferson entered office, he refused to deliver the remaining commissions authorized by his predecessor. Marbury, who had been confirmed by the Senate, sought a writ of mandamus from the Court to compel Jefferson to deliver his commission.

The question before the Court was whether it could force the president to deliver the commission by issuing a writ of mandamus. The court noted that Marbury clearly had the right to the commission. However, the trickier legal issue was whether a provision in the Judiciary Act, which expanded the original jurisdiction of the Court to issue writs of mandamus, prevailed over the narrower original jurisdiction of Article III in the Constitution, which did not grant the Court original jurisdiction to issue writs of mandamus. Marshall, speaking for the Court, held that the provision was unconstitutional because a legislative act could not expand the original jurisdiction of the Court set forth in the Constitution. Therefore, the Court declined to order Jefferson to deliver Marbury's commission.

A questão perante o Tribunal era se ele poderia forçar o presidente a entregar a nomeação por meio de um mandado de segurança. O tribunal observou que Marbury tinha claramente o direito à nomeação. No entanto, a questão jurídica mais complicada era saber se uma disposição da Lei do Judiciário, que ampliara a competência originária do Tribunal para concessão de mandados de segurança, prevaleceria sobre a competência originária mais restrita do Artigo III da Constituição, que não concedera ao Tribunal competência originária para conceder mandados de segurança. Marshall, falando em nome do Tribunal, considerou que a disposição era inconstitucional porque um ato legislativo não poderia expandir a competência originária do Tribunal estabelecida na Constituição. Assim, o Tribunal não ordenou que Jefferson entregasse a nomeação de Marbury.

Naquela oportunidade, a Suprema Corte dos Estados Unidos afirmou que um ato do legislativo era inconstitucional e não só fez valer a supremacia da constituição, como tomou para si a função de garante desta supremacia. Entretanto, a Suprema Corte não inventou algo novo:

[...] alguns autores, dentre eles Cappelletti, acreditam que a ideia de supremacia da Constituição em relação à legislação infra-constitucional, apesar de ter sido efetivamente consagrada a partir da interpretação judicial da Constituição americana de 1787, conferida pelo *Chief Justice* Marshall no caso *Marbury v. Madison*, já existira, ainda que não propriamente da forma como veio a se consolidar no final do século XVIII, em outros sistemas jurídicos remotos [...] (PEREIRA, 2012, p. 85)

De fato, na própria doutrina norte-americana encontramos evidências de que o controle jurisdicional de constitucionalidade fora previsto pelos constituintes. Vejamos o que diz Leslie Friedman Goldstein (2009, p. 82, tradução livre<sup>10</sup>):

Por exemplo, a crise política criada pelo desprezo público do presidente Jefferson ao ato de nomeação como juiz de paz de William Marbury forçou Marshall, no caso *Marbury v. Madison*, a adotar interpretações estritas, tanto do texto de 1789 da Lei do Judiciário como do Artigo III, Seção 2, inciso 2 [da Constituição]. É altamente improvável que a maioria do Tribunal tivesse interpretado esses textos dessa forma, não tivesse o Tribunal sido politicamente pressionado a fortalecer o primado do direito e por isso a fortalecer a

<sup>10</sup> For instance, the political crisis created by President Jefferson's public flouting of the law that led to William Marbury's justice of the peace appointment pushed Marshall in *Marbury v. Madison* to announce strained readings of both the text of 1789 Judiciary Act and of Article III, Section 2, clause 2. It is highly unlikely that the court majority would have stretched these texts in these ways, had the Court not been *politically* pressed to strengthen the rule of law and for that reason to strengthen judicial authority. Judicial review of federal law was openly anticipated by a number of speakers at the Constitutional Convention and in the print war over ratification between the Anti-Federalists and the Federalists, *and* it is at least compatible with, if not demanded by, the words of the Constitution, *and* it fits the overall constitutional structure; therefore, it almost certainly would have come along sooner or later. Still, without the pressures of Jefferson's lawless behavior, the Court would likely have waited for a more plainly unconstitutional law before asserting this power.

autoridade judicial. O controle de constitucionalidade do direito federal foi abertamente antecipado por vários oradores na Convenção Constitucional e na guerra de escritos entre os Anti-Federalistas e os Federalistas durante a ratificação; e é no mínimo compatível – se não for exigível – com as palavras da Constituição; e ela se encaixa na estrutura constitucional global; portanto, é quase certo que teria que surgir mais cedo ou mais tarde. Contudo, sem as pressões do comportamento ilegal de Jefferson, o Tribunal provavelmente teria esperado por uma lei manifestamente inconstitucional antes de afirmar este poder.

O fato é que, passados mais de duzentos anos do célebre julgamento, ainda hoje a legitimidade do controle jurisdicional é alvo de acaloradas discussões no direito norte-americano. Como exemplo, podemos citar Mark Tushnet (2009, p. 117, tradução livre<sup>11</sup>), um dos expoentes do movimento *critical legal studies*<sup>12</sup>, para quem dar aos “juízes poderes para aplicar limitações constitucionais pode ameaçar o autogoverno democrático”. De fato, como já dito, o controle jurisdicional é uma ideia recente e ainda em discussão. E também, uma ideia que não é unânime:

Ao longo da história, a defesa da Constituição esteve sob a responsabilidade dos mais variados órgãos e instituições. Não há portanto, univocidade no que concerne à sua guarda. [...]

A defesa da Constituição está, pois, atrelada à existência de uma instituição ou órgão incumbido da realização e efetivação de tal tarefa. A responsabilidade orgânica pela guarda da Constituição é historicamente atribuída a instituições tanto de natureza política, quanto judicial (ou jurisdicional), ou de ambas. (PEREIRA, 2012, p. 51, 52)

### 2.3 O controle jurisdicional difuso

No caso *Marbury v. Madison*, a inconstitucionalidade de um ato legislativo foi reconhecida em função de um caso concreto que chegou à Suprema Corte. A declaração de inconstitucionalidade foi necessária à decisão

---

<sup>11</sup> [...] judges the power to enforce constitutional limitations can threaten democratic self-governance.

<sup>12</sup> O movimento conhecido como *critical legal studies* surgiu nos anos sessenta, nos Estados Unidos. Era uma escola jurídica de esquerda, influenciada pelo ambiente de luta pelos direitos civis da época e que foi fortemente influenciada pelo *realismo jurídico*. Os expoentes desse movimento defendiam que o direito é política e ideologia e também criticaram o judiciário por suas características e estrutura (GODOY, 2005, p. 11-16).

do conflito – no caso, a declaração significou a denegação do pedido – e produziu efeito para as partes envolvidas. Mas, no sistema da *common law*, em função do instituto do *stare decisis*, as decisões da Suprema Corte não se restringem ao caso concreto. Portanto, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade acabaram por vincular a todos. Sobre o assunto, a lição de Tassinari (2013, p. 74):

Derivada do direito inglês e incorporada pela doutrina norte-americana, a teoria do precedente surge direcionada a garantir a coerência nos sistemas jurídicos fundados na *common law*, em que os juízes são obrigados a tomar suas decisões respeitando as regras estabelecidas em julgamentos passados. Nesta concepção também está incluída a regra do *stare decisis*, pela qual um caso presente, se considerado semelhante a outro anterior, deverá ser julgado do mesmo modo.

O sistema norte-americano permite que qualquer juiz declare a inconstitucionalidade de um ato no decorrer da análise de um caso concreto. Por isso, convencionou-se chamar esse sistema de difuso. Mas, as decisões de juízes hierarquicamente superiores vinculam os inferiores. E, no topo do sistema, está a Suprema Corte. Portanto, ao final, o entendimento sobre a constitucionalidade de um determinado ato será uniforme.

Outra característica marcante do sistema difuso é quanto aos efeitos temporais. A decisão de inconstitucionalidade é declaratória, ou seja, reconhece que o ato é nulo desde a origem porque violou a constituição. Isso gera o chamado efeito retroativo ou *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade (FERNANDES, 2011, p. 904).

## 2.4 O controle jurisdicional concentrado

Nos países de *direito continental*<sup>13</sup> não existe o instituto do *stare decisis*. Portanto, um determinado juiz não está vinculado ao entendimento de um juiz em posição hierárquica superior – entretanto, é inegável que as

---

<sup>13</sup> *Direito continental* deve ser entendido como o direito derivado da tradição romano-germânica dos países da Europa continental; se opõe ao direito insular derivado da tradição da *common law* da Inglaterra.

decisões de tribunais superiores exercem um poder de convencimento. Portanto, a utilização do controle jurisdicional difuso em sistemas de *direito continental* poderia gerar soluções discrepantes para casos semelhantes.

A solução para este problema foi arquitetada por Kelsen: o chamado controle jurisdicional concentrado. Neste sistema, o poder de declarar a inconstitucionalidade é concentrado em um único órgão: o Tribunal Constitucional. E também, a análise da constitucionalidade não é feita no decorrer de um caso concreto. Ela é feita abstratamente, considerando se, em tese, determinado ato contraria a constituição (FERNANDES, 2011, p. 905).

