

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO**

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PEC 33 DE 2011:
A QUEM CABE A GUARDA DA CONSTITUIÇÃO?**

MONOGRAFIA DE GRADUAÇÃO

Tanise Pires de Oliveira

**Santa Maria, RS, Brasil
2013**

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PEC 33 DE 2011: A QUEM CABE A GUARDA DA CONSTITUIÇÃO?

por

Tanise Pires de Oliveira

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

Orientador Prof^a. Nathalie Kuczura Nedel

Santa Maria, RS, Brasil

2013

Universidade Federal de Santa Maria
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Curso de Direito

A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a Monografia de
Graduação

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PEC 33 DE 2011:
A QUEM CABE A GUARDA DA CONSTITUIÇÃO?**

elaborada por
Tanise Pires de Oliveira

como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof. Nathalie Kuczura Nedel
(Presidente/Orientador)

Profª Drª. Maria Beatriz Oliveira da Silva
(Universidade Federal de Santa Maria)

Prof. Mauro Marafiga Camozzato
(Universidade Federal de Santa Maria)

Santa Maria, 12 de dezembro de 2013.

*Dedico este trabalho a minha família,
sobretudo aos meus pais, Valtermar e
Sonia, e aos meus irmãos, Tiago e Gabriela,
que sempre me apoiaram em todas as
minhas decisões, bem como forneceram
suporte emocional para enfrentá-las.*

RESUMO

Monografia de Graduação

Curso de Direito

Universidade Federal de Santa Maria

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PEC 33 DE 2011: A QUEM CABE A GUARDA DA CONSTITUIÇÃO?

AUTOR: **TANISE PIRES DE OLIVEIRA**

ORIENTADOR: **NATHALIE KUCZURA NEDEL**

Data e Local da Defesa: Santa Maria, 12 de dezembro de 2013.

A ideia de supremacia da Constituição traz incutida a necessidade de realização de controle de leis, razão pela qual dois grandes sistemas foram criados, o efetuado pela via difusa/incidental, com origem nos Estados Unidos, e o sistema concentrado, de raiz austríaca. O sistema austríaco, elaborado pelo jurista Hans Kelsen no início do século XX, atribuiu a guarda da Constituição a uma Corte Constitucional paralela ao Poder Judiciário, com competência exclusiva de anular as leis incompatíveis com a Constituição. Após a Segunda Guerra Mundial, esse sistema disseminou-se Europa afora, concomitantemente ao fenômeno do constitucionalismo. Todavia, atribuiu-se ao Poder Judiciário a competência para realizar o controle abstrato de leis, bem como criaram-se novos instrumentos de interpretação, como por exemplo, a interpretação conforme. No Brasil, o sistema concentrado foi adotado com a Emenda Constitucional nº 16 de 1965, que criou o instituto da Representação de Inconstitucionalidade, de competência exclusiva do Procurador-Geral da República. Na Constituição de 1988, esse mecanismo foi aprimorado, transformando-se na Ação Direta de Inconstitucionalidade, cujo rol de legitimados foi ampliado. Ao lado disso, foram criados novos instrumentos de controle de leis, como a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Ação Direta por Omissão e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Diante disso, as ações que pugnavam pelo controle de constitucionalidade de leis aumentaram sobremaneira após o advento da nova Carta, o que alterou o papel institucional do Supremo Tribunal Federal. Nesse contexto, surge a PEC 33/2011, com o objetivo principal de restaurar o equilíbrio entre os Poderes. Dentre as alterações propostas, a PEC 33/2011 visa retirar do Pretório Excelso a exclusividade do controle de leis, submetendo as decisões de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal que entendam pela inconstitucionalidade material de Emendas Constitucionais à apreciação do Congresso Nacional e, de forma subsidiária, a população. Assim, o presente trabalho tem como objetivo analisar a constitucionalidade dessa proposta na atual conjuntura de controle de leis estabelecida no ordenamento jurídico.

Palavras-chaves: Proposta de Emenda Constitucional nº 33 de 2011, Controle de Constitucionalidade Concentrado, guarda da constituição.

ABSTRACT

Graduation Monograph
Law School
Federal University of Santa Maria

THE (UN)CONSTITUTIONALITY OF THE PEC 33, 2011: TO WHOM BELONGS THE GUARD OF THE CONSTITUTION?

Author: Tanise Pires de Oliveira

Adviser: Nathalie Kuczura

Date and Place of the Defense: Santa Maria, December 12, 2013.

The idea of supremacy of the Constitution brings inculcated the necessity of performing a law control, reason why two major systems have been created, the one performed by diffuse/incidental pathway, originating in the United States, and the concentrated system, originated in Austria. The Austrian system, developed by the jurist Hans Kelsen in the early twentieth century, assigned the guard of the Constitution to a Constitutional Court parallel to the Judiciary Power, with exclusive jurisdiction to annul the laws incompatible with the Constitution. After World War II, this system has spread Europe apart, parallel to the phenomenon of constitutionalism. However, it was assigned to the Judiciary the competence to perform the abstract law control, as well as new instruments of interpretation were created, such as, for example, a conforming interpretation. In Brazil, the concentrated system was adopted by the Constitutional Amendment No. 16 of 1965, which created the institute of Representation of Unconstitutionality, under the exclusive jurisdiction of the General Attorney of the Republic. In the Federal Constitution of 1988, this mechanism has been enhanced, transforming itself in the Unconstitutionality Direct Action, whose list of legitimated was expanded. Beside this, new law control tools were created, such as the Declaratory Action of Constitutionality, Direct Action by Omission and the accusation of breach of fundamental precept. Therefore, the actions that impugn the constitutionality of laws greatly increased after the advent of the new Constitution, which altered the institutional role of the Supreme Court. In this context, arises the Proposed Constitutional Amendment No. 33 of 2011 with the main goal of restoring the balance between the Powers. Among the proposed changes, the PEC 33/2011 aims to remove from the Praetorium Exalted the exclusivity of law control, subjecting the decisions of merit given by the Supreme Court that consider the Constitutional Amendments unconstitutional to the National Congress and, secondarily, to the population. Thus, this study aims to analyze the constitutionality of this proposal in the actual juncture of law control established by the legal system.

Key-Words: Proposed Constitutional Amendment N^o. 33/2011, Concentrated Constitutionality Control; Guard of the constitution.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE E SUA INTERFACE COM O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	10
1.1 A origem do controle abstrato de constitucionalidade e sua imbricação com o Princípio da Separação dos Poderes.....	11
1.2 O controle concentrado de constitucionalidade no Brasil: avanços e retrocessos.....	21
1.2.1 Os precedentes constitucionais do controle abstrato de constitucionalidade anteriores à Constituição Federal de 1988.....	21
1.2.2 A Constituição de 1988.....	38
2. A PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 33 DE 2011 ANALISADA SOB O VIÉS DA SEPARAÇÃO DE PODERES.....	47
2.1. A origem e os argumentos da Proposta de Emenda Constitucional nº 33 de 2011.....	48
2.2. Poder Legislativo versus Poder Judiciário; democracia e constituição: a quem compete a guarda da constituição?.....	58
CONCLUSÃO.....	69
REFERÊNCIAS.....	72

INTRODUÇÃO

A partir da Constituição Federal de 1988 o Poder Judiciário assumiu papel marcante em nossa sociedade, tendo em vista que, cada vez mais, decide demandas que ultrapassam a esfera particular e envolvem a participação do Poder Público. Como exemplo, pode-se citar decisões sobre concessão de medicamentos, as quais envolvem a aplicação de recursos públicos, ou o caso envolvendo direito de greve de servidores públicos, cuja decisão assegurou direitos que deveriam ter sido objeto de lei pelo Poder Legislativo, além de tantas outras questões.

O fenômeno do constitucionalismo, surgido na Europa após a segunda Guerra Mundial, contribuiu para o atual protagonismo do Poder Judiciário. A positivação de direitos e garantias – como liberdades, prestações sociais, entre outros - nas Constituições obrigou o julgador, na condição de intérprete da lei e da Constituição, enfrentar temas fraturantes, não regulados pelos Poderes Legislativo e Executivo no exercício de suas competências originárias.

Ocorre que, nesse contexto, o Poder Judiciário acaba ultrapassando sua função precípua de julgador, e assume funções originariamente conferidas ao Poder Legislativo e ao Executivo. A esse comportamento do Judiciário que, note-se, pode ser observado desde o primeiro grau até as instâncias superiores, atribuiu-se a denominação de “ativismo judicial”. Nas instâncias superiores, sobretudo no Supremo Tribunal Federal (STF), afirma-se que o ativismo judicial tem usurpado a competência legiferante conferida ao Congresso Nacional, especialmente em duas situações: a) quando o STF edita súmulas vinculantes; b) quando o STF efetua controle concentrado de constitucionalidade.

Nesse passo, foi proposta a Emenda Constitucional de número 33 com o objetivo de frear o intuito legiferante assumido pelo STF a partir da Constituição Federal de 1988, e assim, resgatar o papel do Poder Legislativo perante a sociedade. Entre outras alterações, a proposta visa retirar do Pretório Excelso a legitimidade exclusiva para efetuar o controle concentrado de constitucionalidade, submetendo as decisões de mérito que entendam pela inconstitucionalidade material de Emendas Constitucionais ao crivo do Congresso Nacional e, de forma

subsequente, a população, na hipótese de o Parlamento entender de forma diversa a decisão do STF.

A questão crucial que surge é se poderia o Congresso Nacional usurpar competência originária do Poder Judiciário como meio de retomar seu papel institucional, bem como, se a população pode, efetivamente, dar a palavra final nas questões de controle de constitucionalidade de Emendas Constitucionais. No bojo dessa discussão, insere-se a análise da constitucionalidade da própria Proposta de Emenda Constitucional número 33 de 2011.

Dessa forma, buscou-se analisar os fundamentos do sistema concentrado de controle de constitucionalidade de leis, confrontando-o com o Princípio da Separação dos Poderes, a fim de verificar de que forma o Poder Legislativo e o Judiciário equilibraram suas funções no desenrolar desse sistema. Em seguida, examinou-se o sistema de controle de constitucionalidade de leis adotado no Brasil desde seu surgimento como Estado independente, com o advento da Carta de 1824, a fim de verificar possíveis semelhanças com a proposta, bem como compreender o desenvolvimento desse sistema no Brasil.

Também foi objeto de análise o sistema de controle direto adotado pela Constituição de 1988, como forma de compreender o atual papel institucional do Poder Judiciário no exercício dessa competência. Igualmente, a fim de apurar as discussões ao redor do tema, mostrou-se necessário averiguar os argumentos favoráveis e contrários à Proposta de Emenda Constitucional nº 33 de 2011. Outrossim, se mostrou imprescindível apurar a possibilidade de a população decidir acerca da guarda da Constituição, confrontando constitucionalismo e democracia.

Para concretização dos objetivos do presente trabalho, utilizou-se embasamento jurídico e doutrinário, tendo em vista que foram analisadas as divergências a respeito do tema. O método de abordagem foi o dialético, utilizando-se a contradição de ideias e diferentes premissas para se chegar a uma conclusão final.

Quanto aos métodos de procedimento, utilizou-se predominantemente o método histórico, para investigar o conteúdo e fundamento do sistema de controle difuso de constitucionalidade de leis relacionando-o com o Princípio da Separação dos Poderes. Posteriormente, através de igual método, buscou-se traçar a origem

histórica do controle de constitucionalidade concentrado no Brasil, cotejando-o com o Princípio da Separação dos Poderes. O método comparativo foi utilizado quando se perquiriu a possibilidade de a população decidir a respeito do controle concentrado de Emendas Constitucionais, tendo em vista que foi realizada uma análise comparativa entre democracia e constitucionalismo, na qual foi apontada a ocorrência de conflitos aparentes entre os dois institutos, sobretudo nas hipóteses de a vontade da maioria ir de encontro à Constituição. O método monográfico foi utilizado quando da análise da Proposta de Emenda Constitucional nº 33 de 2011, uma vez que foi analisada uma situação concreta.

A obra está estruturada em dois grandes capítulos. No primeiro, examinam-se o fundamento e a origem do controle de constitucionalidade concentrado, cotejando-o com o princípio da Separação de Poderes. Em seguida, analisa-se o controle de constitucionalidade no Brasil em dois momentos: primeiramente, do surgimento do Brasil como estado independente até a Constituição de 1967; em seguida, analisa-se as alterações promovidas pela Constituição Federal de 1988, e, por consequência, o atual sistema de controle concentrado de leis. O segundo capítulo descreve os argumentos contrários e a favor da PEC 33/2011, bem como todo o imbróglio em volta do tema, ou seja, as irresignações em torno da proposta, manifestadas por Parlamentares junto a Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal. Posteriormente, interpretou-se de forma crítica a redação da PEC 33 de 2011, bem como suas possíveis implicações, ocasião em que também se perquiriu a possibilidade de a população decidir acerca do controle de constitucionalidade de Emendas Constitucionais, a fim de, ao final, constatar a (in)viabilidade da proposta no ordenamento jurídico vigente.

1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE E SUA INTERFACE COM O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A ideia de supremacia da Constituição tornou necessária a realização de controle das normas ordinárias em face do texto maior. Assim, surgiram dois grandes sistemas de controle de constitucionalidade de leis: o difuso ou incidental, com origem nos Estados Unidos, que data de 1803 e o controle concentrado ou abstrato, com raiz na Áustria, no início do século XX. Paralelamente ao surgimento desses modelos de controle de leis, discutiu-se a possível interferência do julgador nas competências do Poder Legislativo, visto que os atos do Poder Legislativo passaram a ser examinados.

O sistema de controle concentrado de constitucionalidade austríaco foi reformulado e espalhou-se pela Europa após a Segunda Guerra Mundial. A disseminação desse modelo de controle de leis coincide com o chamado “constitucionalismo”, o qual resultou o fortalecimento do papel institucional do Poder Judiciário.¹ Isso porque, a constitucionalização de direitos e garantias fundamentais nas Cartas Supremas obrigou o julgador a adotar uma postura ativa, com o escopo de concretizar os mandamentos constitucionais não tutelados pelo Parlamento nem pelo Poder Executivo. No Brasil, o sistema concentrado de constitucionalidade foi adotado com a Emenda Constitucional nº 16 de 1965, muito embora o fenômeno do constitucionalismo tenha sido incorporado somente na Constituição Federal de 1988.

Ocorre que a nova postura adotada pelo Poder Judiciário remete a discussão quanto ao exercício da jurisdição, uma vez que o novo modelo de constituição desloca ao espaço jurídico questões que eram discutidas somente na esfera política. Nesse passo, o poder do Supremo Tribunal Federal, na condição de guardião da Constituição e como instituição competente para realizar o controle abstrato de constitucionalidade de leis, fortaleceu-se de forma acentuada, o que teria resultado em uma reconfiguração da concepção do Princípio da Separação dos Poderes. Por conseguinte, afirma-se que o Pretório Excelso, após a Constituição de 1988, teria se

¹NEDEL, Nathalie Kuczura. **Controle Difuso de Constitucionalidade, uma análise a partir do caso *Marbury versus Madison* e da *Judicial Review***. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013, p. 9-11.

tornado um “legislador positivo”.

Nesse cenário surge a Proposta de Emenda à Constituição de nº 33 (PEC 33/2011), com o objetivo de, entre outras alterações, submeter as decisões de mérito de controle de constitucionalidade concentrado, que entendam pela inconstitucionalidade material de Emendas Constitucionais, proferidas pelo Supremo Tribunal, ao crivo do Congresso Nacional, e ainda, à população. A PEC 33/2011 argumenta a necessidade de retomar o papel exercido pelo Poder Legislativo, o qual teria sido usurpado pelo Judiciário.