E ainda, em coerência com a doutrina de Kelsen (2003, p. 300, 303), os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado são para o futuro:

A afirmação de que uma lei válida é “contrária à Constituição” (anticonstitucional) é uma *contradictio inadjecto*; pois uma lei somente pode ser válida com fundamento na Constituição. Quando se tem fundamento para aceitar a validade de uma lei, o fundamento da sua validade tem de residir na Constituição. [...] 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.

## 2.5 O controle de constitucionalidade no Brasil

### 2.5.1 A Constituição de 1824

O Brasil ganhou sua primeira constituição após sua independência. Entretanto, aquela constituição não era democrática. Estávamos sob o regime imperial e a Constituição de 1824 consagrava o poder do Imperador. Por um lado, a Constituição, seguindo a tendência do liberalismo europeu, consagrava a soberania do Parlamento ao conferir-lhe a função de guardião da constituição:



Art. 15. É da attribuição da Assembléa Geral

[...]

IX. Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral do Nação.

Mas por outro lado, essa função era limitada pelo Poder Moderador. Este poder, delineado nos artigos 98 a 101 da Constituição<sup>14</sup>, colocava o Imperador acima do Legislativo e do Judiciário. Não havia nenhuma previsão de controle de constitucionalidade jurisdicional. E muito menos político porque, na prática, o Parlamento não era soberano. Em verdade, em função do Poder Moderador, não há sequer como se falar em Estado de Direito:

[...] a autoridade simbólica (*auctoritas*) do Imperador impediu que esse debate sobre direitos fosse fundado na autoridade simbólica da Constituição. Na medida em que o poder (*potestas*) é personificado e a autoridade simbólica é legitimada pela religião, o espaço de construção do Estado de Direito é ocupado, quando deveria ser mantido vazio e impessoal. (REPOLÊS, 2008, p. 65-66)

---

<sup>14</sup> Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos.

Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolavel, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.

Art. 100. Os seus Titulos são "Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brazil" e tem o Tratamento de Magestade Imperial.

Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador

I. Nomeando os Senadores, na fórma do Art. 43.

II. Convocando a Assembléa Geral extraordinariamente nos intervallos das Sessões, quando assim o pede o bem do Imperio.

III. Sancionando os Decretos, e Resoluções da Assembléa Geral, para que tenham força de Lei: Art. 62.

IV. Approvando, e suspendendo interinamente as Resoluções dos Conselhos Provinciaes: Arts. 86, e 87.

V. Prorogando, ou adiando a Assembléa Geral, e dissolvendo a Camara dos Deputados, nos casos, em que o exigir a salvação do Estado; convocando immediatamente outra, que a substitua.

VI. Nomeando, e demittindo livremente os Ministros de Estado.

VII. Suspendendo os Magistrados nos casos do Art. 154.

VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas e os Réos condemnados por Sentença.

IX. Concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado.

### 2.5.2 A Constituição de 1891

O Império acabara e viera a República. E junto com ela, o Estado de Direito de modelo liberal. Influenciada pelo direito norte-americano, a Constituição de 1891 instituiu o controle jurisdicional difuso. Entretanto, este controle difuso era diferente do que conhecemos hoje. Conforme prescrevia o art. 60, a, da Constituição de 1891<sup>15</sup>, todas as causas que se fundavam diretamente na constituição eram da alçada Federal. E o Supremo Tribunal Federal decidiria os recursos dessas causas (art. 59, II<sup>16</sup>) e das causas em que os atos estaduais entrassem em choque com a Constituição (art. 59, §1º, b<sup>17</sup>). Entretanto, a implantação do sistema difuso possuía um problema:

*O judicial review* norte-americano foi inserido no direito constitucional brasileiro. Esqueceram, contudo, da figura do *stare decisis* que confere efeito vinculante à decisão proferida pela Suprema Corte no caso concreto. Este esquecimento daria fortes dores de cabeça ao Brasil [...] (LEAL, 2012, p. 139)

Outra importante característica do controle de constitucionalidade na Constituição de 1891, é que ele não era exclusivamente jurisdicional. A Emenda Constitucional nº 3 de 1926 alterou a redação do art. 6º da Constituição e modificou o sistema. O §1º do art. 6º<sup>18</sup> passou a conferir ao Congresso Nacional a competência privativa para decretação de intervenção

---

<sup>15</sup> Art 60 - Compete aos Juizes ou Tribunais Federais, processar e julgar:

a) as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição federal;

<sup>16</sup> Art 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

[...]

II - julgar, em grau de recurso, as questões resolvidas pelos Juizes e Tribunais Federais, assim como as de que tratam o presente artigo, § 1º, e o art. 60;

<sup>17</sup> § 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

<sup>18</sup> § 1º Cabe, privativamente, ao Congresso Nacional decretar a intervenção nos Estados para assegurar o respeito aos princípios constitucionais da União (nº II); para decidir da legitimidade de poderes, em caso de duplicata (nº III), e para reorganizar as finanças do Estado insolvente (nº IV) (Incluído pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)

federal no caso de violação de princípios constitucionais sensíveis. Portanto, uma importante parcela do controle de constitucionalidade passou a ser política.

Também é importante destacar o art. 35, 1º, que expressamente cometia a guarda da Constituição, ainda que sem exclusividade, ao Congresso:

Art 35 - Incumbe, outrossim, ao Congresso, mas não privativamente:

1º) velar na guarda da Constituição e das leis e providenciar sobre as necessidades de caráter federal;

### 2.5.3 A Constituição de 1934

A Constituição de 1934 manteve o controle jurisdicional difuso, mas retirou do Poder Judiciário a competência sobre “causas exclusivamente políticas” (art. 68<sup>19</sup>). Faltou definir o que seriam tais causas. A Constituição também inovou ao criar a cláusula de reserva de plenário (art. 179<sup>20</sup>). Uma tentativa de dar maior estabilidade ao controle difuso (LEAL, 2012, p. 140).

As causas fundadas na Constituição ainda eram federais (art. 81, b<sup>21</sup>) e seus recursos seriam analisados pela Corte Suprema (art. 76, 2, II, a<sup>22</sup>). Uma novidade foi a introdução da figura do recurso extraordinário, no qual a Corte Suprema apreciaria recursos dos tribunais estaduais quando

<sup>19</sup> Art 68 - É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.

<sup>20</sup> Art 179 - 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>21</sup> 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>22</sup> Art 76 - A Corte Suprema compete:

[...]

2) julgar:

[...]

II - em recurso ordinário:

a) as causas, inclusive mandados de segurança, decididas por Juizes e Tribunais federais, sem prejuízo do disposto nos arts. 78 e 79;

envolvessem questões constitucionais (art. 76, 2, III, *b* e *c*<sup>23</sup>). Outra importante inovação foi a introdução do poder de suspensão, pelo Senado, de lei ou ato declarado inconstitucional pelo Poder Judiciário:

A fórmula criada conferia ao Senado Federal a possibilidade de suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando houvessem sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário. Para isso bastava que o Procurador-Geral da República comunicasse a decisão ao Senado (arts. 91, IV, e 96). (LEAL, 2012, p. 140)

Fora uma evidente tentativa de suprir a ausência do *stare decisis*.

Quanto à intervenção federal, o Poder Legislativo perdeu a predominância. Agora, a decretação de intervenção federal para assegurar o cumprimento de princípios constitucionais sensíveis dependia da aprovação da Corte Suprema (art. 12, V, e §§ 1º e 2º<sup>24</sup>). Foi a criação da chamada representação interventiva. E, conforme ensina Rovaris (2009, p. 117), “esse instituto pode ser considerado o embrião da ação direta de inconstitucionalidade no Brasil”.

---

<sup>23</sup> 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;

<sup>24</sup> Art 12 - A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo:

[...]

V - para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras *a* a *h*, do art. 7º, nº I, e a execução das leis federais;

[...]

§1º - Na hipótese do nº VI, assim como para assegurar a observância dos princípios constitucionais (art. 7º, nº I), a intervenção será decretada por lei federal, que lhe fixará a amplitude e a duração, prorrogável por nova lei. A Câmara dos Deputados poderá eleger o Interventor, ou autorizar o Presidente da República a nomeá-lo.

§2º - Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade.

#### 2.5.4 A Constituição de 1937

A Constituição de 1937 precisa ser lida com cuidado. Isso porque o país vivia uma ditadura: o Estado Novo. A própria constituição não foi redigida por uma assembleia. Ela foi decretada pelo presidente, que se atribuiu super-poderes (art. 73<sup>25</sup>). Havia limites à atuação do Poder Legislativo (art. 11<sup>26</sup>, 64<sup>27</sup>) e o Poder Judiciário continuava aliado das questões políticas (art. 94<sup>28</sup>).

Quanto ao controle jurisdicional de constitucionalidade, em tese, ele fora mantido. Entretanto, como a justiça federal comum fora excluída do sistema, as causas constitucionais passaram a ser de competência dos juízes comuns. Só o recurso extraordinário foi mantido no Supremo Tribunal Federal.

A constituição manteve a cláusula de reserva de plenário. Entretanto, a representação interventiva e a suspensão de lei declarada inconstitucional foram extintas.

Uma interessante inovação foi o art. 96, parágrafo único:

Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente

---

<sup>25</sup> Art 73 - o Presidente da República, autoridade suprema do Estado, coordena a atividade dos órgãos representativos, de grau superior, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional, e superintende a administração do País.

<sup>26</sup> Art 11 - A lei, quando de iniciativa do Parlamento, limitar-se-á a regular, de modo geral, dispondo apenas sobre a substância e os princípios, a matéria que constitui o seu objeto. O Poder Executivo expedirá os regulamentos, complementares.

<sup>27</sup> Art 64 - A iniciativa dos projetos de lei cabe, em princípio, ao Governo. Em todo caso, não serão admitidos como objeto de deliberação projetos ou emendas de iniciativa de qualquer das Câmaras, desde que versem sobre matéria tributária ou que de uns ou de outras resulte aumento de despesa.

§ 1º - A nenhum membro de qualquer das Câmaras caberá a iniciativa de projetos de lei. A iniciativa só poderá ser tomada por um terço de Deputados ou de membros do Conselho Federal.

§ 2º - Qualquer projeto iniciado em uma das Câmaras terá suspenso o seu andamento, desde que o Governo comunique o seu propósito de apresentar projeto que regule o mesmo assunto. Se dentro de trinta dias não chegar à Câmara a que for feita essa comunicação, o projeto do Governo, voltará a constituir objeto de deliberação o iniciado no Parlamento.

<sup>28</sup> Art 94 - É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.

ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

O instituto permitiria que o Poder Legislativo reavaliasse as decisões do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade. As semelhanças com a PEC 33/11 são evidentes. Tanto é que o Deputado Vieira da Cunha, em seu voto em separado na CCJ da Câmara dos Deputados, alertou para a semelhança (BRASIL, 2013a, p. 04).

Entretanto, como o país vivia uma ditadura, o instituto era, na verdade, uma forma de o Poder Executivo controlar o Poder Judiciário. Se estivéssemos em uma democracia, talvez, hoje, possuiríamos um bom parâmetro para avaliar a adequação da PEC 33/11.

#### 2.5.5 A Constituição de 1946

Terminada a ditadura de Getúlio Vargas, o país ganhou novamente uma constituição democrática. A Constituição de 1946 manteve o controle de constitucionalidade difuso exercido por todos os juízes, o recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal e a cláusula de reserva de plenário. E trouxe de volta institutos da Constituição de 1934: a suspensão de execução de lei pelo Senado Federal e a representação interventiva – só que agora o Supremo Tribunal Federal analisava não a lei que decretava a intervenção, mas sim, o ato tido por inconstitucional (art. 8<sup>o</sup><sup>29</sup>). Uma novidade foi a ausência da norma que vedava a apreciação de questões exclusivamente políticas pelo Poder Judiciário.

A Constituição de 1946 era democrática. Contudo, sua vida foi curta. Antes de atingir sua maioria veio o golpe de 1964. E mais uma vez a ditadura. A vigência da Constituição foi mantida, porém, com diversas

---

<sup>29</sup> Art 8º - A intervenção será decretada por lei federal nos casos dos nºs VI e VII do artigo anterior.

Parágrafo único - No caso do nº VII, o ato argüido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarar, será decretada a intervenção.

modificações introduzidas por Atos Institucionais e, posteriormente, por emendas.

Uma dessas emendas, a de número 16 de 1965, introduziu no país o controle jurisdicional concentrado de constitucionalidade:

Art. 2º As alíneas *c*, *f*, *i* e *k* do art. 101, inciso I [que prescrevia a competência originária do STF], passam a ter a seguinte redação:

[...]

k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República;

E foi assim – como um instrumento da ditadura – que o controle jurisdicional concentrado de constitucionalidade foi introduzido no Brasil.

#### 2.5.6 A Constituição de 1967

Depois de muito alterar a Constituição de 1946 os militares resolveram que o país precisava de uma nova constituição:

Com o golpe de 1964 e a ascensão ao poder dos militares, ficava cada vez mais claro que a Constituição de 1946 não atendia às necessidades daquela classe. Isso se confirma ao se observar que, se em quinze anos (de 1946 a 1961) a Constituição sofreu apenas três emendas, entre 1961 e 1966 o número de emendas já chegava a vinte e uma.

De fato, os Atos Institucionais já haviam praticamente determinado a anulação da Constituição de 1946, levando os militares a outorgarem em 24 de janeiro de 1967 uma nova Constituição.

A Constituição de 1967, sob o argumento inconsistente de preservar a segurança nacional, conferiu amplos poderes ao Poder Executivo federal, na figura do Presidente da República. Consequência desse fortalecimento do Poder Executivo foi a valorização da União na estrutura federativa do Estado brasileiro, trazendo para si certas competências que antes pertenciam aos Estados e aos Municípios.

Ademais, os Atos Institucionais e os Decretos-Leis tornaram o Poder Executivo o titular efetivo do poder legiferante, sob o argumento da urgência e do interesse público que, obviamente, nem sempre eram presentes. (VAINER, 2010, p. 182)

A nova Constituição manteve o controle difuso e o recém criado controle concentrado – mas a legitimidade ainda era exclusiva do Procurador-Geral da República. Todos os juízes poderiam apreciar a constitucionalidade das leis e havia a previsão do recurso extraordinário. Da mesma forma, foi mantida a cláusula de reserva de plenário e a suspensão de lei inconstitucional pelo Senado Federal. E a representação interventiva também foi mantida.

### 2.5.7 A Emenda Constitucional nº 01 de 1969

Após o recrudescimento de protestos contra o regime e a edição do famigerado Ato Institucional nº 05, a ditadura aprovou uma emenda constitucional que substituíra toda a constituição vigente. Segundo Bastos (apud VAINER, 2010, p. 183):

Vê-se que se tratava de um período curioso da história do Brasil.

Ao mesmo tempo que se desprezava o direito constitucional – porque tudo no fundo brotava de atos cujo fundamento último era o exercício sem limites do poder pelos militares – não se descurava, contudo, de procurar uma aparência de legitimidade pela invocação de dispositivos legais que estariam a embasar estas emanações de força.

Para uns, como visto, esta emenda é uma nova Constituição, para outros não passa de uma mera emenda.

A emenda basicamente manteve o sistema da constituição anterior. As novidades foram: a representação interventiva municipal que tinha como parâmetro a constituição estadual (art. 15, §3º, <sup>30</sup>), a medida cautelar nas representações por inconstitucionalidade (art. 119, I, <sup>31</sup>) e a representação

---

<sup>30</sup> §3º A intervenção nos municípios será regulada na Constituição do Estado, somente podendo ocorrer quando:

[...]

d) o Tribunal de Justiça do Estado der provimento a representação formulada pelo Chefe do Ministério Público local para assegurar a observância dos princípios indicados na Constituição estadual, bem como para prover à execução de lei ou de ordem ou decisão judiciária, limitando-se o decreto do Governador a suspender o ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade;

<sup>31</sup> Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

I - processar e julgar originariamente;

[...]



para “interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual” (art. 119, I, <sup>β2</sup>), que foi introduzida por emenda em 1977.

### 2.5.8 A Constituição de 1988

Era a volta da democracia. Depois de anos de ditadura e já com um presidente civil eleito veio a Constituição de 1988, a chamada Constituição Cidadã:

De fato, a Constituição de 1988 expressa bem os anseios da sociedade no período em que foi promulgada. Após vinte anos de ditadura e violação aos direitos humanos, a Carta Política de 1988 consagrou em especial os direitos individuais, dando atenção especial ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e aos direitos conexos a este princípio, como a proibição da tortura (5º, III) e a prática de racismo como crime inafiançável (5º, XLII), entre outros. (VAINER, 2010, p. 188)

A nova Constituição manteve os dois modos de controle jurisdicional de constitucionalidade, o difuso e o concentrado. Entretanto, o concentrado ganhou prestígio (LEAL, 2012, p. 148). O rol de legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade foi ampliado, o que democratizou o instituto (art. 103<sup>33</sup>). Além disso, novas ações foram criadas: a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, parágrafo único<sup>34</sup>), a ação de

---

p) o pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República;

<sup>32</sup> I) a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual; (Redação da pela Emenda Constitucional nº 7, de 1977)

<sup>33</sup> Art. 103. Podem propor a ação de inconstitucionalidade:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembléia Legislativa; V - o Governador de Estado;
- 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>34</sup> Parágrafo único. A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º<sup>35</sup>) e o mandado de injunção (art. 5º, LXXI<sup>36</sup>). A ideia era ampliar os remédios constitucionais existentes e, com isso, garantir a máxima efetividade da Constituição.