Sendo assim, aborda-se, em um primeiro momento, a origem do controle de constitucionalidade concentrado das leis, a fim de verificar de que forma surgiu a necessidade de criar este mecanismo de controle de normas, bem como sua relação com o Princípio da Separação dos Poderes. Além disso, também foi possível, a partir deste capítulo, apurar o papel do Poder Judiciário na nascente do controle de constitucionalidade abstrato de leis.

Em seguida, para a correta compreensão do atual papel do Poder Judiciário no mencionado sistema de controle de constitucionalidade, analisou-se o desenvolvimento desse sistema no Brasil. Dessa maneira, foi possível confrontar a atual atuação do Poder Judiciário com outros momentos históricos.

No entanto, importante destacar que a análise de cada Constituição não foi realizada de forma homogênea, já que esse não é o objetivo deste trabalho. O estudo foi mais atento aos períodos históricos que possuem semelhança com a Proposta de Emenda Constitucional nº 33 de 2011, bem como ao período da Constituição Federal de 1988. Esse estudo foi dividido em dois momentos, sendo que primeiro analisou-se as Constituições do Brasil desde sua independência, com a Carta de 1824, até a Constituição de 1967. Em seguida, abordou-se o atual sistema de controle de leis, ou seja, a Constituição Federal de 1988.

1.1 A origem do controle abstrato de constitucionalidade e sua imbricação com o Princípio da Separação dos Poderes

O controle de constitucionalidade, seja concentrado² ou difuso, exige o

²Cumprido destacar, desde logo, que no presente trabalho utilizou-se as expressões “controle concentrado”, “controle abstrato”, “controle direto” e “controle por via principal” como sinônimos.

reconhecimento da superioridade do texto constitucional em face das demais espécies legislativas. Da mesma forma, a supremacia da Constituição somente pode ser considerada fundamento de um sistema jurídico, caso a atividade legislativa esteja vinculada a parâmetros objetivos relacionados ao objeto e aspectos procedimentais, limitando, portanto, a atividade legislativa.³

Acerca da importância da supremacia da Constituição no Estado constitucional democrático, leciona J.J Gomes Canotilho:

O Estado constitucional democrático ficaria incompleto e enfraquecido se não assegurasse um mínimo de *garantias* e de *sanções*: garantias da observância, estabilidade e preservação das normas constitucionais; sanções contra actos dos órgãos de soberania e dos outros poderes públicos não conformes com a constituição. A ideia de *protecção, defesa, tutela ou garantia* da ordem constitucional tem como antecedente a ideia de **defesa do Estado**, que, num sentido amplo e global, se pode definir como o complexo de institutos, garantias e medidas destinadas a defender e proteger, interna e externamente, a existência jurídica e fática do Estado (defesa do território, defesa da independência, defesa das instituições). A partir do *Estado constitucional* passou a falar-se de **defesa ou garantia da constituição** e não de defesa do Estado. Compreende-se a mudança de enunciado linguístico. No Estado constitucional o objecto de protecção ou defesa não é, pura e simplesmente, a defesa do Estado, mas da forma de Estado tal como ela é normativo-constitucionalmente conformada – o Estado constitucional democrático.⁴ [GRIFOS NO ORIGINAL]

A aferição dessa supremacia que primeiro resultou a ideia de um controle de leis em face do texto constitucional ocorreu nos Estados Unidos, no famoso caso *Marbury versus Madison* em 1803, o qual representou um paradigma do sistema difuso de controle de constitucionalidade de leis⁵. Nesse julgamento, o juiz Marshall

³Pouco importa o tipo de olhar jurídico que incide sobre a Constituição. Importa, sim, a compreensão da Constituição como norma e, mais do que isso, como norma fundamental [...]. A compreensão, todavia, da Constituição como Lei Fundamental implica não apenas o reconhecimento da supremacia da Constituição na ordem jurídica, mas, igualmente, a existência de mecanismos suficientes para garantir juridicamente (eis um ponto importante) essa referida realidade. A supremacia, diga-se logo, não exige apenas a compatibilidade formal do direito infraconstitucional com os seus comandos definidores do modo de produção das normas jurídicas, mas também a observância de sua dimensão material. CLÉVE, Clemerson Merlin. **A fiscalização abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.19-20.

⁴CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 887.

⁵Na América, o controle de constitucionalidade foi construído pela Suprema Corte dos Estados Unidos desde o início do século XIX, a partir do leading case *Marbury vs. Madison*. Seu relator, Chief Justice John Marshall, afirmou ser atribuição própria do Poder Judiciário aplicar a lei ao caso concreto e, havendo conflito entre qualquer norma e a Constituição, afirmar a prevalência desta enquanto lei fundamental do país. Em consequência, todos os tribunais americanos passaram a ter poderes para decidir sobre a conformidade de um dado diploma normativo com a Constituição, em qualquer caso concreto trazido à Justiça por qualquer cidadão, negando-lhe aplicação em caso de contradição com a Lei Fundamental. Nascia ali, por criação jurisprudencial, o controle difuso de constitucionalidade, cuja influência perduraria pelos séculos seguintes, até o presente. FILHO, Newton Tavares.

reconheceu a legitimidade de os Juízes aferirem a incompatibilidade entre uma norma comum e a Constituição Federal.

Assim, firmou-se o controle difuso de constitucionalidade, segundo o qual todos os Juízes têm legitimidade para efetuar o controle de constitucionalidade de leis em cada caso concreto, competindo à Suprema Corte “unificar” a jurisprudência, quando necessário, através do sistema do *stare decisis*.

Dentre as discussões que envolveram o caso, inclui-se a preocupação com a possibilidade de o julgador desestabilizar o sistema de separação de poderes:

A maior crítica feita, costumeiramente, à decisão de Marshall consiste em considerá-la uma “usurpação de poder” pela Corte Suprema, uma vez que em nenhuma cláusula da Constituição se encontra expressamente outorgada ao Poder Judiciário a faculdade de declarar a insubsistência dos atos do Congresso [...].

Muitos juristas acreditam que a interferência é manifesta e que, pelas palavras da Constituição, é irrecusável a competência do Judiciário para apreciar a conformidade dos atos do Congresso com a suprema lei do país; outros entendem que, na melhor das hipóteses, essa decorrência não é tão clara quanto se afirma e permite que sobre ela se mantenha razoável dúvida.⁶

Não obstante a solidez que o controle difuso de constitucionalidade alcançou nos Estados Unidos, porquanto persistiu até os dias atuais, a Europa exitou em adotá-lo. O velho continente foi o cenário para o surgimento do controle concentrado de constitucionalidade.

No modelo concentrado de controle de constitucionalidade, a competência para efetuar o controle de leis fica a cargo de um órgão específico, que pode exercer, paralelamente, funções jurisdicionais ou apenas de controle de leis. De acordo com esse sistema, o controle de constitucionalidade é realizado de forma abstrata, ou seja, solicita-se a análise da lei sem que ela seja aplicada a um caso concreto.

Esse modelo tem raízes na Áustria, especialmente, e sua elaboração é atribuída ao jurista Hans Kelsen, no início do século XX. Nesse período, Carl Schmitt e Hans Kelsen iniciaram discussões de cunho jus científico acerca de a quem caberia a guarda da Constituição.

O primeiro defendia que a Constituição era uma questão estritamente política,

Tribunais Constitucionais. Brasília: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, 2009, p. 03.

⁶BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis.** Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 17-18.

e que, por outro lado, o Poder Judiciário exercia função jurídica, a qual era limitada pelo poder político, ou seja, pela lei. Argumentava, portanto, que a função jurídica não se confundia com as matérias de natureza política. Assim, o Poder Judiciário não teria legitimidade para adentrar nos assuntos constitucionais.⁷

Carl Schmitt defendia, pois, em uma democracia, a guarda da constituição deveria ser realizada pelo Chefe de Estado, já que era ele o representante do povo. Sustentava, outrossim, que o Poder Judiciário seria incapaz de coagir a população a respeitar a Constituição no meio de pressões e resistências sociais, poder que somente poderia ser exercido pelo chefe do Poder Executivo.⁸

Hans Kelsen criticava de forma veemente as conclusões de Carl Schmitt sob o argumento de que o pressuposto do qual partiam - o de que entre funções jurisdicionais e políticas existiria uma contradição essencial – de há muito, havia sido superado. Em síntese, o jurista sustentava que a teoria de Schmitt somente encontra guarida caso se considere a típica divisão de Poderes estabelecida pelo Estado liberal europeu, através da qual a atividade do Juiz - que seria somente aplicar a lei ao caso concreto -, não envolveria aspectos políticos, os quais já estariam contidos na lei a ser aplicada, elaborada pelo Parlamento.⁹

Nesse âmbito, o Austríaco defendia que a jurisdição também representava um exercício político:

Se enxergarmos “o político” na resolução de conflitos de interesses, na “decisão” - para usarmos a terminologia de Schmitt – encontramos em toda sentença judiciária, em maior ou menor grau, um elemento decisório, um elemento de exercício de poder. **O caráter político da jurisdição é tanto mais forte quanto mais amplo for o poder discricionário que a legislação, generalizante por sua própria natureza, lhe deve necessariamente ceder. A opinião de que somente a legislação seria política – mas não a “verdadeira” jurisdição – é tão errônea quanto aquela segundo a qual apenas a legislação seria criação produtiva do direito, e a jurisdição, porém, mera aplicação reprodutiva.**¹⁰ [Grifou-se]

O jurista de Viena também apontava contradições no discurso de Schmitt, já que este afirmara que “em toda decisão, mesmo na de um tribunal que resolva um

⁷SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

⁸*Ibidem*.

⁹KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 257/258 (“Quem deve ser o guardião da Constituição”). *Apud*: STEIN, Leandro Konzen. **O Supremo Tribunal Federal e a defesa dos preceitos constitucionais fundamentais: uma história de construção do sistema brasileiro de Controle de Constitucionalidade**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009, p. 51.

¹⁰*Ibidem*, p. 49/50.

processo mediante a subsunção de um fato material, há um elemento de decisão pura que não pode ser deduzido do conteúdo da lei”¹¹. Dessa feita, defendia Kelsen que, se toda a decisão tem um elemento que não pode ser retirado da lei, como afirmara o próprio Carl Schmitt, aí residiria o caráter político da jurisdição, razão pela qual seria possível conferir o exercício da jurisdição constitucional a um Tribunal.

Outro contrassenso debatido por Hans Kelsen era o de que, muito embora Carl Schmitt argumentasse que a jurisdição constitucional não era jurisdição por envolver questões eminentemente políticas, defendia que a atribuição da jurisdição constitucional a um tribunal iria “contaminar” a jurisdição por questões políticas. Kelsen argumentava que se a jurisdição constitucional não é jurisdição, não poderia contaminar esta última, já que se tratavam de instituições com naturezas diversas:

[...] Isto significa, nem mais nem menos, que para questões e conflitos eminentemente políticos não se deve instituir um tribunal como guardião da Constituição porque através da atividade de tal tribunal a jurisdição seria politizada, sobrecarregada e ameaçada. **A jurisdição? Como poderia justamente a jurisdição ser sobrecarregada e ameaçada pela jurisdição constitucional, quando esta última – como Schmitt ininterruptamente se esforçou por demonstrar – não é absolutamente jurisdição.**¹² [Grifou-se]

Em síntese, Hans Kelsen defendia um sistema de justiça constitucional que conferia a um Tribunal *ad hoc* a competência de exercer o controle de leis, tendo como paradigma a Constituição Federal. Na concepção do jurista em questão, esse tribunal atuaria em paralelo com o Poder Judiciário, e seria composto por magistrados, professores, advogados e membros do parlamento. Tem-se, pois, uma importante distinção dos Tribunais Constitucionais europeus: eles não faziam parte do Poder Judiciário.¹³

¹¹KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 257/258 (“Quem deve ser o guardião da Constituição”). *Apud*: STEIN, Leandro Konzen. **O Supremo Tribunal Federal e a defesa dos preceitos constitucionais fundamentais: uma história de construção do sistema brasileiro de Controle de Constitucionalidade**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009, p. 51.

¹²*Ibidem*, p.52.

¹³Importante registrar que a exclusão do juiz ordinário ou dos Tribunais ordinários da tarefa de controlar a constitucionalidade das leis tem como fundamento antigas teses que levaram os revolucionários franceses à vitória no final do século XVIII. Ou seja, se a desconfiança dos juízes levou à radicalização na França, onde o controle de constitucionalidade, a partir de 1958, é preventivo e feito por um órgão político, essa mesma desconfiança levou, em outro nível, à exclusão dos juízes e/ou tribunais ordinários na maioria dos países da Europa, através do estabelecimento de Tribunais Constitucionais fora da estrutura do Poder Judiciário. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 375.

Kelsen entendeu que, na prática, as Cortes Constitucionais atuariam como um legislador negativo, já que poderiam anular uma norma elaborada pelo Parlamento, órgão dotado de soberania popular. Assim, a fim de proteger o Princípio da Separação dos Poderes, o jurista afastou as Cortes Constitucionais do Poder Judiciário:

Ora, anular uma lei é estabelecer uma norma geral, porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim, dizer que a elaboração de um sinal negativo e portanto ela própria uma função legislativa. E um tribunal que tenha o poder de anular as leis é, por conseguinte, um órgão do poder legislativo. Portanto poder-se-ia interpretar a anulação das leis por um tribunal tanto como repartição do poder legislativo entre dois órgãos, quanto uma intromissão no poder legislativo.¹⁴

Em verdade, afastar a jurisdição constitucional do Poder Judiciário, mais do que uma solução à preservação do Princípio da Separação dos Poderes, foi consequência do contexto histórico que antecedeu a elaboração da Teoria de Kelsen.

Dentre as correntes filosóficas disseminadas na Europa no século XVIII, atribui-se ao filósofo francês Montesquieu a de que um bom governo deve ser norteado pelo Princípio da Separação de Poderes. As ideias do filósofo, sustentadas na obra “O Espírito das Leis” de 1748, geraram um mito de que o referido princípio conduz a concepção de três poderes rigorosamente delineados: o executivo, o legislativo e o judiciário. A cada um competiria funções específicas, sem interferências entre eles.¹⁵

Contudo, diz-se “mito”, porque outra interpretação também pode ser realizada no sentido de que a rígida separação nunca existiu na teoria do filósofo. Nesse sentido, defende-se que Montesquieu admitia que o executivo interferia no legislativo quando o Rei exercia seu direito de veto; o legislativo adentrava nos assuntos do executivo, uma vez que podia exigir transparência dos Ministros; o legislativo também interferia sobre o judiciário ao ter competência para julgar determinados

¹⁴KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 257/258 (“Quem deve ser o guardião da Constituição”). Apud: STEIN, Leandro Konzen. **O Supremo Tribunal Federal e a defesa dos preceitos constitucionais fundamentais: uma história de construção do sistema brasileiro de Controle de Constitucionalidade**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009, p.52.

¹⁵CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 114-115.

agentes políticos.¹⁶

Da mesma forma, na versão mais divulgada, concebe-se a teoria de Montesquieu como equipotência entre os poderes. Assim, os três poderes, além de independentes, seriam dotados de igual “força”. Todavia, também essa ideia é equivocada. O filósofo refuta a equipotência ao afirmar que o Judiciário é um poder nulo, já que os juízes são “a boca que pronuncia as palavras da lei”.¹⁷

A separação de poderes, na concepção de Montesquieu denota a existência de uma imbricação de funções e interdependência entre os três poderes. O filósofo buscava a existência de um poder capaz de controlar os demais, no sentido de correlação de forças, e não de organização de funções, propriamente.¹⁸

Décadas após a disseminação das ideias de Montesquieu, o filósofo francês Jean Jacques Rousseau desenvolveu a Teoria do “Pacto Social”, publicada em 1762. Em resumo, essa corrente assentava a ideia de poder oriundo da vontade do povo, cuja materialização se deu por meio do fortalecimento do Poder Legislativo.¹⁹

Somado a isso, a Revolução Francesa, ocorrida ao final do século XVIII, disseminou na Europa certa desconfiança com os Juízes, uma vez que estes integravam a estrutura da monarquia absolutista com a qual o movimento rompera. Por conseguinte, a ideia de Separação de Poderes proposta por Montesquieu, na qual o juiz atuava como mero “boca da lei” ganhou força e perdurou durante todo o século XIX.

Dessa forma, não era concebível na Europa a instituição de um mecanismo de controle de leis pelo malsinado Poder Judiciário, com o risco de enfraquecimento do então consagrado Poder Legislativo. Nesse sentido leciona Lenio Luiz Streck:

No fundo, a instituição de um tribunal de controle de constitucionalidade fora da estrutura do Poder Judiciário tinha o nítido objetivo de proteção do legislador, influência da Revolução Francesa.

Tratava-se da construção de mecanismos que, ao mesmo tempo em que

¹⁶Análises de L. Althusser, que se inspira em artigos de Charles Eisemann. WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da política**. São Paulo: Ática, 2008, p. 119.

¹⁷*Ibidem*, p. 113-120.

¹⁸Nesse aspecto, deve-se ter em mente a posição paradoxal de Montesquieu na filosofia política. Se, por um lado, tratou da questão do funcionamento dos regimes políticos sob a ótica liberal, cuja problemática surge em um período posterior a sua obra, por outro, era membro da nobreza. Sua obra não tem como objetivo a restauração do poder de sua classe, mas sim tirar partido de certas características do poder nos regimes monárquicos, para dotar de mais estabilidade os regimes que viriam a resultar das revoluções democráticas. *Ibidem*, 2008, p. 114.

¹⁹*Ibidem*, p. 196-199.

preservassem a vontade geral proveniente da lei, pudessem pôr freios aos demais Poderes.²⁰

A Constituição austríaca de 1920 adotou o sistema criado por Kelsen e conferiu o controle de constitucionalidade a uma Corte Constitucional²¹, com competência exclusiva para resolver questões dessa natureza. A legitimidade para arguir a inconstitucionalidade perante a Corte Constitucional foi conferida ao Governo dos Länder e ao Governo Federal, órgãos políticos do país.²²

Em 1929 a Carta Constitucional da Áustria foi revisada, e manteve o referido sistema de controle de constitucionalidade concentrado de leis, bem como ampliou o rol de legitimados para a mencionada ação, a dois órgãos judiciários ordinários: *Oberster Gerichtshof* (Corte Suprema), para causas civis e penais, e *Verwaltungsgerichtshof* (Tribunal administrativo), para causas administrativas. No entanto, a legitimidade dessas instituições era apenas para controle efetuado pela via incidental, ou seja, a partir de então a Áustria passou a adotar um sistema híbrido, no qual o controle de leis era efetuado *in abstracto* e também de forma concreta.²³

Não obstante os argumentos jus científicos exarados por Hans Kelsen, por volta da década de 20, sua proposta apenas prosperou e espalhou-se por toda a Europa continental anos depois, após a segunda Guerra Mundial. Somente com a superação da doutrina liberal e o surgimento do Estado Social o continente europeu iniciou um debate acerca da instituição de uma justiça constitucional. Em síntese, essa discussão coincide com o chamado “constitucionalismo” do pós-guerra²⁴:

²⁰STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 355-356.

²¹Ao contrário do sistema austríaco, no qual apenas a Corte Constitucional pode aferir a constitucionalidade, no sistema difuso norte-americano todos os juízes possuem legitimidade para efetuar o controle de leis. NEDEL, Nathalie Kuczura. **Controle Difuso de Constitucionalidade, uma análise a partir do caso *Marbury versus Madison* e da *Judicial Review***. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013, p. 9.

²²CASTRO, João Bosco Marcial de. **O Controle de Constitucionalidade das Leis – A Legitimidade do Supremo Tribunal Federal para Modular os Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012, p. 84.

²³FILHO, Newton Tavares. **Tribunais Constitucionais**. Brasília: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, 2009, p. 03.

²⁴Acerca da ideia de constituição/constitucionalismo: [...] por constituição em sentido histórico entender-se-á o conjunto de regras (escritas ou consuetudinárias) e de estruturas institucionais conformadoras de uma dada ordem jurídico-política num determinado sistema político-social [...]. A constituição em sentido moderno pretendeu radicar duas ideias básicas: (1) ordenar, fundar e limitar o poder político; (2) reconhecer e garantir direitos e liberdades do indivíduo. Os temas centrais do constitucionalismo são, pois, a fundação e legitimação do poder político e a constitucionalização das

Esse processo de institucionalização de um mecanismo de controle de constitucionalidade ocorre concomitantemente com o surgimento do constitucionalismo, uma vez que, conforme será possível perceber no decorrer do século XX, a justiça constitucional será de fundamental importância para a consolidação do modelo de Direito do Estado Democrático de Direito [...]. Sem dúvida, o modelo de justiça constitucional com tais características mostrar-se-á eficaz para a consolidação das democracias e dos direitos sociais e fundamentais nas nações europeias, principalmente nos países saídos de regimes autoritários [...].

Ou seja, mais do que o problema da legitimidade (ou da ausência de legitimidade) de os juízes poderem dizer se uma lei é ou não constitucional, ganhou força o papel dirigente do constitucionalismo, através do qual a própria Constituição, fruto de um pacto constituinte fundante de uma nova ordem, já por si só estabelecia os caminhos político-econômico-sociais do Estado (normas auto-executáveis, p.ex).²⁵

Além de contribuir para a adoção de um modelo de controle de leis de inspiração Kelseniana, o constitucionalismo resultou na ampliação dos poderes que o Vienense havia conferido aos Tribunais Constitucionais – que apenas anulavam as normas incompatíveis com a constituição –, criando novas formas de interpretação:

Com efeito, o estrutural-normativismo Kelseniano não tinha em mente, com certeza, constituições dirigentes e tribunais com perspectivas substancialistas. Ao contrário do que pretendia Kelsen, as constituições (como a espanhola, a portuguesa e a brasileira, para citar as mais contemporâneas) estão repletas de disposições com forte carga de conflitividade, além de conceitos indeterminados e, desde logo, não estão construídas de forma simétrica com os jardins de Genebra, enfim, como na ordem em que se encontram os dispositivos na Constituição austríaca de 1920, por ele idealizada. Isso significa, precisamente, que, para adequar a lei ordinária a esse modelo de constituição, o juiz constitucional, ao instaurar seu monopólio, teve que, levando os diferentes processos sociais, desenvolver um tipo de interpretação (e procedimento) distinto daquele que Kelsen havia previsto para a Constituição austríaca, isto é, a da simples derrogação da lei. Por isso, os diversos tipos de sentenças que têm sido elaboradas pelos distintos tribunais constitucionais (sentenças aditivas, manipulativas, construtivas, etc.), dirigidas à atuação e efetivação dos preceitos constitucionais nos diversos sentidos que a interpretação podia conduzi-los, isto porque o juiz constitucional conta com esse poder de interpretação que é bilateral enquanto referida tanto à norma constitucional, como à lei que se coloca como contraponto ao texto constitucional [...].

Dito de outro modo, quando o próprio texto das Constituições superara a mera programaticidade, é que se tornou necessário buscar uma fórmula de “cortar caminho” entre o (velho) sistema judiciário e as políticas públicas que deveriam advir do novo texto constitucional.²⁶

Nesse passo, verifica-se que o constitucionalismo resultou em novas práticas

liberdades. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 53-55.

²⁵STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 354-355, 379.

²⁶*Ibidem*, p. 379-380.

jurídicas interpretativas, já que o Poder Judiciário, ao aplicar a Constituição, deparava-se com valores de diferentes naturezas. Como consequência, tem-se um novo papel exercido por este Poder, consoante leciona Valéria Ribas do Nascimento:

[...] são constituições que não se limitam à disposição de competências ou à separação dos poderes públicos, mas, para além disso, contém um alto nível de normas materiais ou substantivas que condicionam o Estado por meio de fins e objetivos.

[...]

Isso leva os juízes a trabalharem com valores constitucionalizados, mas muitas vezes de difícil aplicação, o que pode acarretar em decisões disfarçadas de real poder constituinte. A partir do que foi mencionado, é perceptível a dificuldade de se manter o equilíbrio das três funções estatais.²⁷

Verifica-se, portanto, que a atribuição da guarda da constituição a um Tribunal *ad hoc*, afastado do Poder Judiciário, como pretendia Kelsen, foi resultado do momento histórico europeu que o antecedeu. A doutrina liberal então disseminada, sobretudo as ideias do filósofo Jean Jacques Rousseau, conferia o poder do Estado ao povo, o que culminou com o fortalecimento do Poder Legislativo, e assim, corroborou o pensamento de Montesquieu no sentido de que os Juízes eram a boca que pronunciava a letra da lei. Aliado a essas correntes de pensamento, nutria-se certa desconfiança com o Poder Judiciário, o qual integrava a estrutura absolutista que a Revolução Francesa, em especial, rompera. Assim, não se admitia um controle constitucional efetuado pelos Juízes, nos moldes do já estruturado controle difuso de constitucionalidade norte-americano, já referido.

Além disso, o movimento constitucionalista surgido após a segunda guerra mundial demandou a adoção de um sistema de controle de constitucionalidade de leis. Nesse contexto, adotou-se um modelo de inspiração Kelseniana, no qual o controle de constitucionalidade era realizado *in abstracto*.

Entretanto, a mera possibilidade de anulação de leis, nos moldes propostos pelo jurista de Viena, não mais satisfaziam as necessidades interpretativas do julgador, que se deparava com normas constitucionais de diferentes naturezas. Assim, surgiram novos mecanismos de interpretação - sentenças aditivas, manipulativas, construtivas, entre outras -, o que dificultou a manutenção do Princípio

²⁷NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **O tempo das reconfigurações do constitucionalismo: os desafios para uma cultura cosmopolita**. São Paulo: LTR, 2011, p. 83-84.

da Separação de Poderes nos moldes em que se encontrava.

O modelo de Constituição (dirigente) adotado na Europa, bem como o de controle abstrato de leis e seus desdobramentos – novos mecanismos de interpretação – foram adotados por países como Portugal, Espanha, e, especialmente, o Brasil, cuja análise será realizada a seguir.

1.2 O controle concentrado de constitucionalidade no Brasil: avanços e retrocessos

O Brasil adotou o modelo de controle concentrado de constitucionalidade desenvolvido na Europa somente em 1965, por intermédio da Emenda Constitucional nº 16, tendo sido replicado nas constituições seguintes. Antes disso, prevaleceu o sistema difuso de constitucionalidade, o qual também traz incutido a ideia de supremacia da Constituição Federal. Por essa razão, cumpre verificar os sistemas de controle de leis instituídos no Brasil desde seu surgimento como Estado independente e sua relação com o Princípio da Separação de Poderes.

1.2.1 Os precedentes constitucionais do controle abstrato de constitucionalidade anteriores à Constituição Federal de 1988

A primeira Constituição brasileira data de 1824, e, durante sua vigência, cumpria ao Poder Moderador manter a independência, o equilíbrio e a harmonia entre os poderes²⁸. A Assembléia Geral tinha o poder de elaborar as leis, interpretá-las, suspendê-las, revogá-las, velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral da Nação.²⁹

²⁸Transcrição original: 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 Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos. BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)**. Brasília: Palácio do Planalto, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 13 out. 2013.

²⁹Art. 13. O Poder Legislativo é delegado à Assembleia Geral com a Sanção do Imperador.

[...]

Art. 15. E' da attribuição da Assembléa Geral

VIII. Fazer Leis, interpretá-las, suspendê-las, e revogá-las.

X.Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral da Nação. BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)**. Brasília: Palácio do Planalto, 2013.

A determinação conferida ao Poder Legislativo no sentido de velar pela guarda da Constituição tem inspiração francesa³⁰ e pode ser entendida como uma orientação, tendo em vista que durante esse período não havia um sistema estruturado de controle de constitucionalidade de leis. Essa ausência perdurou até o surgimento do regime republicano.

Com influência do direito norte-americano, o Decreto nº 848, editado em 1890, durante o governo provisório que antecedeu a promulgação da Carta de 1891, determinou que incumbia aos juízes, na análise do caso concreto, interpretar a Constituição, nulificando as disposições com ela conflitantes.³¹ Em seguida, a Constituição republicana consolidou a adoção do regime difuso de controle de constitucionalidade das leis³², conferindo às justiças estadual e federal a competência para realizarem o controle de constitucionalidade, com a possibilidade de recurso para o Supremo Tribunal Federal nas hipóteses previstas na Constituição.

Interessante observar que os juristas da época já se preocupavam com possíveis intersecções entre os Poderes Legislativo e Judiciário no controle incidental de constitucionalidade. A esse respeito, o jurista Gilmar Ferreira Mendes, mencionando Rui Barbosa leciona:

Os tribunais – dizia Rui – não intervêm na elaboração da lei, nem na sua aplicação geral. Não são órgãos consultivos nem para o legislador, nem para a administração [...]. E sintetizava, ressaltando que *a judicial review* “é

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 13 out. 2013.

³⁰NEDEL, Nathalie Kuczura. **Controle Difuso de Constitucionalidade, uma análise a partir do caso *Marbury versus Madison* e da *Judicial Review***. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013, p. 49.

³¹NEDEL, Nathalie Kuczura. **Controle Difuso de Constitucionalidade, uma análise a partir do caso *Marbury versus Madison* e da *Judicial Review***. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013, p. 50.

³²Art 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:
§ 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.

Art 60 - Compete aos Juízes 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; BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Brasília: Palácio do Planalto, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em: 05 out. 2013.

um poder de hermenêutica, e não um poder de legislação.³³

Ademais, o controle difuso de constitucionalidade era realizado de forma tímida, consoante ensina Nagib Slaibi Filho:

A República velha teve a honra de introduzir em nosso sistema o controle judicial de constitucionalidade, como herança do padrão estadunidense de organização do Poder. **Mas esse controle, naquele período, foi muito restrito, quase inexistente, não só pela formação privatística do juiz acostumado ao sistema jurídico da *Civil Law*, como pela falta de instrumentos jurídicos que permitissem aos tribunais – e principalmente ao Supremo Tribunal Federal – a plena efetividade de tais funções.**

[...]

Tal frouxidão constitucional quanto ao controle de validade da Lei Maior permitiu na República Velha as conhecidas crises federativas e a prevalência das oligarquias estaduais sobre o Governo Central, o que, aliás, decorria do acordo de vontade entre os dois maiores Estados – São Paulo e Minas Gerais – na aliança que ficou conhecida como a *política do café com leite* [...].³⁴ [Grifou-se]

Dessa forma, pode-se verificar nesse período a adoção do controle difuso de constitucionalidade de leis, o qual foi pouco exercido. Todavia, nem sequer se tangenciou o sistema de controle concentrado de leis, mormente porque ele estava a recém-surgindo na Europa.

A Constituição de 1934 inaugura o período do governo de Getúlio Vargas e rompe com a política do “café com leite” que vigia no país desde a proclamação da República. Em termos de controle de constitucionalidade, essa constituição manteve o sistema difuso, bem como realizou profundas alterações no instituto: a) exigiu a maioria absoluta dos membros dos tribunais para declaração de inconstitucionalidade, a fim de evitar a insegurança jurídica (Art. 179)³⁵; b) conferiu ao Senado Federal a competência para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido

³³BARBOSA, Rui, **Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo**, in **Trabalhos jurídicos**, Rio de Janeiro, Casa de Rui Barbosa, 1962, p. 54-5. *Apud*: MARTINS, Ives Gandra: **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.46.

³⁴NAGIB, Slaibi Filho: **Breve História do Controle de Constitucionalidade**” in STRECK, Lênio Luiz: **A constitucionalização do Direito: a Constituição como locus da hermenêutica jurídica**. Rio de Janeiro, 2003, p. 50/51.