Posteriormente, com a reforma efetuada pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, foi introduzido o instituto da Súmula Vinculante que foi a “adequação do modelo do controle difuso de constitucionalidade à sua essência norte-americana, que traz a figura do *stare decisis*” (LEAL, 2012, p. 243).

Mas talvez, a grande inovação da Constituição de 1988 tenha sido a do art. 102:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

Foi a primeira vez em nossa história constitucional que a função de guardião foi expressamente conferida ao STF. E a interpretação desse dispositivo – que define quem é o guardião da constituição – é um dos fundamentos das críticas à PEC 33/11.

---

<sup>35</sup> § 2º - 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.

<sup>36</sup> LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

### 3 O ATIVISMO JUDICIAL

Como já vimos, a PEC 33/11 pretende ser uma resposta ao ativismo judicial. Portanto, é chegada a hora de analisar melhor esse fenômeno.

Conforme vimos anteriormente, o nosso país teve uma forte tradição de controle de constitucionalidade difuso. O controle concentrado só ganhou preponderância com a Constituição de 1988.

Essa preponderância gerou críticas e a mais comum é chamar as decisões do STF de ativistas. Entretanto, o próprio conceito de ativismo judicial é controverso. Segundo ensina Bicca (2012, p. 225):

O ativismo judicial é mais uma daquelas expressões sem definição certa, como outras existentes no meio jurídico, mas que, apesar de sua imprecisão, é utilizada amplamente nas mais diversas searas, sem se saber ao certo do que se trata.

Continentino (2012, p. 129) pensa como Bicca e ressalta a dificuldade de se chegar a um consenso sobre os contornos do conceito de ativismo judicial. Segundo ele, só há um consenso quanto à percepção de que o conceito possui várias perspectivas.

Além da confusão decorrente da própria definição do conceito, é comum a confusão com o conceito de judicialização da política.

#### 3.1 As origens do termo

Segundo ensina Leal (2010, p. 24), o termo ativismo judicial surgiu nos Estados Unidos:

Nos Estados Unidos encontramos pela primeira vez a utilização massificada da expressão *judicial activism* fazendo contraponto ao termo *self restraint*, ambos servindo para caracterizar as posições da Suprema Corte quanto a temas controvertidos e impregnados, pela sua polêmica, de forte conotação política, por afetar a postura adotada pelos Poderes Executivo e Legislativo em relação aos cidadãos. (2010, p. 24)

Quem difundiu a expressão para o público foi o jornalista Arthur Schlesinger Jr. em um artigo para a revista *Fortune*, em 1947. No artigo, o jornalista revelou bastidores da Suprema Corte e dividiu os juízes em duas correntes, em função da maneira como decidiam. De um lado havia os ativistas – liderados pelo Justice Black – e do outro os partidários da auto-contenção judicial – liderados pelo Justice Frankfurter:

Enquanto a ala Black via o Tribunal como um instrumento para alcançar a justiça social, especialmente para desprotegidos na sociedade, Frankfurter atuava para permitir que o Poder Legislativo elaborasse políticas voltadas para essas questões por meio das maiorias. (LEAL, 2010, p. 32)

O termo, portanto, foi um rótulo utilizado para que um assunto técnico – as decisões da Suprema Corte norte-americana – pudesse ser mais bem compreendido pelo público leigo. E como rótulo funcionou muito bem. Hoje é muito comum classificar os tribunais e os juízes como sendo ou não ativistas.

Entretanto, não podemos nos esquecer de que a expressão é um rótulo, uma simplificação. Comumente, associa-se o ativismo judicial a uma maior garantia de direitos e a uma atuação que extrapola os limites da legislação. Mas nem toda decisão judicial que garante direitos extrapola os limites legais. Da mesma forma, nem toda decisão que extrapola os limites legais é garantidora de direitos.

### **3.2 A judicialização da política**

É muito comum a confusão entre ativismo judicial e judicialização da política. Ambos são fenômenos semelhantes porque evidenciam o protagonismo do Poder Judiciário.

Em 2008, o professor – e agora Ministro do STF – Barroso escreveu um artigo para diferenciar judicialização da política e ativismo judicial. O pano de fundo do texto foi uma análise do ano do STF. Segundo o autor, a judicialização:

[...] significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. (BARROSO, 2008, p. 03)

E o ativismo:

[...] 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. (BARROSO, 2008, p. 06)

Perceba que Barroso, com muita propriedade, definiu que a judicialização estaria atrelada ao fato de questões serem submetidas ao poder judiciário. Já o ativismo teria relação com as respostas para as questões submetidas ao judiciário. E aí está a diferença entre os dois fenômenos.

A judicialização antecede o ativismo. Só há espaço para ativismo em uma sociedade judicializada. E, como bem registrou Barroso (2008, p. 3), “a *redemocratização* do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988 [...] fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira”. É por isso que hoje discutimos tanto sobre o ativismo judicial.

### 3.3 A definição de ativismo judicial

Barroso identificou muito bem que o ativismo está ligado à maneira como as decisões são tomadas pelo Poder Judiciário. E ele acredita que o ativismo, por possuir um viés progressista, é bom. Entretanto, ele não ignora os riscos:

Uma nota final: o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo

uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes. (BARROSO, 2008, p. 19)

E riscos existem. Conforme ensina Tassinari (2013, p. 148):

Uma postura ativista deriva, por sua vez, de julgamentos realizados a partir de um ato de vontade do aplicador, não condicionados, portanto, a elementos jurídicos, embora, por vezes, possuam a aparência de juridicidade. Esta noção de aplicação do direito mediante um ato de vontade pode ser encontrada na obra de Hans Kelsen (“Teoria Pura do Direito”), assim como a caracterização do ativismo por este enfoque pode ser extraída tanto da obra de Antoine Garapon (que trata a decisão ativista como movida por desejos) como do posicionamento do autor norte-americano Christopher Wolfe (para quem, nos momentos mais intensos de interferência da Suprema Corte, abandonou-se o critério de julgamento, e a decisão judicial passou a ser uma questão de vontade). A partir disso, afirmam-se dois importantes aspectos: primeiro, que o ativismo judicial aparece como um problema criado exclusivamente pelo âmbito jurídico, isto é, cuja origem, à diferença da judicialização, não está condicionada a acontecimentos externos ao Direito; e, segundo, que, no fundo, o problema do ativismo judicial é de cunho interpretativo, de observar se a intervenção do Judiciário ocorreu dentro dos limites constitucionais, questionando sua legitimidade a partir de critérios igualmente jurídicos; (2013, p. 148)

A definição de ativismo utilizada por Tassinari é esclarecedora. O ativismo é um ato de vontade do julgador. Ele rompe a fronteira do jurídico e permite decisões permeadas pela ideologia própria do julgador. E esse é o ativismo perigoso. Esse é o que traz riscos.

Na verdade, estamos convencidos de que esse é o único ativismo e, que, nesse sentido, ele sempre traz riscos. Barroso acredita que o ativismo pode ser bom enquanto progressista. Porém, seu texto revela que ele não compreende o ativismo como um ato de vontade:

Em suma: o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça. (BARROSO, 2008, p. 19)

Percebe-se claramente que o judiciário ativista de Barroso é o judiciário que cumpre sua missão dentro dos limites da constituição. Não à toa, Tassinari, trabalhando esse mesmo texto de Barroso (2013, p. 31), afirma que:

O problema é que os elementos que Barroso elenca como caracterizadores do ativismo, no atual paradigma constitucional, devem ser inerentes a qualquer juiz no exercício de suas atribuições. Isso porque, nesta quadra da história, já não é nenhuma novidade que o juiz deva mostrar-se preocupado com a aplicação imediata da Constituição, com a realização de um efetivo controle de constitucionalidade e com o cumprimento das finalidades constitucionais (embora, por diversas vezes, isso ainda não seja adequadamente praticado, dando origem ao que Lenio Streck chama de “baixa constitucionalidade”). Ou seja, por estes critérios acima apontados, não há como se compreender a distinção entre ativismo e judicialização da política.

Leal (2010, p. 197) foi direto ao ponto e identificou esse tipo de Judiciário descrito por Barroso não como ativista, mas sim, altivo:

A conclusão é uma só: temos uma Corte ativa e que age, em relação ao mérito dos casos abordados por nós no presente livro, em sintonia com as atribuições que a própria Constituição Federal lhe impôs, pois cumpre sua missão de concretizar os Direitos Fundamentais.

Logo, o mérito das decisões apreciadas fortifica a democracia, pois confere ao cidadão e às minorias mais direitos e oportunidades, sem que as regras do jogo democrático sejam arranhadas.

Assim, a definição de ativismo que utilizaremos daqui para frente é essa: o ativismo como ato de vontade do julgador. E é justamente esse ativismo que precisa ser evitado e que a PEC 33/11 se propõe a combater:

O Poder Judiciário brasileiro tem, com efeito, lançado mão de interpretações pós-positivistas, aplicando princípios constitucionais a todo tipo de situações concretas, demonstrando pouco apreço aos textos legais e adotando uma dogmática fluida, com elevado grau de liberdade. Acha-se sempre um princípio constitucional, até então pouco difundido, pronto a fundamentar uma nova decisão impregnada de valor moral. É o verdadeiro império do *panprincipiologismo*. (BRASIL, 2011, p. 13)

## 4 A GUARDA DA CONSTITUIÇÃO

Já analisamos o controle de constitucionalidade e o ativismo judicial. Agora, iniciaremos uma análise sobre a guarda da constituição. Conforme já demonstrado neste trabalho, o Brasil confiou a guarda de sua constituição ao STF. Adotamos o controle jurisdicional de constitucionalidade difuso e concentrado, contudo, a preponderância do concentrado é evidente.

A PEC 33/11 modifica o papel do STF. Portanto, é importante discutir o papel de guardião e, principalmente, verificar se não existem sistemas diferentes do nosso.

### 4.1 O embate entre Schmitt e Kelsen

No início do século passado, Carl Schmitt e Hans Kelsen se envolveram em um debate sobre o papel de guardião da constituição. O pano de fundo desse debate era a falência da República de Weimar. Carvalho (2008, p. 362-363) resumiu muito bem o debate:

Para Schmitt, a defesa da Constituição, como se depreende do art. 48 da Constituição de Weimar, de 1919, cabe ao Presidente do *Reich*, uma espécie de poder neutro concebido por Benjamin Constant, e que influenciou Schmitt, para o desenvolvimento de uma teoria própria. Segundo Schmitt, não compete aos tribunais exercer o controle de constitucionalidade, como queria Kelsen, porquanto a justiça constitucional tem uma feição nitidamente de caráter político, o que faz com que se politize a jurisdição constitucional, levando ao comprometimento do equilíbrio constitucional do Estado de Direito (a política não tem nada a ganhar e a justiça tudo a perder). [...] O presidente do *Reich*, ainda segundo Schmitt, é o protetor da Constituição, por ser independente dos partidos políticos e do Parlamento; é escolhido pela totalidade do povo alemão, expressa, portanto, a vontade da maioria; é o autêntico poder neutro, mediador, regulador e tutelar. O Parlamento, cuja composição é plural, não se mostra capaz de obter a imprescindível unidade [...]

Kelsen, ao sustentar a necessidade de um controle concentrado de constitucionalidade, a cargo de um Tribunal Constitucional, reafirma que a defesa da Constituição visa justamente evitar sua violação pelo seu defensor proposto por Schmitt, isto é, o Presidente do *Reich*, cuja legitimidade advém apenas de uma maioria no momento da votação, nada mais garantindo. O exemplo histórico é expressivo: em 1933, na



Alemanha, ocorreram mutações constitucionais justamente em razão da deformação das concepções originais do texto constitucional de 1919, levadas a efeito por Hitler, então Presidente do *Reich*, como se fosse um poder neutro. Só a justiça constitucional, porque associada ao regime democrático, é capaz de oferecer garantias eficazes contra o risco de esmagamento das minorias e da violação dos direitos fundamentais.

Schmitt acreditava que o guardião da constituição deveria ser o Chefe de Estado. Já Kelsen acreditava que deveria ser o Tribunal Constitucional. Não podemos concordar com Schmitt. Concentrar tanto poder nas mãos de um único indivíduo é um erro. E a história mostrou isto.

Porém, um ponto é certo. Parte da crítica de Schmitt tem fundamento. O autor demonstrou uma evidente preocupação com a falta de representatividade e a politização do judiciário:

[...] A partir da concentração de todos os conflitos constitucionais em um único tribunal composto por funcionários de carreira inamovíveis e, nessa base, independente, seria criada uma segunda câmara, cujos membros seriam funcionários de carreira. Nenhuma estrutura judicial poderia ocultar o fato de que se trataria, em tal tribunal do Estado ou constitucional, de uma instância de alta política dotada de poderes legislativos constitucionais. Do ponto de vista democrático, seria praticamente impossível transferir tais funções a uma *aristocracia da toga*. (SCHMITT, 2007, p. 228)

E estas são preocupações válidas.

Não podemos concordar com a solução oferecida: concentrar o poder de guarda da constituição em uma única pessoa. Mas entendemos a crítica e cremos que ela é válida. De fato, essa é uma das preocupações que motivaram a PEC 33/11:

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

As decisões proferidas nesses casos carecerão de legitimidade democrática porque não passaram pelo exame do Congresso Nacional. Estamos, de fato, diante de um risco para legitimidade democrática em nosso país. (BRASIL, 2011, p. 5)

E a ascensão do Poder Judiciário – não só no Brasil, mas no mundo todo – torna a discussão sobre uma aristocracia da toga bastante atual. Aqui no Brasil, citamos como exemplo Vieira (2008):

[...]Foi apenas com a Constituição de 1988 que o Supremo deslocou-se para o centro de nosso arranjo político. Esta posição institucional vem sendo paulatinamente ocupada de forma substantiva, em face a enorme tarefa de guardar tão extensa constituição. A ampliação dos instrumentos ofertados para a jurisdição constitucional tem levado o Supremo não apenas a exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias. Se esta é uma atribuição comum a outros tribunais constitucionais ao redor do mundo, a distinção do Supremo é de escala e de natureza. Escala pela quantidade de temas que, no Brasil, têm natureza constitucional e são reconhecidas pela doutrina como passíveis de judicialização; de natureza, pelo fato de não haver qualquer obstáculo para que o Supremo aprecie atos do poder constituinte reformador. [...]

Já existiram sistemas que confiaram a guarda da constituição ao Legislativo e ao Executivo. Há um consenso de que tais sistemas são falhos. O Legislativo como guardião pode falhar ignorando as minorias e quando há uma crise de representatividade. Já o executivo pode falhar e levar a uma autocracia. O constitucionalismo moderno desconfia dos dois sistemas e confia a guarda da constituição ao Poder Judiciário (VIEIRA, 2008).

Porém, o Poder Judiciário também pode falhar. O ativismo judicial é uma prova disso. Até o momento, o consenso é de que as falhas ainda não superaram os benefícios. Mas não há garantias de que será sempre assim.

## **4.2 O controle fraco de constitucionalidade**

Hoje, o Brasil possui um sistema de controle de constitucionalidade exclusivo, exercido apenas pelo Poder Judiciário. Por mais que outros órgãos possam avaliar a constitucionalidade de um determinado ato, a palavra final sempre será do Judiciário. E, dentro da estrutura do Judiciário, a palavra final será do STF. Esse é o sistema da Constituição de 1988.

Entretanto, nem todos os países adotam sistemas de controle exclusivos. O controle que aqui chamamos de exclusivo também é denominado forte. E “é um sistema em que as interpretações judiciais da Constituição são finais não podem ser revisadas por maiorias legislativas ordinárias” (TUSHNET,

2009, p. 127, tradução livre<sup>37</sup>). E em oposição ao controle forte existe o controle fraco:

[...] Sistemas de controle fraco cumprem a promessa de reduzir a tensão entre a revisão judicial e o autogoverno democrático, embora reconhecendo que o constitucionalismo exige que haja alguns limites sobre o autogoverno. A ideia básica por trás do controle fraco é simples: fornecer mecanismos para que as pessoas respondam a decisões – que elas razoavelmente acreditam estar equivocadas – que podem ser implantados mais rapidamente do que uma emenda constitucional ou um processo de nomeação judicial. (TUSHNET, 2009, p. 119, tradução livre<sup>38</sup>)

Países como a Nova Zelândia, a Inglaterra e o Canadá adotam sistemas de controle fraco. Esses países, que tradicionalmente tinham o controle político, quando passaram a adotar mecanismos de controle jurisdicional criaram o que hoje é chamado de controle fraco:

[...] reconhece-se o papel do Judiciário de verificar a compatibilidade das leis com o Texto Constitucional, mas sem que se reconheça a primazia da opinião do Judiciário sobre a dos demais Poderes (especialmente o Legislativo). (PINTO, 2010, p. 35)

Portanto, ao contrário do que uma análise superficial poderia indicar, países democráticos convivem bem com sistemas fracos (TUSHNET, 2009, p. 119).

Num sistema forte como o nosso, uma vez que a corte constitucional tenha definido uma interpretação da constituição, ela só poderia ser modificada se: a corte for convencida a mudar de posição, se a composição da corte for modificada de forma a mudar a posição ou se uma emenda constitucional derrubar a interpretação da corte – note que esta hipótese, em alguns casos, não será possível no nosso sistema. Estes três processos não são fáceis e rápidos. Por isso, a tendência é que a interpretação da corte prevaleça.