³⁵Art 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. BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Brasília: Palácio do Planalto, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 05 out. 2013.

declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”, o que conferiu eficácia *erga omnes* às referidas decisões (Art. 91, inciso IV)³⁶; c) introduziu a declaração de inconstitucionalidade para evitar a intervenção federal (representação interventiva) (art 12, §2º)³⁷.

A representação interventiva permitiu ao Procurador-Geral da República, nas hipóteses de violação aos princípios consagrados no art. 7º, inciso I, alínea “a” a “h” da Constituição³⁸, condicionar a eficácia da lei interventiva, de iniciativa exclusiva do Senado Federal (art 41, §3)³⁹, ao Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, atribuiu-se a Suprema Corte o poder de declarar a inconstitucionalidade de lei de intervenção, a fim de impedir sua aplicação. Urge destacar, outrossim, que esse controle deveria ser de cunho estritamente jurídico, já que a Constituição vedava, de forma expressa (art. 68)⁴⁰, o controle político das leis.

O grande trunfo desse período é que, sob forte influência de Hans Kelsen, o Deputado Federal Nilo Alvarenga propôs a criação de um Tribunal Constitucional,

³⁶Art 91 - Compete ao Senado Federal:
[...]

IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário. *Ibidem*.

³⁷Art 12 - A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo:
[...]

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

[...]§ 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. BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Brasília: Palácio do Planalto, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 05 out. 2013.

³⁸Art 7º - Compete privativamente aos Estados: I - decretar a Constituição e as leis por que se devam reger, respeitados os seguintes princípios:

- a) forma republicana representativa;
- b) independência e coordenação de poderes;
- c) temporariedade das funções eletivas, limitada aos mesmos prazos dos cargos federais correspondentes, e proibida a reeleição de Governadores e Prefeitos para o período imediato;
- d) autonomia dos Municípios;
- e) garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público locais;
- f) prestação de contas da Administração;
- g) possibilidade de reforma constitucional e competência do Poder Legislativo para decretá-la;
- h) representação das profissões; *Ibidem*.

³⁹Art 41 - A iniciativa dos projetos de lei, guardado o disposto nos parágrafos deste artigo, cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, ao Plenário do Senado Federal e ao Presidente da República; nos casos em que o Senado colabora com a Câmara, também a qualquer dos seus membros ou Comissões. [...]

§ 3º - Compete exclusivamente ao Senado Federal a iniciativa das leis sobre a intervenção federal, e, em geral das que interessem determinadamente a um ou mais Estados. *Ibidem*.

⁴⁰Art 68 - É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas. *Ibidem*.

dando início à discussão acerca da implantação de um controle de constitucionalidade concentrado.

Nas razões da proposta, o Deputado destacou:

Os mais belos e generosos princípios de direito público, consagrados nos textos constitucionais, de nada valerão, sem as necessárias garantias de sua efetividade. Estas garantias são dadas pelo controle de constitucionalidade das leis.

Nos Estados Unidos, onde esta atribuição é conferida à Justiça comum, o controle é falho, imperfeito e incompleto [...]. A lei anulada para o litigante continua a vigorar em toda sua plenitude para a coletividade.

Por isso é imprescindível criar a jurisdição constitucional cometendo-a a um tribunal especial, com a função de exercer este controle, anulando as leis e atos inconstitucionais, *erga omnes*.

Mas não basta a criação de tribunal com esta competência. É necessário, ainda, assegurar a todos os indivíduos a sua proteção por meio de recursos fáceis e rápidos e baratos. É preciso que todo cidadão ferido em seu direito disponha de meio seguro para o restabelecimento imediato deste direito.

[...]

A Corte de Justiça Constitucional, com estas atribuições e competências, será o único aparelho eficaz de garantias constitucionais, do qual a República não poderá prescindir, para assegurar a defesa de todos os direitos e liberdades de seus cidadãos.⁴¹

A proposta foi rejeitada, entretanto, restou evidente a influência de Hans Kelsen no trabalho do mencionado Deputado, o que permitiu o início de um debate sobre o tema.

Uma nova fase do governo de Getúlio Vargas, marcada pelo autoritarismo, tem início com a outorga da Constituição de 1937. O novo diploma constitucional recebe a denominação de “Constituição Polaca”, justamente por reproduzir elementos do período autoritário que assolava a Europa nessa época.⁴²

Muitos doutrinadores⁴³ afirmam que a Carta de 37 sequer entrou em vigor⁴⁴. Isso porque, o art. 187 determinava a realização de plebiscito nacional para legitimar a Constituição – já que o Poder Legislativo havia sido dissolvido -, o qual nunca fora realizado⁴⁵. Ademais, outras hipóteses de consulta popular (submissão a plebiscito

⁴¹MARTINS, Ives Gandra. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.50.

⁴²BONAVIDES, Paulo. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: Paz e Terra, 1990, p.333.

⁴³Como exemplo, pode-se citar Paulo Bonavides e Paes de Andrade na obra “História Constitucional do Brasil”, *op. cit.*, p. 341 e Lenio Luiz Streck na obra “**Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**”, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 443.p. 441-443.

⁴⁴STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 443.

⁴⁵Art 187 - Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República. BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)**. Brasília: Palácio do Planalto, 2013. Disponível em:

popular) nela previstas jamais foram realizados⁴⁶.

Também no sistema de controle de constitucionalidade, a Carta de 1937 traduz inequívoco retrocesso.⁴⁷

No que concerne ao controle difuso de constitucionalidade, a Constituição de 1937 não promoveu qualquer alteração, mantendo-o idêntico aos moldes da Carta de 1934. Todavia, o mecanismo foi pouco utilizado na época, uma vez que, ausente o Parlamento, a disposição sobre todas as matérias ficou a cargo do chefe do Poder Executivo, por meio de decretos-leis⁴⁸.

Além disso, o parágrafo único do artigo 96 instituíra peculiar sistemática de controle de leis:

Art 96 - [...]

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 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. (grifou-se)

Note-se que referido artigo retirava do Poder Judiciário a exclusividade do controle de constitucionalidade, em semelhança à Proposta de Emenda Constitucional nº 33 de 2011. De acordo com o texto transcrito, por iniciativa do Presidente da República, o Poder Legislativo poderia derrubar a decisão do Supremo Tribunal. Contudo, dissolvido o Congresso Nacional durante toda vigência

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 05 out. 2013.

⁴⁶Como exemplo, pode-se citar a previsão contida no artigo 174, §4º, *in verbis*:

Art 174 - A Constituição pode ser emendada, modificada ou reformada por iniciativa do Presidente da República ou da Câmara dos Deputados.

[...]

§ 4º - No caso de ser rejeitado o projeto de iniciativa do Presidente da República, ou no caso em que o Parlamento aprove definitivamente, apesar da oposição daquele, o projeto de iniciativa da Câmara dos Deputados, o Presidente da República poderá, dentro em trinta dias, resolver que um ou outro projeto seja submetido ao plebiscito nacional. O plebiscito realizar-se-á noventa dias depois de publicada a resolução presidencial. O projeto só se transformará em lei constitucional se lhe for favorável o plebiscito. BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)**. Brasília: Palácio do Planalto, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 05 out. 2013.

⁴⁷MARTINS, Ives Gandra. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 50.

⁴⁸ Projeto do Deputado Nilo Alvarenga, de 20-12-1933, **Annaes da Assembléa Nacional Constituinte**, cit., p. 513 *apud*: MARTINS, Ives Gandra. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.65/66.

da mencionada Constituição, referida prática ficou inviabilizada, e a citada prerrogativa esteve cargo do Chefe do Executivo.

Ao contrário da atual proposta de Emenda Constitucional, a alteração não obteve críticas significativas da doutrina da época⁴⁹. Isso porque, o art.174⁵⁰ permitia a alteração da Constituição por voto da maioria simples de cada casa legislativa, tratando-se, portanto, de uma Constituição flexível. Dessa forma, entendiam os juristas que, como era necessário um *quórum* de dois terços de votos do Poder Legislativo para derrubar a decisão do Supremo Tribunal, não haveriam problemas caso a decisão fosse anulada.

Contudo, a convivência com o instituto não tardou a se alterar. Bastou o então Presidente Getúlio Vargas editar o Decreto-Lei n. 1.564 de 1939⁵¹, utilizando o supracitado mecanismo pela primeira vez, para haver forte reação no meio jurídico. O Decreto tinha o escopo de confirmar texto de lei declarado inconstitucional pelo

⁴⁹MARTINS, Ives Gandra. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.50.

⁵⁰ Art 174 - A Constituição pode ser emendada, modificada ou reformada por iniciativa do Presidente da República ou da Câmara dos Deputados. § 1º - O projeto de iniciativa do Presidente da República será votado em bloco por maioria ordinária de votos da Câmara dos Deputados e do Conselho Federal, sem modificações ou com as propostas pelo Presidente da República, ou que tiverem a sua aquiescência, se sugeridas por qualquer das Câmaras.

§ 2º - O projeto de emenda, modificação ou reforma da Constituição de iniciativa da Câmara dos Deputados, exige para ser aprovado, o voto da maioria dos membros de uma e outra Câmara.

[....]

§ 4º - No caso de ser rejeitado o projeto de iniciativa do Presidente da República, ou no caso em que o Parlamento aprove definitivamente, apesar da oposição daquele, o projeto de iniciativa da Câmara dos Deputados, o Presidente da República poderá, dentro em trinta dias, resolver que um ou outro projeto seja submetido ao plebiscito nacional. O plebiscito realizar-se-á noventa dias depois de publicada a resolução presidencial. O projeto só se transformará em lei constitucional se lhe for favorável o plebiscito. BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)**. Brasília: Palácio do Planalto, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 05 out. 2013.

⁵¹O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando da atribuição que lhe confere o artigo 180 da Constituição, e para os efeitos do artigo 96, parágrafo, CONSIDERANDO que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da incidência do imposto de renda, decretado pela União no uso de sua competência privativa, sobre os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais; CONSIDERANDO que essa decisão judiciária não consulta o interesse nacional e o princípio da divisão equitativa do ônus do imposto, DECRETA:

Artigo único. São confirmados os textos de lei, decretados pela União, que sujeitaram ao imposto de renda os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais; ficando sem efeito as decisões do Supremo Tribunal Federal e de quaisquer outros tribunais e juízes que tenham declarado a inconstitucionalidade desses mesmos textos. BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.564, de 5 de Setembro de 1939**. Brasília: Palácio do Planalto, 2013. Disponível em: <<http://linker.lexml.gov.br/linker/processa?urn=urn:lex:br:federal:decreto.lei:1939-09-05;1564&url=http%3A%2F%2Fwww2.camara.gov.br%2Flegin%2Ffed%2Fdeclei%2F1930-1939%2Fdecreto-lei-1564-5-setembro-1939-411497-publicacaooriginal-1-pe.html&exec>>. Acesso em: 05 out. 2013.

Supremo Tribunal Federal, sob o argumento de que a decisão ia de encontro ao interesse nacional.

Evidente que a redação do artigo 96 - como todo o corpo legislativo da Constituição de 37⁵² - conferia amplos poderes ao Presidente da República, já que a decisão do Pretório Excelso apenas poderia ser derrubada mediante sua iniciativa. Em verdade, o manifesto poder exercido pelo Executivo dissolveu o Legislativo e espezinhou o Judiciário⁵³, prática característica de regimes ditatoriais:

[...] a Constituição de 37 foi o germe (o Estado Novo foi sua realização) de Constituições autoritárias e a justificação teórica das ditaduras posteriores. Se é certo que Vargas implementou uma modernização do aparelho de Estado, criando uma burocracia mais eficiente e dando contribuições diversas à consolidação e codificação dos principais ramos do direito, e iniciando o processo de industrialização do país [...], é também certo que atribuiu a essa burocracia renovada poderes muito mais amplos do que seria normal. Em suma: na completa ausência do Legislativo (ele nunca foi convocado), esse poder se transferiu para as mãos da tecnoburocracia, que o exercia na realidade [...]. Ela é o reflexo de uma corrente autoritária de pensamento que subjogou nossas melhores esperanças democráticas [...]. **A Constituição de 37 não respeitou nem mesmo seu próprio texto, concentrando direitos numa única pessoa (o Presidente).** Ela foi o biombo de uma ditadura que sequer tinha preocupações com os disfarces.⁵⁴ [grifou-se]

Por outro lado, se a constituição de 37 forneceu as bases para a ditadura do período de 1964 a 1987, a Constituição de 1946 foi parâmetro para nossa recente experiência constituinte. A tripartição e a equipotência entre os três poderes caracterizou essa constituição, tendo em vista que buscou devolver ao Legislativo e ao Judiciário a dignidade e as prerrogativas características de um regime efetivamente democrático.⁵⁵

No que concerne às atribuições do Poder Judiciário, esta Carta instituiu a figura do Recurso Extraordinário (art. 101, inciso II, alíneas “a”, “b” e “c” e “d”) ⁵⁶,

⁵²BONAVIDES, Paulo. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: Paz e Terra, 1990, p.332.

⁵³*Ibidem*, p.338.

⁵⁴*Ibidem*, p.333.

⁵⁵*Ibidem*, p.409.

⁵⁶ Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

[...]

III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes:

- a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal;
- b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada;
- c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato;

semelhante ao atual, manteve o controle difuso de constitucionalidade de leis, bem como a exigência da maioria absoluta dos membros do Tribunal para declarar a eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade (art. 200)⁵⁷, a atribuição do Senado para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF (art. 64)⁵⁸, e a figura da representação interventiva (art. 8º)⁵⁹, obrigando submeter as decisões de intervenção federal oriundas das hipóteses do art 7º, VII⁶⁰, ao exame do Supremo Tribunal Federal. Cumpre mencionar, outrossim, que a nova Constituição não adotou o mecanismo de submissão das decisões do Pretório Excelso ao Poder Legislativo, previsto no parágrafo único do artigo 96 da Carta de 1937.

É de se ressaltar que o controle de constitucionalidade efetuado na representação interventiva era incidental e não tinha efeito *erga omnes*, tendo sido amplamente utilizada neste período⁶¹. A larga utilização do instituto ocasionou intensa discussão sobre a matéria e reforçou o papel do Supremo Tribunal no controle de constitucionalidade de leis. Criavam-se, assim, os alicerces para a implantação da Ação Direta de Inconstitucionalidade⁶².

d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal. BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Brasília: Palácio do Planalto, 2013. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm >. Acesso em: 05 out. 2013.

⁵⁷Art 200 - Só pelo voto da maioria absoluta dos seus membros poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público. *Ibidem*.

⁵⁸Art 64 - incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. *Ibidem*.

⁵⁹Art 8º - A intervenção será decretada por lei federal nos casos dos nº s VI e VII do artigo anterior. Parágrafo único - No caso do nº VII, o ato arguido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarar, será decretada a intervenção. *Ibidem*.

⁶⁰Art 7º - O Governo federal não intervirá nos Estados salvo para:

[....]

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios:

- a) forma republicana representativa;
- b) independência e harmonia dos Poderes;
- c) temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes;
- d) proibição da reeleição de Governadores e Prefeitos, para o período imediato;
- e) autonomia municipal;
- f) prestação de contas da Administração;
- g) garantias do Poder Judiciário. *Ibidem*.

⁶¹Rp. 93 de 16-7-1947, Rel. Min. Annibal Freire, AJ, 85:3 parlamentarismo no Ceará; Rp. 94 parlamentarismo no RS, etc Rp. 93 de 16-7-1947, Rel. Min. Annibal Freire, AJ, 85:3 parlamentarismo no Ceará; Rp. 94 parlamentarismo no RS, etc. MARTINS, Ives Gandra. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.54-56.