---

<sup>37</sup> Strong-form review is a system in which judicial interpretations of the constitution are final and unreviewable by ordinary legislative majorities.

<sup>38</sup> [...] Weak-form systems of judicial review hold out the promise of reducing the tension between judicial review and democratic self-governance, while acknowledging that constitutionalism requires that there be some limits on self-governance. The basic idea behind weak-form review is simple: weak-form judicial review provides mechanisms for the people to respond to decisions that they reasonably believe mistaken that can be deployed more rapidly than the constitutional amendment or judicial appointment processes.

O sistema fraco busca acelerar essa resposta à interpretação da corte. Ele cria a possibilidade da resposta em tempo real, de um verdadeiro diálogo entre o Judiciário e o Legislativo:

Sistemas de controle fraco se assemelham ao modelo de Ackerman<sup>39</sup> na medida em que ambos envolvem a possibilidade de que poderíamos considerar como conversas em "tempo real" entre os tribunais e os órgãos legislativos. Eles diferem, no entanto, de duas maneiras. No modelo de Ackerman, um evento de mudanças bruscas é raro, e marca a transição de uma organização constitucional relativamente grande para outra. Em contraste, os sistemas de controle fraco, no mínimo, permitem a possibilidade de diálogos constitucionais em tempo real serem rotina. Além disso, Ackerman, implicitamente, dá às interpretações judiciais caráter normativo – pelo menos durante os longos períodos de política normal que se seguem aos eventos de mudanças bruscas. Sistemas de controle fraco tratam interpretações constitucionais das legislaturas com o mesmo peso normativo das dos tribunais. (TUSHNET, 2009, p. 129, tradução livre<sup>40</sup>)

#### 4.2.1 *Experiências de controle fraco de constitucionalidade*

Dentre os vários países que adotam o chamado controle fraco de constitucionalidade, cada um construiu um sistema que se adapta à sua realidade. Mas, apesar das diferenças sistêmicas, todos tem em comum o fato de que a última palavra não é dos juízes (PINTO, 2010, p. 40).

---

<sup>39</sup> Segundo Tushnet (2009, p. 129), o modelo de Ackerman explica as interações entre o judiciário e o legislativo baseado no conceito de eventos de mudanças bruscas. Esse modelo permite respostas rápidas do judiciário às pressões da legislatura para mudanças em sua estrutura. A corte mudaria uma determinada interpretação constitucional como uma forma de se defender de um ataque (que tem como objetivo controlar a corte) à sua estrutura que vem do legislativo. Encontramos um bom exemplo desse modelo na obra de Jenkins, que narra as tentativas do Presidente Roosevelt de modificar a jurisprudência da Suprema Corte sobre o *New Deal* (apud LEAL, 2010, p. 26-29).

<sup>40</sup> Weak-form systems resemble Ackerman's model to the extent that both involve the possibility of what we might think of as "real time" conversations between courts and legislatures. They differ, though, in two ways. In Ackerman's model, switches in time are rare, and mark the transition from one relatively large-scale organization of the constitutional order to another. In contrast, weak-form systems at least allow for the possibility of routine real-time constitutional conversations. In addition, Ackerman may implicitly give judicial interpretations normative finality, at least during the extended periods of normal politics that follow the switches in time. Weak-form systems treat constitutional interpretations offered by legislatures as normatively equal in weight to those offered by courts.

A Nova Zelândia adotou o sistema do mandato interpretativo. A declaração de direitos daquele país não possui caráter supralegal em relação a qualquer outra legislação. E também não pode ser utilizada como fundamento para que o judiciário invalide algum ato legislativo (TUSHNET, 2009, p. 120). Contudo, há um dispositivo da declaração que determina que toda interpretação de um ato que seja consistente com os direitos da declaração deve sempre ser utilizada. De início, pode-se imaginar que o judiciário estará sem saída sempre que um ato não possuir interpretação que não viole os direitos fundamentais. Entretanto, o que o mandato interpretativo faz é permitir aos juízes a interpretação dos próprios direitos:

O mandato interpretativo conduz os tribunais para dois atos de interpretação: eles devem interpretar as proteções de direitos substantivos e, então, determinar se a disposição legal em causa pode ser interpretada de uma forma consistente com a sua própria interpretação das proteções de direitos. (TUSHNET, 2009, p. 121, tradução livre<sup>41</sup>)

Na Grã Bretanha, com a adoção de uma declaração de direitos humanos escrita – o chamado *Human Rights Act* (HRA) – o mandato interpretativo também foi implementado. Mas o modelo britânico possui um algo a mais. Caso o judiciário se veja em um beco sem saída ele pode simplesmente declarar que o ato questionado é incompatível com o HRA:

[...] Ou seja, se eles são incapazes de interpretar uma legislação de forma coerente com os direitos fundamentais, eles podem declará-la incompatível com esses direitos. Essa declaração não tem efeitos sobre os direitos legais de qualquer pessoa. A legislação permanece em vigor e pode ser imposta ou invocada como defesa em qualquer processo legal. Mas os defensores do HRA esperavam – e afirmaram durante os debates sobre a sua adoção – que o Parlamento rotineiramente responderia através de uma alteração da legislação para eliminar a incompatibilidade. E mais, o HRA permite que o ministro encarregado da legislação possa colocá-la em um procedimento rápido para a alteração – ignorando alguns dos obstáculos processuais comuns à legislação proposta por um dos ministros do governo. E, se isso não for suficiente, sob a HRA, um ministro que acha que alterar a legislação é urgentemente necessário pode fazê-lo por decreto ministerial e não por lei, sujeito apenas a

---

<sup>41</sup> The interpretive mandate thus directs the courts to engage in two acts of interpretation: they must interpret the substantive rights protections, and then determine whether the statutory provision at issue can be interpreted in a manner consistent with their interpretation of the rights protections.

posterior ratificação pelo Parlamento. (TUSHNET, 2009, p. 123, tradução livre<sup>42</sup>)

Tanto o sistema neozelandês como o britânico possuem como característica a impossibilidade de o poder judiciário invalidar uma determinada legislação (PINTO, 2010, p. 40).

Já o sistema adotado no Canadá – que inclusive foi citado na justificativa da PEC 33/11 – é diferente. Pela influência de seu vizinho do sul e pelas peculiaridades de seu sistema federal, o Canadá criou uma Corte Suprema em 1875 (HOGG, 2006, p. 58). E essa corte, ao contrário do que acontece na Nova Zelândia e na Grã Bretanha, tem o poder de declarar atos legislativos inconstitucionais. O diferencial do sistema canadense está na possibilidade de o Parlamento rejeitar a decisão da corte.

O sistema canadense possui duas características marcantes:

Uma característica única do sistema canadense da Carta dos Direitos é a cláusula de ultrapassagem da Seção 33, que autoriza o Parlamento a escapar das restrições da Carta simplesmente inserindo uma 'cláusula não obstante' em um ato. A cláusula não obstante declara que o estatuto vigerá não obstante a Carta de Direitos. A cláusula é eficaz por apenas cinco anos, embora possa ser renovada no final de cada período de cinco anos. [...]

Outra característica da Carta dos Direitos que não possui contrapartida na Carta Americana de Direitos (apesar de possuir homólogos em cartas internacionais de direitos) é a cláusula de limitação da Seção 1. Sob a Seção 1, as garantias da Carta estão sujeitas 'a limites razoáveis prescritos por lei, que podem ser comprovadamente justificados em uma sociedade livre e democrática'. Isto significa que uma lei que viola um direito da Carta será mantida se ela puder ser justificada como um limite razoável sobre o direito que pode ser comprovadamente justificado em uma sociedade livre e democrática. (HOGG, 2006, p. 69-70, tradução livre<sup>43</sup>)

---

<sup>42</sup> [...]That is, if they are unable to interpret a statute to be consistent with fundamental rights, they can declare it incompatible with those rights. That declaration has no effects on anyone's legal rights. The statute remains in effect, and can be enforced or relied on any legal proceeding. But the HRA's proponents expected - and asserted during the debates over its adoption - that Parliament would routinely respond by amending the statute to eliminate the incompatibility. Even more, the HRA allows the minister in charge of the legislation to place it on a fast-track for amendment, bypassing some of the ordinary procedural hurdles to legislation proposed by one of the government's ministers. And, if that is not enough, under the HRA a minister who finds that amending the statute is urgently required may do so by ministerial order rather than by legislation, subject only to subsequent ratification by Parliament.

<sup>43</sup> A unique Canadian feature of the Charter of Rights is the override clause of s 33, which authorizes the Parliament or a Legislature to escape from the strictures of the Charter simply by inserting a 'notwithstanding clause' in a statute. The notwithstanding clause declares that the

O mecanismo da Seção 1 se assemelha ao princípio da proporcionalidade. Hogg (2006, p. 70) registra que a Corte Suprema sempre enfrenta a questão da Seção 1 antes de invalidar um ato e que a corte estabeleceu quatro critérios para justificar um ato: 1) a presença de um objetivo suficientemente importante; 2) onexo racional entre o ato e o objetivo; 3) a menor interferência possível no direito; e 4) a ausência de desproporcionalidade nas consequências.