⁶²Importa referir que a ação direta interventiva estava longe de poder ser considerada modalidade de

Nesse período, teve início embates acerca do efetivo papel do Pretório Excelso quando da declaração da inconstitucionalidade, na época, de lei interventiva. O Tribunal era unânime na defesa da prevalência de suas decisões, consoante se verifica no trecho a seguir, de autoria de Gilmar Mendes:

O Supremo Tribunal Federal exercia, pois, a função de “árbitro final do contencioso da inconstitucionalidade”. Não se tratava, porém, de afastar, simplesmente, a aplicação da lei inconstitucional. A pronúncia da inconstitucionalidade, nesse processo, tinha dimensão diferenciada, como se pode ler no magnífico voto de Castro Nunes:

[....]

Nos julgamentos em espécie, o Tribunal não anula nem suspende a lei, que subsiste, vige e continuará a ser aplicada até que, como, entre nós, estabelece a Constituição, o Senado exercite a atribuição do art. 64.

Na declaração em tese, a suspensão redundava na ab-rogação da lei ou na derrogação dos dispositivos alcançados, não cabendo ao órgão legiferante censurado senão a atribuição meramente formal de modificá-la ou regê-la, segundo as diretivas do prejulgado; é uma inconstitucionalidade declara *erga omnes*, e não somente entre as partes; a lei foi arredada apenas em concreto; foi cessada para todos os efeitos.⁶³ [grifou-se]

Depreende-se, portanto, que este período foi marcado por discussões acerca da efetividade das decisões do Supremo Tribunal Federal que entendiam pela inconstitucionalidade de intervenção federal e pela elaboração do Recurso Extraordinário. Ambas características formaram os alicerces do sistema de controle de constitucionalidade atual. Dessa forma, pode-se afirmar que a Constituição de 1946 representou considerável avanço, sobretudo se cotejada com o retrocesso da Constituição Polaca que a antecedeu, o que se verifica no controle de constitucionalidade de normas.

Contudo, em que pesem as inovações e garantias positivadas na Constituição de 1946, a experiência democrática desse período durou apenas pouco mais de uma década. Para entender o surgimento do regime ditatorial, Paulo Bonavides e

controle concentrado de constitucionalidade de lei em abstrato, pela singela razão de que a ação direta interventiva dizia respeito sempre a um caso concreto de intervenção federal e, por consequência, a um conflito envolvendo o princípio federativo. Ou seja, a intervenção do Supremo Tribunal Federal não tinha efeito *erga omnes*, tendo por objetivo tão somente constatar a ocorrência de violação de princípio constitucional sensível, para legitimar o decreto de intervenção da União no Estado. Como se verá adiante, a ação interventiva foi o caminho que culminou na criação, no ano de 1965, da ação direta de inconstitucionalidade, denominada de representação de contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa federal ou estadual, a ser encaminhada pelo Procurador Geral da República (EC 16, de 26.11.1965). STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.444-445.

⁶³MARTINS, Ives Gandra. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.56/57.

Paes de Andrade remetem a uma complexa análise da Constituição Polaca que antecedeu a Carta de 1946:

Vargas foi presidente por 15 anos ininterruptos, 8 dos quais como ditador de fato. Os jogos e intercâmbios políticos, que tinham seu canal natural de expressão – o Parlamento – coarctados, acabaram por penetrar todas as camadas da burocracia, fazendo com que as decisões políticas ganhassem cada vez mais um caráter intransparente, espesso e incontrolável. O corporativismo alastrou-se por todos os níveis da sociedade. Com isso, o Poder Executivo tomou ares imperiais, inchando de modo a hipertrofiar o Legislativo e o Judiciário.

Mais do que a vitória do pensamento autoritário, o que se observou foi a legitimação difusa desse pensamento entre algumas camadas da sociedade brasileira [...].

Em outras palavras, a Constituição de 1946 não logrou se fazer presente no dia a dia do povo, nem mesmo demonstrar que era instrumento de participação e mudança [...].

O fato então é que a consciência autoritária não se viu atacada em sua raiz, e o populismo se fez uma alternativa trilhada de maneira irresponsável. Ninguém percebeu que a Constituição, por si só não poderia garantir os princípios expressos em seu texto [...].⁶⁴ [Grifou-se]

Nesse contexto de contradições internas que, em 31 de março de 1964, forças militares derrubaram o governo e instituíram o período ditatorial. Durante os governos que seguiram à Carta de 1946, o Poder Legislativo foi novamente suprimido e o Executivo fortalecido.

O Ato Institucional nº 1 incorporou, de início, a suspensão das garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade e estabilidade, o direito de suspender os direitos políticos pelo prazo de dez anos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, excluía sua apreciação judicial. De 1965 a 1966, durante o governo do Presidente Castello Branco, pairava a chamada “cláusula da exclusão”, dispositivo que eliminava do exame de qualquer autoridade, incluindo o Judiciário, determinados atos do Executivo.⁶⁵

O Poder Judiciário foi tolhido em suas instâncias inferiores, haja vista que os Juízes perderam suas prerrogativas e deixaram de apreciar diversas questões. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal ganhou força, sobretudo com a elaboração do controle de constitucionalidade concentrado⁶⁶, através da emenda constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965.

⁶⁴BONAVIDES, Paulo. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: Paz e Terra, 1990, p.409-410.

⁶⁵*Ibidem*, p.429-432.

⁶⁶KONZEN, Leandro. **O Supremo Tribunal Federal e a defesa dos preceitos constitucionais fundamentais, uma história de construção do sistema brasileiro de Controle de Constitucionalidade**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009, p.84.

O novo mecanismo de controle de normas materializou-se através de dois institutos: a representação de inconstitucionalidade de lei federal e estadual, em tese, de iniciativa exclusiva do Procurador-Geral da República (art. 2º da Emenda Constitucional nº 16) e uma prejudicial de inconstitucionalidade (art. 5º da referida Emenda Constitucional), a qual poderia ser suscitada exclusivamente pelo próprio Supremo Tribunal Federal ou pelo Procurador Geral da República, em qualquer processo em curso perante outro juízo.

Com a emenda, o artigo 101, inciso I, alínea K da Constituição Federal passou a ter a seguinte redação:

Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:
 I - processar e julgar originariamente:
 [...]
 k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República;⁶⁷

Ao mesmo artigo, foi acrescentado o parágrafo primeiro, cuja redação que interessa ao presente estudo resta insculpida na alínea “b”, *in verbis*: “§ 1º Incumbe ao Tribunal Pleno o julgamento; [...] b) das prejudiciais de inconstitucionalidade suscitadas pelas Turmas”.⁶⁸

À primeira vista, apresenta-se contraditório a instituição de novos mecanismos de controle de constitucionalidade leis – comumente utilizados como meio de proteção de direitos e garantias individuais-, justamente durante um regime ditatorial. Entretanto, não é o que se verifica, como bem pondera Lenio Luiz Streck:

Não vejo paradoxo no proceder do regime militar. Ao contrário, a preocupação dos militares já era justamente de estabelecer um mecanismo rápido e eficaz para evitar que juízes e tribunais, com pensamento democrático, mediante decisões no controle difuso de constitucionalidade, obstaculizassem ações do *establishment*. Não se deve esquecer que a Constituição de 1946, quando da aprovação da EC 16/65, longe estava de seu texto original. Além disso, o próprio regime preparava uma Constituição. Desse modo, o controle concentrado, naquele momento, representava um meio para manter o controle do sistema jurídico-judiciário, naquele momento, uma vez que, como se viu logo em seguida, o próprio Supremo Tribunal Federal sofreu pesadas baixas.⁶⁹

⁶⁷BRASIL. **Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965**. Brasília: Palácio do Planalto, 2013. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc16-65.htm >.
 Acesso em: 05 out. 2013.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**.

Em complemento a essa ideia, não se pode olvidar que a ditadura havia imposto a suspensão das garantias constitucionais da magistratura e majorado o número de Ministros do Tribunal Supremo⁷⁰. Outrossim, o único legitimado à propositura da representação de inconstitucionalidade era o Procurador Geral da República que, à época, nada mais era que elemento institucional da ditadura:

Tudo isso somado conduz à conclusão de que também o controle abstrato de constitucionalidade das leis nasceu no Brasil sob o signo dos interesses governamentais, posto que o mesmo ocorrera em 1891, na via difusa, por receio de suporte parlamentar a qualquer movimentação dos monarquistas, ou seja, por detrás do discurso de fortalecimento do Supremo, o regime militar acrescia ao Ordenamento Jurídico um instrumento castrador do Parlamento federal.

Assim, o controle da constitucionalidade, concebido como mecanismo de guarda da Constituição e dos direitos fundamentais, surge no Brasil, sob todas as suas formas, como instrumento de repressão do Estado.⁷¹ [GRIFOU-SE]

Importante referir, além disso, que a redação do projeto de Emenda Constitucional tinha o escopo de acrescentar ao artigo 101, o parágrafo 3º, com a seguinte redação:

As disposições de lei ou ato de natureza normativa, consideradas inconstitucionais em decisão definitiva, perderão eficácia, a partir da declaração do Presidente do Supremo Tribunal Federal publicada no órgão oficial da União.⁷²

Ademais, propunha a seguinte redação ao artigo 64: “Incumbe ao Presidente do Senado Federal, perdida a eficácia da lei ou ato de natureza normativa (art. 101, § 3º), fazer publicar no Diário Oficial e na Coleção das leis, a conclusão do julgado que lhe for comunicado”.⁷³

Consoante se verifica, ambas as propostas tinham a finalidade de atribuir

Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 448.

⁷⁰KONZEN, Leandro. **O Supremo Tribunal Federal e a defesa dos preceitos constitucionais fundamentais: uma história de construção do sistema brasileiro de Controle de Constitucionalidade**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009, p.84.

⁷¹SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 296-297 *Apud*: KONZEN, Leandro. **O Supremo Tribunal Federal e a defesa dos preceitos constitucionais fundamentais: uma história de construção do sistema brasileiro de Controle de Constitucionalidade**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009, p.84.

⁷²BRASIL. **Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965**. Brasília: Palácio do Planalto, 2013. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc16-65.htm >.
 Acesso em: 05 out. 2013.

⁷³*Ibidem*.

eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Todavia, ambas foram rejeitadas. Nada obstante, nesse período consagrou-se o modelo abstrato de controle de constitucionalidade, de legitimidade exclusiva do Procurador Geral da República⁷⁴.

A Carta Constitucional de 1967, com sua redação originária, não introduziu modificações significativas no sistema de controle de constitucionalidade. Assim, manteve inalterados o sistema difuso de controle de constitucionalidade e a Representação de Inconstitucionalidade, atualmente denominada de Ação Direta de Inconstitucionalidade (art. 114, inciso I, “I” e inciso III, alínea “a” a “d”) ⁷⁵. A representação interventiva foi ampliada, dos artigos sensíveis para incluir a observância de Lei Federal (art. 10, VI primeira parte e VII) ⁷⁶. A competência para suspender o ato estadual foi transferida para o Presidente da República (art 11, § 2º) ⁷⁷.

⁷⁴MARTINS, Ives Gandra. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.62.

⁷⁵Art. 114. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

I - processar e julgar originariamente;

[...]

l) a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual;

[...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal

c) julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal; ou

d) der à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**.

Brasília: Palácio do Planalto, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em: 05 out. 2013.

⁷⁶Art 10 - A União não intervirá nos Estados, salvo para:

[...]

VI - prover à execução de lei federal, ordem ou decisão judiciária;

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios:

a) forma republicana representativa;

b) temporariedade dos mandatos eletivos, limitada a duração destes à dos mandatos federais correspondentes;

c) proibição de reeleição de Governadores e de Prefeitos para o período imediato;

d) independência e harmonia dos Poderes;

e) garantias do Poder Judiciário;

f) autonomia municipal;

g) prestação de contas da Administração. *Ibidem*.

⁷⁷Art 11 - Compete ao Presidente da República decretar a intervenção.

[...]

§ 2º - Nos casos dos itens VI e VII do art. 10, o decreto do Presidente da República limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida tiver eficácia. *Ibidem*.

Contudo, a Emenda Constitucional n. 7 de 1977 introduziu profundas alterações no sistema de controle concentrado de constitucionalidade. Esta emenda criou a representação para fins de interpretação de Lei ou Ato Normativo Federal ou Estadual, de iniciativa do Procurador-Geral da República. Ademais, permitiu a concessão de liminar nas ações de representação de inconstitucionalidade, mecanismo que até então era concedido por intermédio de entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal, e, dessa forma, gerava controvérsias (art 119, inciso I, alíneas “l”, segunda parte e “p”)⁷⁸.

A inserção, na constituição então vigente, da concessão de liminar pelo Supremo Tribunal nas ações de representação de inconstitucionalidade ajuizadas pelo Procurador Geral da República corrobora a interpretação do jurista Lenio Luiz Streck, anteriormente ressaltada, de que o regime ditatorial buscou fortalecer o poder do Pretório Excelso.⁷⁹ Isso porque, a praxe, desde a constituição de 1934, era de, uma vez declarada a inconstitucionalidade de lei ou qualquer ato normativo, comunicar a decisão ao Senado Federal para que este decidisse sobre a inexecução do ato inconstitucional. Dessa forma, no controle difuso de constitucionalidade a decisão do Supremo Tribunal tinha, em princípio, efeitos *inter partes*, visto que cabia ao Senado Federal tornar a decisão com eficácia *erga omnes*.

Igual procedimento era adotado no controle de constitucionalidade abstrato, realizado a partir da emenda nº 16 de 1965, cabendo ao Senado Federal suspender *erga omnes* os efeitos da norma declarada inconstitucional. Por tal razão, as decisões do Pretório Excelso em sede de controle concentrado apresentavam mero efeito declaratório.

Assim, muitos se posicionavam contra a concessão de medida liminar nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que acarretaria a

⁷⁸Art. 119.

I -

[....]

l) a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual;

[....]

p) o pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República; BRASIL. **Emenda Constitucional nº 7 de 13 de abril de 1977**. Brasília: Palácio do Planalto, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc07-77.htm>. Acesso em: 05 out. 2013.

⁷⁹STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 448.

suspensão de uma norma antes do pronunciamento do Senado Federal. Não obstante a problemática envolvida, já na década de 40, na vigência da Constituição de 1946, o Supremo Tribunal deferia liminar em sede de representação interventiva e, por conseguinte, suspendia a eficácia dos atos impugnados, adiantando, assim, pela via cautelar, ato que não era da Corte Suprema.⁸⁰

Ocorre que, por muitas vezes, o Senado Federal ficava inerte quanto à ampliação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. A inércia da referida casa legislativa abarrotava o Pretório Excelso de demandas repetitivas que pugnavam pela declaração de inconstitucionalidade *in concreto*.

Por conseguinte, como era costume do Supremo Tribunal conceder medida cautelar em sede de representação interventiva – ação utilizada para efetuar o controle de constitucionalidade em casos de intervenção federal, ou seja, pela via incidental - , a fim de antecipar os efeitos da resolução do órgão legislativo, desde logo se entendeu desnecessário comunicar ao Senado Federal também nas decisões proferidas em sede de representação de inconstitucionalidade (modelo concentrado). Esta comunicação ficou reservada aos demais casos de controle incidental de constitucionalidade, razão pela qual a prática adotada culminou com a edição da Emenda nº 7, em 1977.

Cumprir destacar que, neste período, surgiu discussão acerca da natureza da competência conferida ao Procurador-Geral da República para propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Os debates referentes ao assunto deram ensejo ao amplo rol de legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade na Constituição Federal de 1988.