A semelhança com os testes de proporcionalidade é evidente. O diferencial está no fato de que a Corte Suprema do Canadá precisa encontrar esses critérios na motivação legislativa – o que não é feito no nosso sistema, que permite a ampla análise de um ato em tese.

Já o mecanismo da Seção 33 é diferente de qualquer coisa pertencente a um sistema de controle forte. De fato, ele é o grande diferencial. Ele permite que um determinado ato seja retirado da jurisdição da Corte Suprema – caso seja aprovado com a cláusula não obstante – ou que o Parlamento derrube a decisão da Corte – caso, após a derrubada de um ato, aprove-o novamente e insira a cláusula não obstante. É a Seção 33 que permite uma resposta rápida do Legislativo. Resposta essa que permite o diálogo entre o Legislativo e o Judiciário. E esse diálogo é apontado como uma das características marcantes do sistema canadense:

Desde a publicação, em 1997, do que eu descrevo como um estudo inovador do controle jurisdicional de constitucionalidade nos termos da Carta dos Direitos, a Suprema Corte do Canadá e doutrinadores ficaram intrigados com a noção de um "diálogo" entre o Tribunal e as legislaturas. O estudo, realizado por Allison Bushell e eu, foi intitulado "O Diálogo sobre a Carta entre os Tribunais e os Legislativos", e investigou as consequências legislativas para todos os casos em que as leis foram derrubadas pela Suprema Corte do Canadá em função da Carta. Houve 66 casos, e todos menos 13 motivaram alguma resposta do órgão legislativo competente. Em sete casos a resposta foi simplesmente para revogar a lei, mas nos outros 46 casos (mais de dois terços do total) uma nova lei foi aprovada em substituição à

---

statute is to operate notwithstanding the Charter of Rights. The Clause is effective for only five years, although it can be re-enacted at the end of each five-year period. [...]  
Another feature of the Charter of Rights that has no counterpart in the American Bill of Rights (although it does have counterparts in the international bills of rights) is the limitation clause of s 1. Under s 1, the guarantees of the Charter are subject 'to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society'. This means that a law that infringes a Charter right will be upheld if it can be justified as a reasonable limit on the right and one that can be demonstrably justified in a free and democratic society.

antiga. Os dados mostraram que as decisões do Tribunal geralmente deixam espaço para uma resposta legislativa, e elas costumam receber uma resposta legislativa. No final, se a vontade democrática está lá, o objetivo legislativo normalmente pode ser realizado, embora com algumas novas salvaguardas para proteger os direitos individuais. A cláusula de ultrapassagem da Seção 33 foi responsável por apenas uma das 46 respostas; na maioria dos casos, uma lei melhor elaborada era utilizada como um 'limite razoável' sob a cláusula de limitação da Seção 1. Concluiu-se que o controle jurisdicional de constitucionalidade nem sempre impôs um veto sobre a política legislativa desejada, mas começou um diálogo com o órgão legislativo competente quanto à forma de equacionar a política com os direitos da Carta.

O estudo Hogg-Bushell demonstrou que a Carta de Direitos levou a uma forma de controle jurisdicional de constitucionalidade mais fraca do que a existente nos Estados Unidos (embora eu não conheça nenhum estudo semelhante no país) e do que comumente se supunha existir no Canadá (onde doutrinadores assumiam que a Carta não era diferente, em princípio, da Declaração de Direitos norte-americana). Desde a publicação do estudo, o conceito de diálogo entre a Suprema Corte do Canadá e os órgãos legislativos tem atraído muita doutrina e tem sido referido em vários casos na Suprema Corte do Canadá. (HOGG, 2006, p. 100-101, tradução livre<sup>44</sup>)

---

<sup>44</sup> Ever since the publication in 1997 of what I like to describe as a ground-breaking study of judicial review under the Charter of Rights, the Supreme Court of Canada and academic commentators have become intrigued by the notion of a 'dialogue' between the Court and the Legislatures. The study, by Allison Bushell and me, was entitled 'The Charter Dialogue between Courts and Legislatures', and it investigated the legislative sequels to all of the cases in which laws had been struck down by the Supreme Court of Canada on Charter grounds. There were 66 such cases, and all but 13 had elicited some response from the competent legislative body. In seven cases, the response was simply to repeal the offending law, but in the remaining 46 cases (more than two-thirds of the total) a new law was substituted for the old one. The data illustrated that the decisions of the Court usually leave room for a legislative response, and they usually get a legislative response. In the end, if the democratic will is there, the legislative objective can usually be accomplished, albeit with some new safeguards to protect individual rights. The override clause of s 33 accounted for only one of the 46 sequels; in most cases a more carefully drafted law was available as a 'reasonable limit' under the limitation clause of s 1. We concluded that judicial review did not typically impose a veto on a desired legislative policy, but rather began a dialogue with the competent legislative body as to how to accommodate the policy to the competing Charter right. §The Hogg-Bushell study demonstrated that the Charter of Rights led to a weaker form of judicial review than existed in the United States (although I know of no similar study in that country) and than had commonly been supposed to exist in Canada (where commentators had tended to assume that the Charter was no different in principle than the American Bill of Rights). Since the publication of the study, the concept of dialogue between the Supreme Court of Canada and the legislative bodies has attracted much academic writing and has been referred to in several cases in the Supreme Court of Canada.



## 5 CONCLUSÃO

Até aqui, fizemos uma análise da PEC 33/11 e dos institutos que permeiam a discussão sobre a proposta: o controle de constitucionalidade, o ativismo judicial e a guarda da constituição.

Vimos que o controle de constitucionalidade inicialmente foi político. Posteriormente, desenvolveu-se o jurisdicional. Primeiro em sua forma difusa e depois em sua forma concentrada. Também vimos que o Brasil possui uma forte tradição histórica de controle jurisdicional. Inicialmente, adotamos apenas o difuso e, posteriormente, adotamos o concentrado. Com a Constituição de 1988 convivemos com as duas modalidades de controle jurisdicional. Porém, é fato que o controle concentrado ganhou preponderância.

Distinguimos a judicialização da política do ativismo judicial e adotamos um conceito que define o ativismo como uma decisão de vontade do julgador. Assim, concluímos que o ativismo não é desejável.

Também discutimos sobre a guarda da constituição e conhecemos sistemas de controle de constitucionalidade não exclusivos, o chamado controle fraco de constitucionalidade.

Agora é a hora de trazer todos os elementos para a análise da PEC.

A PEC 33/11 basicamente propõe dois tipos de alterações nas competências do STF: quanto ao quórum de deliberação e quanto à produção de efeitos de determinadas decisões. O leitor já deve ter percebido que todo o desenvolvimento deste trabalho passou por discussões que se relacionam à submissão de decisões judiciais e, conseqüentemente, sua produção de efeitos. E por que isto?

Basicamente, porque entendemos que uma das mudanças de quórum proposta pela PEC é manifestamente inconstitucional. Não cremos que o quórum de deliberação do STF ou de qualquer outro tribunal seja cláusula pétrea. Contudo, como a PEC 33/11 estabeleceu um quórum extremamente qualificado para a declaração de inconstitucionalidade – quatro quintos –,

entendemos que esse quórum impede que os tribunais realizem rotineiramente uma de suas principais funções. Por esse quórum, seria muito mais fácil que um juiz de primeira instância declarasse uma lei inconstitucional do que um tribunal. Haverá um evidente desequilíbrio entre os graus de jurisdição.

Entretanto, cremos que o quórum de quatro quintos para aprovação de súmulas vinculantes não é inconstitucional. As súmulas vinculantes possuem o poder de verdadeiras normas gerais e abstratas. Portanto, nada mais justo que, para o exercício de uma função que não é a sua principal, o Judiciário tenha que respeitar um processo mais complexo. Interessante notar que a própria PEC seguiu esta lógica ao permitir a concordância tácita e ao conferir a decisão final sobre os efeitos das decisões de inconstitucionalidade ao povo e não ao próprio Legislativo.

Quanto à proposta de submissão dos efeitos de decisão e de súmula vinculante do STF ao Legislativo, entendemos que é constitucional.

Como já vimos no decorrer deste trabalho, existem formas de controle de constitucionalidade que não são exclusivas. É o chamado controle fraco de constitucionalidade. Cremos que a PEC 33/11 pretende introduzir o controle fraco de constitucionalidade no nosso ordenamento. Lois e Marques (2013) também são da mesma opinião:

Portanto, malgrado muitas sejam as objeções à PEC, ela contém um importantíssimo aspecto que deve ser saudado e que vem sendo pouco explorado por todos os que se interessam pelo assunto, o fato de que sua propositura sinaliza uma abertura do Congresso Nacional ao controle fraco de constitucionalidade. Deste modo, o que se vê é a tentativa de um Parlamento que quer recuperar seu espaço e pôr fim à supremacia judicial através da criação de mecanismos que têm por objetivo possibilitar uma relação dinâmica e saudável de construção institucional compartilhada do sentido dos direitos contemplados na Carta Magna.