Em 1970, o Movimento Democrático Brasileiro (MDB), único partido de oposição com representação no Congresso Nacional, solicitou ao Procurador-Geral da República a instauração do controle abstrato de normas contra decreto-lei que legitimava a censura prévia de livros, jornais e periódicos. Entretanto, este se negou a submeter a questão ao Supremo Tribunal, uma vez que, na sua opinião, não

⁸⁰Representação para fins de intervenção de nº 466 e 467, relatas, respectivamente, pelos Ministros Ary Franco e Vitor Nunes. NAGIB, Slaibi Filho. **Breve História do Controle de Constitucionalidade** in STRECK, Lênio Luiz: **A constitucionalização do Direito: Constituição como *locus da hermenêutica jurídica***. Rio de Janeiro, 2003, p. 62.

estava constitucionalmente obrigado a fazê-lo⁸¹.

Interposta reclamação contra a decisão do Procurador-Geral, foi rejeitada pelo Supremo Tribunal sob o argumento de que somente o chefe do Ministério Público poderia decidir se e quando deveria ser oferecida representação para a aferição da constitucionalidade da lei⁸². O Tribunal manteve esse entendimento em diversos julgados posteriores⁸³.

O impasse foi solucionado apenas em 1980, quando o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal passou a estabelecer o seguinte:

Art. 169. O Procurador-Geral da República **poderá** submeter ao Tribunal, mediante representação, o exame de lei ou ato normativo federal ou estadual, para que seja declarada a sua inconstitucionalidade.
§1º Proposta a representação, não se admitirá desistência, ainda que afinal o Procurador-Geral se manifeste pela sua improcedência.⁸⁴ [grifou-se]

Dessarte, prevaleceu o entendimento já exarado pelo Pretório Excelso, no sentido de que ficava a critério do chefe do Ministério Público submeter ou não ao Tribunal as situações de inconstitucionalidade. Esse entendimento obstou o ajuizamento de ações de controle concentrado perante a Corte Suprema, e ensejou a ampliação do rol de legitimados para ajuizamento das ações diretas na Constituição de 1988.

Além disso, essas discussões favoreceram a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade, uma vez que se entendeu que quando o Procurador-Geral da República se manifestava pela improcedência da representação, pugnava pela declaração de constitucionalidade da lei. De mais a mais, depreende-se que o período também contribuiu para a dispensa do papel exercido pelo Senado Federal no controle de constitucionalidade concentrado.

⁸¹MARTINS, Ives Gandra. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.68.

⁸²*Ibidem*, p.74.

⁸³Rcl 121, Rel. Min Djaci Falcão, RTJ, 100:955; Rcl 128, Rel. Min. Cordeiro Guerra, RTJ, 98:3 e s.; Rcl 152, Rel. Min. Djaci Falcão, DJ, 11 maio 1983, p. 6292 *apud*: *Ibidem*, p.74.

⁸⁴BRASIL. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/REGIMENTOINTERNO19801.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2013.

1.2.2 A Constituição de 1988

A Constituição Federal de 1988, assim como a anterior, fortaleceu o papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal, sobretudo mediante o aperfeiçoamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, antes nomeada de “representação de inconstitucionalidade”, e pela adoção de novos instrumentos de controle abstrato de constitucionalidade – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Contudo, ao contrário do regime ditatorial, a ampliação de poderes do Pretório Excelso na Carta de 1988 ocorreu com o escopo de proteger direitos e garantias fundamentais.

De modo geral, a Ação Direta de Inconstitucionalidade manteve os contornos que possuía durante a Constituição de 1967. Dessarte, consiste, ainda, em típica ação do controle concentrado de leis, e, em síntese, visa apurar a conformidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual, em face de norma constitucional. A ação apenas analisa a constitucionalidade de lei em tese, ou seja, não aplicada a um caso concreto.

Importante referir que o direito pátrio permite a realização de controle de constitucionalidade de Emendas Constitucionais, tendo como parâmetro as prescrições formais e materiais previstas no artigo 60 da Constituição Federal.⁸⁵ Veda-se, por outro lado, o controle de constitucionalidade das normas

⁸⁵ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

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

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Palácio do Planalto, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 out. 2013.

constitucionais originárias⁸⁶.

De outra banda, dentre as alterações promovidas pela Carta Constitucional de 1988 com a finalidade de proteger os direitos e garantias assegurados na nova Carta, destaca-se a extensa ampliação do rol dos legitimados para ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Nos termos do artigo 103 da Constituição Federal de 1988, são eles: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.⁸⁷

Consoante já mencionado, a ampliação ocorreu, entre outras razões, pelas reiteradas negativas do Procurador-Geral da República de submeter impugnações de inconstitucionalidade ao crivo do Supremo Tribunal durante o regime ditatorial que antecedeu a Carta de 1988.

Atualmente, o Pretório Excelso entende, entretanto, que são legitimados “universais” apenas o Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados e

⁸⁶AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE; Relator(a): Min. MOREIRA ALVES; Julgamento: 28/03/1996; Órgão Julgador: Tribunal Pleno. EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal. - A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras e impossível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição” (artigo 102, “caput”), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. - Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impõe ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido. ADI 815-DF. Governador do estado do Rio Grande do Sul e Congresso Nacional. Relator: Min. Moreira Alves. 28 de março 1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28815%2EENUME%2E+OU+815%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/csonsvr>>. Acesso em: 15 nov. 2013.

⁸⁷BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Palácio do Planalto, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 out. 2013.

os Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional. Isso significa que estes entes políticos podem ajuizar ações de controle abstrato acerca de qualquer matéria. Os demais legitimados, todavia, deverão demonstrar vínculo de pertinência temática entre eles e a matéria impugnada.⁸⁸

Interessante observar que, para os partidos políticos com representação no Congresso Nacional basta que haja apenas um representante, de qualquer estado da federação, para que a entidade “partido” possa ajuizar ações de controle concentrado de constitucionalidade. O Pretório Excelso entende, ainda, que a posterior perda da representação do partido no Congresso Nacional não ocasiona a perda de objeto da ação constitucional ajuizada⁸⁹.

Parece evidente que, ao legitimar os “partidos políticos com representação no Congresso Nacional”, o constituinte originário quis assegurar o direito das minorias, por meio de seus representantes, acessarem a mais alta Corte do país. De fato, essa intenção decorre da concessão de legitimidade dos partidos políticos, frisa-se, “com representação no Congresso Nacional”, já que as Mesas da Câmara e do Senado Federal são compostas, por razões políticas, dos partidos majoritários dessas casas legislativas.

Sobre o assunto, pondera o Ministro Gilmar Ferreira Mendes:

A propositura da ação pelos partidos políticos com representação no Congresso Nacional concretiza, por outro lado, a ideia de defesa das minorias, uma vez que se assegura, até às frações parlamentares menos representativas, a possibilidade de arguir a inconstitucionalidade de lei.

Ao contrário da tendência inicial, são hoje numericamente significativas as ações propostas pelas organizações partidárias. É verdade, ademais, que muitos dos temas mais polêmicos submetidos ao Supremo Tribunal, no processo de controle abstrato, foram trazidos à baila mediante iniciativa dos partidos políticos. Assim, a discussão sobre a constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 2, de 1992, que antecipou o plebiscito sobre a forma e sistema de governo previsto no art. 2º da ADCT, o questionamento da legitimidade da lei do salário-mínimo (ADI 737, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT, Rel. Min. Moreira Alves, DJ, 22 out. 1993,

⁸⁸MARTINS, Ives Gandra. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 150-186.

⁸⁹Agravo Regimental em Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Partido político. 3. Legitimidade ativa. Aferição no momento da sua propositura. 4. Perda superveniente de representação parlamentar. Não desqualificação para permanecer no polo ativo da relação processual. 5. Objetividade e indisponibilidade da ação. 6. Agravo provido. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo não provido. Agravo Regimental na ADI 2618-PR. Partido Social Liberal – PSLR e Corregedoria-Geral da Justiça do estado do Paraná. Relator(a): Min. Carlos Velloso. 12 de agosto 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%282618%2E+OU+2618%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ahq6jkr>>. Acesso em: 15 out. 2013.

p. 22252.), a controvérsia sobre a legitimidade do pagamento mediante precatório para os créditos de natureza alimentícia (ADI 672, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ, 4 fev. 1992, p. 499.). Isto para não falar das diversas ações propostas contra política econômica do Governo (ADI 357, Rel. Min. Carlos Veloso, DJ, 23 nov. 1990, p. 13622; ADI 562, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ, 10 set. 1991, p. 12254; ADI 605, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, 5 mar. 1993; ADI 931, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ, 2 set. 1993.).⁹⁰

A ampliação do rol dos legitimados para ajuizamento das Ações Diretas foi um dos fatores que aumentou o papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal, com a elevação do número de processos nesta Corte.⁹¹ Isso porque, a ampliação do rol de legitimados reduziu a necessidade de enfrentar as questões constitucionais por intermédio do controle difuso, tornando muito mais célere e eficaz, em termos de incidência dos efeitos da decisão, o ajuizamento de uma ação constitucional. Nesse sentido o já mencionado Ministro Gilmar Mendes argumenta:

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

Convém assinalar que, tal como já observado por *Anschütz* ainda no regime de *Weimar*, toda vez que se outorga a um Tribunal especial atribuição para decidir questões constitucionais, limita-se, explícita ou implicitamente, a competência da jurisdição ordinária para apreciar tais controvérsias.

Portanto, parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade.

[...]

A ampla legitimação, a presteza e celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, faz com que as grandes questões constitucionais sejam solvidas, na sua maioria, mediante a utilização da ação direta, típico instrumento do controle concentrado.⁹²

Outrossim, sob a égide desta Constituição, foi introduzida a Ação Declaratória de Constitucionalidade de Lei ou Ato Normativo Federal, através da Emenda

⁹⁰A título exemplificativo, cumpre mencionar que em 1985 foram ajuizadas 70 ações diretas de inconstitucionalidade, logo em 1989 esse número era de 159, e desde então só aumentou: 211 ações em 1995; 253 em 2000; 285 em 2004, etc. MARTINS, Ives Gandra. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 83-84.

⁹¹MARTINS, Ives Gandra. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 87-88.

⁹²*Ibidem*, p. 86/87.

Outro aspecto relevante da Ação Declaratória de Constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal foi a decisão que entendeu pelo cabimento de medida cautelar nessas ações, exarada no bojo da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4, julgada em fevereiro de 1998. A referida ação tratava do reconhecimento de constitucionalidade de norma que impedia a concessão de tutela antecipada em ações contra a Fazenda Pública, especialmente quando a ação visava à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens.

O que acontecia, então, era que, em ações ajuizadas em face da Fazenda Pública pleiteando valores devidos a título de aumentos ou extensão de vantagens, os tribunais concediam ou não a antecipação de tutela sob o argumento da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma que havia estendido a proibição de liminar aos casos que se enquadrassem no instituto da Tutela Antecipada. Dessa feita, o reconhecimento, em sede liminar, da constitucionalidade da norma que vedava a concessão de Tutela Antecipada nessas situações, obstou o reembolso antecipado dos valores pleiteados em face da Fazenda Pública⁹⁶.

⁹⁶Dispõe o art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.1997: "Art. 1º. Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil, o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e art. 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 09 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992." 2. Algumas instâncias ordinárias da Justiça Federal têm deferido tutela antecipada contra a Fazenda Pública, argumentando com a inconstitucionalidade de tal norma. Outras instâncias igualmente ordinárias e até uma Superior - o S.T.J. - a têm indeferido, reputando constitucional o dispositivo em questão. 3. Diante desse quadro, é admissível Ação Direta de Constitucionalidade, de que trata a 2ª parte do inciso I do art. 102 da C.F., para que o Supremo Tribunal Federal dirima a controvérsia sobre a questão prejudicial constitucional. Precedente: A.D.C. n 1. Art. 265, IV, do Código de Processo Civil. 4. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzem eficácia contra todos e até efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, nos termos do art. 102, § 2º, da C.F. 5. Em Ação dessa natureza, pode a Corte conceder medida cautelar que assegure, temporariamente, tal força e eficácia à futura decisão de mérito. E assim é, mesmo sem expressa previsão constitucional de medida cautelar na A.D.C., pois o poder de acautelar é imanente ao de julgar. Precedente do S.T.F.: RTJ-76/342. 6. Há plausibilidade jurídica na arguição de constitucionalidade, constante da inicial ("fumus boni iuris"). Precedente: ADIMC - 1.576-1. 7. Está igualmente atendido o requisito do "periculum in mora", em face da alta conveniência da Administração Pública, pressionada por liminares que, apesar do disposto na norma impugnada, determinam a incorporação imediata de acréscimos de vencimentos, na folha de pagamento de grande número de servidores e até o pagamento imediato de diferenças atrasadas. E tudo sem o precatório exigido pelo art. 100 da Constituição Federal, e, ainda, sob as ameaças noticiadas na inicial e demonstradas com os documentos que a instruíram. 8. Medida cautelar deferida, em parte, por maioria de votos, para se suspender, "ex nunc", e com efeito vinculante, até o julgamento final da ação, a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.97, suscitando-se, igualmente "ex nunc", os efeitos futuros das decisões já proferidas, nesse sentido. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Decisão do plenário por votação majoritária que conheceu do pedido de medida cautelar, por

Em vista disso, afirmava-se que a Ação Declaratória de Constitucionalidade, longe de preservar a guarda da Constituição, representava um instrumento de governabilidade. Corroborava essa ideia o fato de ser legitimado para sua proposição apenas o Presidente da República, a mesa do Senado e da Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República. A Emenda Constitucional nº 45 de 2004⁹⁷ ampliou este rol, conferindo legitimidade para seu ajuizamento aos mesmos da Ação Direta de Inconstitucionalidade, o que amainou a polêmica em torno da ação:

[...] se para alguns, num primeiro momento, teria sido possível afirmar que a ADC seria um “instrumento da governabilidade” – e não da democracia – tal não é mais: após a Emenda Constitucional nº 45/2004, a unificação do rol de ativamente legitimados, em favor de representantes da sociedade civil e de órgãos do Estado para ADI, ADC e ADPF, mostra com clareza que a tarefa do controle concentrado da constitucionalidade é uma missão para todos, e não somente para órgãos estatais.⁹⁸

A Constituição Federal de 1988 instituiu, outrossim, como remédio para os casos de inconstitucionalidade por omissão, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão⁹⁹, ao lado do Mandado de Injunção, instrumento do controle difuso de

entender possível o exercício, pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de ação declaratória de constitucionalidade, do poder geral de cautela, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Ilmar Galvão, que dele não conheciam. Medida Cautelar na ADC 4 – DF. Presidente da República, Mesa do Senado e Mesa da Câmara. Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES. 11 de fevereiro de 1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284%2E%2E+OU+4%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c44qesl>>. Acesso em: 17 nov. 2013.

⁹⁷Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

.....
 IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
 V o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

§ 4º (Revogado)." (NR). BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Brasília: Palácio do Planalto, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm>. Acesso em: 05 out. 2013.

⁹⁸STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 16 de novembro de 2013.

⁹⁹Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

[...]

§ 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. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. *op. cit.*

constitucionalidade, instrumento também apto a sanar essa modalidade de inconstitucionalidade.

A inconstitucionalidade por omissão ocorre em razão da postura inerte do Legislador diante de norma constitucional que determina a elaboração de lei regulamentadora para o exercício de um direito. A omissão legislativa, assim, obstaculiza o exercício de um direito.

Por fim, o mecanismo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, foi introduzido pela Emenda Constitucional nº 3 de 1993, com o fim de suprir “vácuo” legislativo no controle de constitucionalidade de espécies legislativas não abrangidas pela Ação Direta de Inconstitucionalidade. Assim, são objeto da citada ação as normas anteriores à Constituição Federal de 1988 e o direito municipal.¹⁰⁰

Diante do exposto, infere-se que o sistema de controle de constitucionalidade concentrado no Brasil surgiu durante o regime ditatorial, como forma de obrigar os Tribunais de instâncias inferiores adotarem decisões concernentes com as intenções do regime. Por outro lado, a Constituição de 1988 buscou atenuar a tendenciosidade das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade concentrado. Isso se verifica, sobretudo, pela ampliação do rol de legitimados para ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, tendo em vista que, dessa forma, questões das mais variadas matérias podem ser submetidas ao crivo do Supremo Tribunal. Ao lado desse mecanismo de controle concentrado de leis, o constituinte criou a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental todas como meio de controle de leis em face do Texto Superior.

A criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade teve, de início, severas críticas da doutrina, tendo em vista que foi interpretada como instrumento de governo. Esse entendimento era corroborado, principalmente, pelo fato de a ação

¹⁰⁰Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (Transformado em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93). BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Palácio do Planalto, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 out. 2013.

apresentar o inovador efeito vinculante, que impedia a realização de controle difuso, e o restrito rol de legitimados para seu ajuizamento (Presidente da República, a mesa do Senado e da Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República), conforme já mencionado. A extensão de efeito vinculante para a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a ampliação do rol de legitimados para ajuizamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade por intermédio da Emenda Constitucional 45 de 2004 amenizaram as críticas da doutrina, conferindo ares de legitimidade à ação criada pelo constituinte derivado.

Dessa forma, verifica-se que o constituinte originário munuiu a sociedade civil de instrumentos capazes de sanar confrontos entre atos normativos e a Constituição. Da mesma forma, o constituinte derivado criou mecanismos de controle de leis, bem como aperfeiçoou os já existentes, o que reforçou o papel institucional do Supremo Tribunal Federal na guarda da Constituição.

Nesse contexto, surge a Proposta de Emenda Constitucional 33 de 2011, com o escopo de retirar do Pretório Excelso a exclusividade no controle de leis. A PEC 33/2011 argumenta que o Supremo Tribunal Federal excede sua competência ao decidir temas que deveriam ser tratados pelo Poder Legislativo, o que será analisado a seguir.

2. A PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 33 DE 2011 ANALISADA SOB O VIÉS DA SEPARAÇÃO DE PODERES

Consoante se verificou, a discussão quanto a maleabilidade do Princípio da Separação dos Poderes coexistiu ao surgimento do controle de constitucionalidade de leis, seja difuso ou concentrado. Por conseguinte, paralelamente a elaboração e desenvolvimento dessas formas de controle de constitucionalidade houve uma preocupação em preservar o Princípio da Separação dos Poderes.

Ademais, também se verificou que o controle concentrado de constitucionalidade passou e vem passando por inúmeras mudanças. Logo quando de sua disseminação na Europa, após a segunda Guerra Mundial, o controle abstrato afastou-se do modelo Kelseniano. Assim, longe de se criarem Cortes com a competência exclusiva de guarda da Constituição, transferiu-se esse papel ao Poder Judiciário. Ainda que de forma tênue, já que a guarda da constituição consiste em um exercício jurisdicional, essa alteração contribuiu para uma nova concepção do Princípio da Separação dos Poderes, mormente em razão de uma nova postura do Poder Judiciário.

No Brasil, o controle direto de constitucionalidade surgiu apenas com a Emenda Constitucional nº 16 de 1965 e como meio de garantir decisões manipuladas pelo regime ditatorial. Na constituição de 1988, foram criados novos mecanismos de controle de constitucionalidade, bem como aperfeiçoada a Ação Direta de Inconstitucionalidade – anteriormente denominada de Representação de Inconstitucionalidade -, no intuito de assegurar os direitos e garantias fundamentais. Ocorre que essas modificações fortaleceram o papel exercido pela mais alta corte do país, uma vez que essa passou a decidir sobre os mais diversos assuntos.

Nesse cenário é que se insere a Proposta de Emenda Constitucional nº 33 de 2011, que reascende a discussão sobre a quem cabe a guarda da Constituição. A proposta visa, entre outros, submeter as decisões de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade de Emendas Constitucionais ao crivo do Poder Legislativo, e, de forma secundária, da população.

Dessa forma, para bem compreender o tema, cumpre analisar os argumentos

que levaram a criação da referida proposta. Outrossim, delineado o contexto histórico de seu surgimento, fundamental analisá-la sob o viés jurídico do ponto de vista do controle de constitucionalidade abstrato, observando e elencando os seus pontos críticos e positivos, para que, ao final, seja possível verificar a possibilidade de aprovação da referida proposta, e, ainda, caso aprovada, a possibilidade de sua aplicação fática e efetividade.

2.1. A origem e os argumentos da Proposta de Emenda Constitucional nº 33 de 2011

Em 25 de maio de 2011, o Deputado Federal Nazareno Fonteles, do Partido dos Trabalhadores (PT) do Piauí apresentou a proposta de emenda à Constituição Federal de número 33 de 2011 (PEC 33/2011) perante a Câmara dos Deputados. Dentre as propostas de alterações sugeridas pela referida emenda, está a inclusão do parágrafo 2º letra “A” ao artigo 102 da Carta Constitucional, *in verbis*:

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.¹⁰¹

Consoante se verifica, a redação proposta no referido parágrafo determina que as decisões definitivas de mérito que declarem a inconstitucionalidade material de emenda à Constituição em sede de controle concentrado de constitucionalidade – portanto, decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) - não produzam imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, haja vista que devem ser submetidas a apreciação do Congresso Nacional. A PEC 33/2011 prevê ainda, no mesmo parágrafo, que, caso a decisão do Poder Legislativo seja contrária a do Supremo Tribunal Federal, ou seja, na hipótese de o Congresso Nacional entender pela constitucionalidade da Emenda, a controvérsia deve ser submetida a consulta

¹⁰¹BRASIL. **Proposta de Emenda Constitucional número 33 de 2011**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2C3191349EF0705AC1CC9C7EFEF6CF70.node2?codteor=876817&filename=PEC+33/2011>. Acesso em: 7 jul. 2013.

popular.

Pode-se dividir os argumentos da PEC 33/2011 em argumentos gerais, que justificam a proposta de forma ampla, e argumentos específicos, os quais buscam legitimar cada alteração proposta.

Como argumento geral, os defensores da PEC sustentam a necessidade de restaurar o equilíbrio entre os Poderes, usurpado pelo atual protagonismo do Poder Judiciário. Esse protagonismo seria decorrente, sobretudo, da judicialização das relações sociais e do ativismo judicial, os quais sufocaram o papel exercido pelo Poder Legislativo.

A judicialização das relações sociais seria resultado do modelo constitucional adotado, qual seja, constituição analítica. A esse respeito, aduz a proposta ser compreensível que casos concretos sejam levados ao Poder Judiciário para solução.

Por outro lado, o ativismo judicial consistiria em um modo proativo dos membros do Poder Judiciário interpretarem a Constituição. De acordo com a proposta, o ativismo faz com que “os magistrados, para o deslinde da controvérsia, vão além do que o caso concreto exige, criando normas que não passaram pelo escrutínio do legislador”¹⁰². Aduz que o Poder Judiciário usurpou do Legislativo o papel de legislador positivo, sem possuir, todavia, legitimidade democrática para tanto.

Nesse passo, sustenta a proposta que o modelo de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil fomenta decisões de caráter ativista, porquanto é um dos sistemas mais abrangentes do mundo – adota práticas do modelo americano e europeu, formando um sistema híbrido de controle de constitucionalidade. Como exemplo ilustrativo de decisões ativistas, a PEC elenca os seguintes casos decididos pelo Supremo Tribunal: a) decisão sobre fidelidade partidária, no qual o Pretório Excelso corroborou entendimento proferido pelo Tribunal Superior Eleitoral, estabelecido em Resolução, e assim, criou nova hipótese de perda de mandato, em detrimento das previstas no artigo 55 da Carta Constitucional; b) o acórdão que estendeu a vedação ao nepotismo ao Poder Executivo e Legislativo, por meio do julgamento de um único caso; c) a redução do

¹⁰²BRASIL. **Proposta de Emenda Constitucional número 33 de 2011**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2C3191349EF0705AC1CC9C7EFEF6CF70.node2?codteor=876817&filename=PEC+33/2011>. Acesso em: 7 jul. 2013.

número de vereadores; d) o uso de algemas; e) as ações afirmativas; f) as células tronco, entre outros.¹⁰³

Afirma a PEC 33/2011 que tais decisões, por partirem do Poder Judiciário, deslocam ao espaço jurídico a discussão de temas cuja relevância demandaria fossem debatidos na esfera política.

A proposta reconhece, ainda, que o Poder Legislativo tem passado por diversas crises de credibilidade. No entanto, aduz que essa questão deve ser debatida no cenário apropriado, qual seja, o político, de maneira que não cabe ao Poder Judiciário suprir os “vácuos” deixados pelo Legislativo.

De outra banda, a proposta também argumenta que o controle de constitucionalidade seria um meio de manter o poder das elites minoritárias, consoante demonstra o trecho a seguir:

Uma das causas apontadas para o protagonismo judicial decorre da recente democratização dos pleitos eleitorais. Conforme afirma Alfredo Canellas Guilherme Silva: *“Em temos de democracia a elite-minoritária fragilizada pela perda de espaço político-legislativo para a maioria popular elegeu o Poder Judiciário como o instrumento adequado e rápido para a conquista e/ou manutenção da hegemonia perdida ou ameaçada pela voz das urnas”*. [GRIFOS DO ORIGINAL]¹⁰⁴

Como argumentos específicos para a alteração aqui debatida, a proposta salienta que “apenas” haveria possibilidade de o Poder Legislativo derrubar Emendas Constitucionais declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal, e, ainda, com o crivo da população.

Aduz que outros países já adotaram “modelos alternativos” de controle de constitucionalidade. Como exemplo, cita a constituição canadense de 1982 e a cláusula “não obstante” (*notwithstanding clause*), por meio da qual o Poder Legislativo pode aplicar um determinado diploma normativo, mesmo que ele contrarie o Texto Constitucional (na visão do Judiciário).

A esse respeito, contudo, Rafael Tomaz de Oliveira elucida que a semelhança apontada não se sustenta:

¹⁰³BRASIL. **Proposta de Emenda Constitucional número 33 de 2011**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2C3191349EF0705AC1CC9C7EF6CF70.node2?codteor=876817&filename=PEC+33/2011>. Acesso em: 7 jul. 2013.

¹⁰⁴*Ibidem*.

[..] tentar aproximar um tal mecanismo do chamado *legislative override* que existe no direito canadense. Mesmo assim, a referência estaria fadada ao fracasso porque, no caso canadense, a consulta tem lugar para averiguar a posição popular no que tange à inauguração de um novo processo legislativo que viria a debater novamente a matéria de lei cuja inconstitucionalidade fora reconhecida pela Corte Constitucional. Mas não se submete a decisão de inconstitucionalidade ao crivo popular. [GRIFOS DO ORIGINAL] ¹⁰⁵

A Proposta de Emenda Constitucional também ressalta que o efeito vinculante das Ações Diretas de Inconstitucionalidade não foram previstos na redação original da Constituição, tendo sido criado por intermédio de interpretação jurisprudencial da própria Corte Suprema. Nesse sentido, esclarece que a Emenda Constitucional nº 3 concedeu efeito vinculante para as Ações Declaratórias de Constitucionalidade, o que foi ampliado, pela prática interpretativa, às Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Apenas a edição da lei 9.868 de 1999¹⁰⁶ e a Emenda Constitucional nº 45¹⁰⁷ conferiram efeito vinculante de forma expressa às Ações Diretas de Inconstitucionalidade, legitimando o entendimento do Pretório Excelso.

Acerca do mecanismo de concessão de efeito *erga omnes* às decisões do Supremo Tribunal, a PEC traz a lume o art. 52, inciso X da Constituição Federal, o qual prevê a atuação do Senado Federal na suspensão da execução de lei declarada inconstitucional pela Corte Suprema em controle difuso de constitucionalidade. Tal exigência, criada desde a Constituição de 1934, seria um

¹⁰⁵OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **A persistência do fator conciliador e a PEC 33**. Brasil: Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-04/diario-classe-persistencia-fator-conciliador-pec-33>>. Acesso em: 1 dez. 2013.

¹⁰⁶Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm>. Acesso em: 1 dez. 2013.

¹⁰⁷Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Palácio do Planalto, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 out. 2013.

fator de equilíbrio entre os Poderes, já que caberia ao Legislativo decidir acerca da suspensão *erga omnes* da norma julgada inconstitucional pelo Pretório Excelso, em sede de controle difuso. Não obstante isso, aduz a proposta que, parte da doutrina, com fulcro apenas em razões históricas, defende ter ocorrido uma “mutação constitucional” no dispositivo, desobrigando a referida submissão. Por conseguinte, essa interpretação seria mais uma prova da postura ativista da Corte Suprema, tendente a desestabilizar o equilíbrio entre os Poderes.

A esse respeito, muito embora o argumento arguido não tenha o condão de legitimar a proposta de Emenda Constitucional nº 33 de 2011, haja vista que se trata de controle difuso e portanto, deve ser debatido em apartado, assiste razão às ponderações a respeito. A ideia de mutação na interpretação do artigo 52, inciso X da Constituição Federal não é unânime. Parte da doutrina entende que o mencionado dispositivo resta incólume, cabendo ao Plenário do Senado decidir, de forma discricionária, sobre a extensão dos efeitos da decisão.¹⁰⁸

Em 24 de abril de 2013 a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) da Câmara dos Deputados aprovou a mencionada proposta.¹⁰⁹ De acordo com o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, após admitida pela CCJ, a proposição deve ser devolvida à Mesa da Câmara dos Deputados (art. 202, *caput*, parte final), cujo Presidente designará Comissão Especial para o exame do mérito da proposição. A Comissão Especial terá, ainda, o prazo de quarenta sessões, a partir de sua constituição para proferir parecer (art. 202, § 2º). Aprovada na comissão especial, a PEC deve ser votada no plenário.¹¹⁰

¹⁰⁸NEDEL, Nathalie Kuczura. **Controle Difuso de Constitucionalidade, uma análise a partir do caso *Marbury versus Madison* e da *Judicial Review***. Porto Alegre: Nura Fabris, 2013, p. 77-78.

¹⁰⁹BRASIL. **Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e da Cidadania à Proposta de Emenda à Constituição de nº 33 de 2011**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/ordemdodia/integras/1081302.htm>>. Acesso em: 1 dez. 2013.

¹¹⁰Art. 202. A proposta de emenda à Constituição será despachada pelo Presidente da Câmara à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, que se pronunciará sobre sua admissibilidade, no prazo de cinco sessões, devolvendo-a à Mesa com o respectivo parecer. (“Caput” do artigo com redação adaptada à Resolução nº 20, de 2004)

[....]

§ 2º Admitida a proposta, o Presidente designará Comissão Especial para o exame do mérito da proposição, a qual terá o prazo de quarenta sessões, a partir de sua constituição para proferir parecer.

[....]

§ 5º Após a publicação do parecer e interstício de duas sessões, a proposta será incluída na Ordem do Dia. BRASIL. **Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/RegimentoInternoatRCD312013.pdf>>. Acesso em: 1 dez. 2013.

O deputado João Campos, representante do Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) de Goiás foi o relator da proposta. Sobre o artigo aqui discutido, o parlamentar sustentou o seguinte:

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 inovação. Ao valorizar a soberania popular, reforçando o comando constitucional previsto no parágrafo único do art.1º da CF, contribui sobremaneira para o diálogo e a harmonia entre os Poderes Judiciário e Legislativo, bem como preserva a separação dos Poderes. E deixa claro que no caso de conflito entre estes Poderes, a decisão cabe soberanamente ao Povo, através de consulta popular.No mais, importa salientar que a quadra atual é, sem dúvida, de exacerbado ativismo judicial da Constituição [...]. Essa circunstância apenas reforça a necessidade de alterações constitucionais, com vistas a valorizar o papel do Poder Legislativo de titular soberano da função de legislar. Acresce que não pode o Congresso Nacional abdicar do zelo de preservar sua competência legislativa em face da atribuição normativa de outros Poderes, consoante o que dispõe o art. 49, XI, da Constituição da República.¹¹¹

Cumprе mencionar, ainda, que o deputado Paes Landim do Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) de Piauí apresentou voto em separado junto à CCJ, manifestando-se pela inadmissibilidade da proposta:

Frise-se que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade atualmente em vigor foi uma opção do Constituinte originário, que introduziu, no dispositivo relativo às atribuições do Supremo Tribunal Federal, a competência, precípua, de guardião da Constituição (art. 102 da CF).