E não há inconstitucionalidade nisso. Diversos países democráticos convivem com sistemas de controle fraco. E a nossa constituição não prescreve que só o STF deva ser seu guardião. Ela expressamente lhe conferiu esta função. Mas não prescreveu a exclusividade. De fato, todos os poderes tem o dever de cumprir e respeitar a constituição.

Como vimos, o controle fraco de constitucionalidade permite o diálogo entre o Legislativo e o Judiciário. Nessa parte, a PEC, além de não violar a separação de poderes, realiza a harmonia entre eles porque permite o diálogo entre instituições.

E esse diálogo pode ser fundamental para reprimir o ativismo judicial. Nossa sociedade e nossa política estão judicializadas. E entendemos que o STF e o Poder Judiciário, de maneira geral, têm dado as respostas que a sociedade deseja. Entretanto, é fato que algumas decisões extrapolaram os limites, ou seja, foram ativistas. Citamos como exemplo a súmula vinculante das algemas e a decisão que permitiu as uniões homoafetivas. Portanto, talvez o melhor seja eliminar o ativismo antes que ele fuja ao controle. E cremos que um sistema fraco de controle de constitucionalidade pode contribuir para isso.

Em outro trabalho, já tivemos a oportunidade de defender o diálogo entre o Judiciário e o Legislativo<sup>45</sup>. Cremos que o diálogo resultante de um sistema de controle fraco será ainda mais amplo. Ele poderá contribuir para que as decisões judiciais sejam mais bem fundamentadas. O STF, sabendo que não terá a decisão final, buscará sempre uma fundamentação mais robusta e, principalmente, mais técnica. Isso para evitar a revisão de sua decisão. Além disso, também como forma de evitar a revisão de suas decisões, espera-se que o STF passe a considerar as motivações legislativas na hora de decidir.

E, para os críticos que temem um desequilíbrio entre os poderes, citamos a experiência canadense. Lá, a “cláusula não obstante” da Seção 33 só foi utilizada pelo Parlamento uma única vez (HOGG, 2006, p. 69). E cremos que o sistema que a PEC 33/11 pretende criar não será diferente. Não só pelo desgaste político que seu uso frequente causará, como também pelo complexo processo que poderá levar à concordância tácita e que dependerá de decisão popular.

---

<sup>45</sup> Naquela oportunidade, trabalhamos a possibilidade de o STF investigar as motivações legislativas que conduzem a omissões constitucionais. Defendemos que essa investigação poderia abrir um canal de diálogo – desde que o tribunal considerasse os motivos do Legislativo em suas decisões – e que o resultado final seria a diminuição da tensão entre os poderes (SIMÕES, 2013).

Portanto, é possível discordar da PEC 33/11 pelo seu mérito, por entender que instituir um sistema de controle fraco não é conveniente. Entretanto, não é possível discordar da PEC 33/11 sob o fundamento de que o controle fraco de constitucionalidade seja inconstitucional.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. 2008. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2014.

BICCA, Carolina Scherer. Desmistificando o ativismo judicial. **Direito Público**, Brasília-Porto Alegre, ano IX, n. 46, p. 213-226, jul./ago. 2012.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Proposta de emenda à constituição nº 33 de 25 de maio de 2011**. Brasília: 2011. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=876817&filename=PEC+33/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=876817&filename=PEC+33/2011)>. Acesso em: 15 jan. 2014.

BRASIL, Câmara dos Deputados, Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. **Proposta de emenda à constituição nº 33 de 25 de maio de 2011**: parecer do relator apresentado em 30 de agosto de 2011. Brasília: 2011a. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=914386&filename=Tramitacao-PEC+33/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=914386&filename=Tramitacao-PEC+33/2011)>. Acesso em: 15 jan. 2014.

BRASIL, Câmara dos Deputados, Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. **Proposta de emenda à constituição nº 33 de 25 de maio de 2011**: parecer do relator apresentado em 05 de dezembro de 2012. Brasília: 2012. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1046676&filename=Tramitacao-PEC+33/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1046676&filename=Tramitacao-PEC+33/2011)>. Acesso em: 15 jan. 2014.

BRASIL, Câmara dos Deputados, Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. **Proposta de emenda à constituição nº 33 de 25 de maio de 2011**: voto em separado apresentado em 04 de abril de 2013. Brasília: 2013. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1072783&filename=Tramitacao-PEC+33/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1072783&filename=Tramitacao-PEC+33/2011)>. Acesso em: 15 jan. 2014

BRASIL, Câmara dos Deputados, Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. **Proposta de emenda à constituição nº 33 de 25 de maio de 2011**: voto em separado apresentado em 09 de abril de 2013. Brasília: 2013a. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1074731&filename=Tramitacao-PEC+33/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1074731&filename=Tramitacao-PEC+33/2011)>. Acesso em: 15 jan. 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Nota à imprensa de 26 de abril de 2013**. Brasília: 2013b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=237187&caixaBusca=N>>. Acesso em: 15 jan. 2014.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**: teoria do estado e da constituição, direito constitucional positivo. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: considerações críticas em torno do conceito no contexto brasileiro. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 14, n. 72, p. 123-155, mar./abr. 2012.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao movimento critical legal studies**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.

GOLDSTEIN, Leslie Friedman. Constitutionalism as judicial review: historical lessons from the U.S. case. In: KAUTZ, Steven (Org.) et al. **The supreme court and the idea of constitutionalism**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2009.

HOGG, Peter W. Canada: from privy council to supreme court. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey (Ed.). **Interpreting constitutions**: a comparative study. Oxford: Oxford University Press, 2006.

JACKSON, Vicki C.; TUSHNET, Mark. **Comparative constitutional law**. 2. ed. New York: Foundation Press, 2006.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez?**: o outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LEAL, Saul Tourinho. **Controle de constitucionalidade moderno**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2012.

LOIS, Cecília Caballero; MARQUES, Gabriel Lima. PEC 33 aponta para controle fraco de constitucionalidade. **Consultor Jurídico**, 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-27/pec-33-abertura-congresso-controle-fraco-constitucionalidade>>. Acesso em: 15 jan. 2014.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; NUNES Dierle. Controle de constitucionalidade é judicial, não político. **Consultor Jurídico**, 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/sistema-controle-constitucionalidade-judicial-nao-politico>>. Acesso em: 13 ago. 2013.

PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim. **Jurisdição constitucional do processo legislativo**: legitimidade, reinterpretação e remodelagem do sistema no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. Supremacia judicial e controle de constitucionalidade. **Direito público**, v. 1, n. 31, jan./fev. 2010. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/799/1055>>. Acesso em: 15 jan. 2014.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **Quem deve ser o guardião da constituição?**: do Poder Moderador ao Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

ROVARIS, Daniela Dornel. Função do Supremo Tribunal Federal como guardião da constituição federal. In: GOUVEIA, Carlos Marcelo; HOFFMANN, Luiz Augusto A. de Almeida (Coord.). **Atual panorama da constituição federal**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SIMÕES, Daniel Victor de Araújo. Ativismo responsável harmoniza relação entre poderes. **Revista Consultor Jurídico**. 6 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-fev-06/daniel-simoes-ativismo-responsavel-harmoniza-relacao-entre-poderes>>. Acesso em: 15 jan. 2014.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TUSHNET, Mark. The supreme court and contemporary constitutionalism: the implications of the development of alternative forms of judicial review. In: KAUTZ, Steven (Org.) et al. **The supreme court and the idea of constitutionalism**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2009.

VAINER, Bruno Zilberman. Breve histórico acerca das constituições do Brasil e do controle de constitucionalidade brasileiro. **Revista brasileira de direito constitucional**, São Paulo, n. 16, p. 161-191, jul./dez. 2010. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-16/RBDC-16-161-Artigo\\_Bruno\\_Zilberman\\_Vainer\\_\(Breve\\_Historico\\_acerca\\_das\\_Constituicoes\\_do\\_Brasil\\_e\\_do\\_Control\\_de\\_Constitucionalidade\\_Brasileiro\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-16/RBDC-16-161-Artigo_Bruno_Zilberman_Vainer_(Breve_Historico_acerca_das_Constituicoes_do_Brasil_e_do_Control_de_Constitucionalidade_Brasileiro).pdf)>. Acesso em: 16 jan. 2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, jul./dez. 2008. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322008000200005&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322008000200005&script=sci_arttext)>. Acesso em: 15 jan. 2014.

YOUNG JR., Robert P. Active liberty and the problem of judicial oligarchy. In: KAUTZ, Steven (Org.) et al. **The supreme court and the idea of constitutionalism**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2009.