A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, (Reforma do Judiciário), por sua vez, não tocou nas bases desse sistema, mas apenas produziu modificações no texto constitucional com o intuito de reduzir o volume de processos repetitivos, gerando maior rapidez e efetividade das decisões judiciais, com a introdução da súmula vinculante e a repercussão geral.

Ora, a PEC em exame pretende introduzir inovações no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade que ferem o princípio constitucional da separação dos Poderes, eis que [...] busca submeter ao Congresso Nacional a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade de emenda à Constituição.

À toda evidência, a PEC em apreço tem a “tendência de abolir” a separação de Poderes, uma vez que se imiscui em competência do Supremo Tribunal Federal concebida pelo Constituinte originário.

[...]

Ressalte-se, ainda, que comportamento mais atuante do Poder Judiciário e

¹¹¹BRASIL. **Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, Proposta de Emenda à Constituição de nº 33 de 2011**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=89D832E20D87E9E4DA6722CB0BC1DE13.node1?codteor=1046676&filename=Parecer-CCJC-05-12-2012>. Acesso em: 1 dez. 2013.

do Supremo Tribunal Federal nos dias atuais advém da judicialização das relações sociais no Brasil, cujas causas são, principalmente, a redemocratização do país, especialmente a partir da Constituição de 1988, o fortalecimento do Ministério Público e a abrangência do texto constitucional (Constituição analítica).

Não se trata de um fenômeno isolado, mas mundial [...].

Se tivesse algum fundamento o argumento de que a submissão de atos do Judiciário poderia contribuir para o diálogo e a harmonia entre os Poderes, e preservar a separação entre eles, bastaria então aplicar a mesma sistemática ao Poder Legislativo e Executivo, submetendo todos os atos e as normas a serem criadas ao plebiscito e ao referendo popular.¹¹²

Também apresentou voto em separado, manifestando-se pela inadmissibilidade da proposta, o deputado Vieira da Cunha, do PDT do Rio Grande do Sul:

Não se pode, através de emenda constitucional, embaraçar o funcionamento do STF enquanto Corte Constitucional. O poder popular, em momento histórico ímpar, atuando como poder constituinte, estabeleceu o STF como guardião precípua da Constituição. É seu dever afirmar a Constituição, já que, nas palavras de Ferrajoli, a legitimação da jurisdição e do STF “não tem nada a ver com a da democracia política, ligada à representação, pois não deriva da vontade da maioria. O seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. E, todavia é uma legitimação democrática, que os juízes recebem da sua função de garantia dos direitos fundamentais, sob os quais se baseia aquilo a que chamamos ‘democracia substancial’. [...]

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.

É preciso atentar que este sistema fragilizará o sistema de cláusulas pétreas instituídas pelo Constituinte de 1988, pois desloca a última palavra sobre o cumprimento da cláusula pétrea ao Congresso Nacional, o que, sem sombra de dúvida, fragiliza o sistema de proteção.¹¹³

¹¹²BRASIL. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, **Proposta de Emenda à Constituição de nº 33 de 2011, voto em separado do deputado Paes Ladim**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1072783&filename=Tramitacao-VTS+1+CCJC+%3D%3E+PEC+33/2011>. Acesso em: 1 dez. 2013.

¹¹³BRASIL. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados,

Em 25 de abril de 2013, o Deputado Federal Carlos Sampaio, líder do PSDB na Câmara dos Deputados, impetrou junto ao Supremo Tribunal Federal o Mandado de Segurança nº 32036 (MS 32036)¹¹⁴ em face da Mesa da Câmara dos Deputados, com pedido de liminar, no qual solicitou o arquivamento da PEC 33/2011. Na avaliação do deputado, a proposta tende “a abolir cláusula pétrea” da Constituição Federal da Separação dos Poderes, prevista no parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição Federal. Afirmou que permitir que o Congresso Nacional ou a população decidam acerca da decisão de controle de constitucionalidade de Emenda Constitucional significa extirpar o instituto das cláusulas pétreas. O parlamentar também ressaltou que o controle de constitucionalidade tem caráter contramajoritário e sua submissão ao controle popular “desvirtuaria completamente esse importante instrumento”. Assim, no mandado de segurança, o deputado afirmou que a tramitação da proposta viola seu direito líquido e certo de não ser forçado a deliberar sobre abolição de cláusula pétrea, razão pela qual pugnou pela concessão de liminar para suspender o trâmite da PEC. No mérito, requereu o reconhecimento da inconstitucionalidade da proposta e, por consequência, seu arquivamento definitivo.

No mesmo sentido também foi impetrado o Mandado de Segurança nº 32037, pelo parlamentar Roberto João Pereira Freire, em face do Presidente da Mesa da Comissão de Constituição e Justiça e da Cidadania da Câmara dos Deputados.¹¹⁵

Tratando-se da mesma matéria, o pedido liminar de ambos os mandados de segurança foram julgados em conjunto pelo Ministro Dias Tóffoli. Em decisão

Proposta de Emenda à Constituição de nº 33 de 2011, voto em separado do deputado Vieira da Cunha. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1072783&filename=Tramitacao-VTS+1+CCJC+%3D%3E+PEC+33/2011>. Acesso em: 1 dez. 2013.

¹¹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática que indeferiu pedido liminar. MS 32036 – DF. Carlos Sampaio e Mesa da Câmara dos Deputados. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI. 10 de maio de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2832037%2ENUME%2E+OU+32037%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/bpqlgk8>>. Acesso em: 15 out. 2013.

¹¹⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática que indeferiu pedido liminar. MS 32036 – DF. Deputado Roberto João Pereira Freire e Presidente da Mesa da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI. 10 de maio de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2832037%2ENUME%2E+OU+32037%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/bpqlgk8>>. Acesso em: 15 out. 2013.

publicada em 05 de maio de 2013, o Ministro votou pela improcedência do pedido liminar, diante da ausência, na ocasião do julgamento, dos requisitos de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Sustentou que, em razão do rito procedimental previsto no Regimento Interno da Câmara dos Deputados, a proposta não corre o risco de ser apreciada de imediato, porquanto sequer foi designada comissão especial para analisá-la. Destarte, pode-se presumir que a tramitação da PEC encontra-se suspensa na casa legislativa. No entanto, reservou a possibilidade de reapreciação da medida liminar caso venha ser alterada a moldura fático-jurídica subjacente à ação antes de concluída a instrução do processo para julgamento definitivo da lide.¹¹⁶ Diante dessa decisão, ao que parece, caso a Emenda seja posta em votação na Câmara dos Deputados, o Supremo Tribunal Federal irá deferir a medida liminar e suspender a votação.

Por outro lado, na hipótese de o Supremo não obstar a votação e a PEC 33/2011 vir a ser aprovada, em regra, a Emenda Constitucional deverá gerar efeitos imediatos após sua publicação. Entretanto, não há proposta que regulamente a forma como ocorrerão os plebiscitos, o que agrava a insegurança trazida pela PEC.

Nessa hipótese, cotejando-se a PEC 33/2011 com a atual conjuntura do controle de constitucionalidade de leis, não há como aferir se a proposta terá eficácia caso venha a se concretizar. Isso porque, a PEC 33/2011 também veda a possibilidade de o Pretório Excelso suspender a eficácia de Emenda Constitucional por via de medida cautelar¹¹⁷. Ou seja, caso venha a ser aprovada, a PEC 33/2011 surtirá efeitos imediatos, alterando o sistema de controle de Emendas Constitucionais, e caso venha a ser objeto de controle de constitucionalidade, será submetida ao procedimento que ela mesma impõe.

Por outro lado, tendo como premissa o fato de a PEC 33 alterar o sistema de

¹¹⁶Decisões no mesmo sentido: MS 32037. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática que indeferiu pedido liminar. MS 32036 – DF. Carlos Sampaio e Mesa da Câmara dos Deputados. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI. 10 de maio de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2832037%2E%2E%2E+OU+32037%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/bpqlgk8>>. Acesso em: 15 out. 2013.

¹¹⁷Art.102.....

[...] 102....
 §2º-C É vedada, em qualquer hipótese, a suspensão da eficácia de Emenda à Constituição por medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal. BRASIL. **Proposta de Emenda Constitucional número 33 de 2011**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2C3191349EF0705AC1CC9C7EFEF6CF70.node2?codteor=876817&filename=PEC+33/2011>. Acesso em: 7 jul. 2013.

controle de constitucionalidade, deverá ser submetida à Jurisdição Constitucional vigente no momento de sua votação, sob pena de não esvair-se seu controle de constitucionalidade. Somente com esse entendimento, bem como com a concessão, pelo Pretório Excelso de medida liminar que suspenda sua eficácia, poderia se preservar o atual sistema de controle de constitucionalidade restará preservado mediante a submissão da Emenda ao controle constitucional, com ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade e a concessão, pelo Pretório Excelso de medida liminar que suspenda sua eficácia.

Na mesma data da impetração dos Mandados de Segurança, o deputado Décio Lima publicou uma nota de esclarecimento no site da Câmara dos Deputados. Salientou que a casa é livre para discutir os mais variados temas e a aprovação do projeto na CCJ não implica a total concordância dos parlamentares com a proposta, e sim que ela apenas poderia ser discutida. Destacou que projetos muito mais fortes - como a admissibilidade da PEC 565/2006 que trata do Orçamento impositivo, matéria que desagradou o governo por retirar do Poder Executivo parte da autonomia sobre o orçamento - não causaram tanto alvoroço. Isso comprovaria suposto jogo de interesses por detrás da polêmica causada em torno da proposta. Destacou que, do ponto de vista político há um equilíbrio nas medidas sugeridas, visto que seu autor é do Partido dos Trabalhadores e o relator, do PSDB de Goiás (deputado João Campos).¹¹⁸

Em junho de 2013, o Deputado Luiz Carlos Heinze, do Partido Progressista do Rio Grande do Sul, solicitou a retirada de sua assinatura em apoio a proposta.¹¹⁹ No mesmo sentido procedeu o parlamentar Lelo Coimbra, representante do PMDB do Espírito Santo, em julho de 2013.¹²⁰

¹¹⁸CAMPOS, João. **Nota de esclarecimento PEC 33/2011**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comandantes-gerais/ccjc/noticias/nota-de-esclarecimento-pec-33-2011>>. Acesso em 1 dez. 2013.

¹¹⁹BRASIL. **Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, Proposta de Emenda à Constituição de nº 33 de 2011, requerimento 8027/2013**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1102353&filename=Tramitacao-REQ+8027/2013+%3D%3E+PEC+33/2011>. Acesso em: 1 dez. 2013.

¹²⁰BRASIL. **Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, Proposta de Emenda à Constituição de nº 33 de 2011, requerimento 8067/2013**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=582207>>. Acesso em: 1 dez. 2013.

Diante do exposto, verifica-se que a PEC 33 foi apresentada no intuito de reequilibrar o Princípio da Separação dos Poderes, instabilizado por conta do protagonismo do Poder Judiciário. Assim, seus defensores alegam que sua aprovação reconduziria ao campo político discussões de temas relevantes que atualmente são debatidos em âmbito jurídico.

No entanto, consoante se verificou, muito embora a proposta tenha sido aprovada pela CCJ da câmara dos Deputados, esse posicionamento não é unânime. Dois parlamentares posicionaram-se em sentido contrário à aprovação da proposta, sob o argumento de que ela fere a cláusula pétrea da separação dos poderes. Da mesma forma, dois mandados de segurança (MS 32036 e MS 32037) foram impetrados a fim de obstar qualquer possibilidade de votação da proposta. Por fim, dois parlamentares retiraram seus votos de aprovação à PEC junto à CCJ.

Dessarte, verifica-se que a PEC 33/2011 traz à baila importante discussão acerca da necessidade de recuperar o equilíbrio entre os poderes. Contudo, utiliza-se de proposição cujo conteúdo, ao contrário de reequilibrar o mencionado princípio, gera discussão no sentido de que tende a aboli-lo.

2.2. Poder Legislativo versus Poder Judiciário; democracia e constituição: a quem compete a guarda da constituição?

A questão subjacente à PEC 33 de 2011 diz respeito a retomada do papel exercido pelo Poder Legislativo no cenário político do país, supostamente usurpado pelo Poder Judiciário, ao decidir questões, sobretudo em sede de controle concentrado de constitucionalidade, cuja relevância não deveriam ser debatidas na esfera jurídica. Por conseguinte, como já exaustivamente destacado, o tema da PEC 33 de 2011 envolve sensível discussão acerca da preservação do Princípio da Separação de Poderes.

A respeito do sistema de controle de constitucionalidade concentrado no Brasil, verifica-se que o Poder Constituinte originário conferiu ao Supremo Tribunal Federal, na condição de “guardião da constituição”, a competência de julgar a ação direta de inconstitucionalidade, consoante se depreende da redação originária do

artigo 102, inciso I da Constituição Federal¹²¹. A competência do Pretório Excelso apenas foi modificada pela Emenda Constitucional número 3 de 1993, com o fim de ampliar suas funções, uma vez que foi inserido uma nova ação de controle constitucional, qual seja, a Ação Declaratória de Constitucionalidade¹²². Dessa forma, em regra, o controle de constitucionalidade concentrado no Brasil cabe ao Supremo Tribunal Federal.

Com base nisso, juristas se manifestaram, quase que de forma uníssona, pela inconstitucionalidade da proposta:

[...] a PEC 33/11 visa ao engessamento do Poder Judiciário, na medida em que subverte/aniquila o atual sistema brasileiro de constitucionalidade das leis — seja no controle difuso, seja no concentrado — restringindo sensivelmente a competência originária do Supremo Tribunal Federal.¹²³

De imediato já nos posicionamos que o artigo 3º da PEC é de todo inconstitucional, não se podendo restringir por meio de controle político, majoritário, decisões em matéria constitucional do Supremo Tribunal Federal — e do Judiciário em geral — por violação do artigo 60, parágrafo 4º, IV, da Constituição.

[....]

Ainda que a intenção no presente possa ser diferente das do passado, cabe não apenas lembrar da doutrina das questões políticas durante a República Velha, da Carta de 1937 que expressamente previa a possibilidade de o Congresso derrubar decisões do STF a pedido do presidente da República [...].¹²⁴

A relação com a Constituição Polaca é inevitável. Assim como o parágrafo único do artigo 96 da Constituição de 1937, a PEC 33/2011 possibilita a derrubada, pelo Poder Legislativo, da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede

¹²¹Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual - redação originária (redação originária). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Palácio do Planalto, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 out. 2013.

¹²²Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993). *Ibidem*.

¹²³TRINDADE, André Karam. **PEC da Submissão representa anticonrole da Constituição**. Brasil: Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-27/diario-classe-pec-submissao-representa-anticonrole-constituicao>>. Acesso em: 1 dez. 2013.

¹²⁴CATTONI, Marcelo Andrade. **Controle de constitucionalidade é judicial, não político**. Brasil: Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/sistema-controle-constitucionalidade-judicial-nao-politico>>. Acesso em: 1 dez. 2013.

de controle de constitucionalidade. Contudo, ao contrário do regime autoritário de Vargas, no qual a iniciativa de utilização do mecanismo cabia ao Poder Executivo, a PEC 33/2011 remete de forma imediata a apreciação da decisão do Pretório Excelso ao Congresso Nacional e de forma subsidiária a população, o que confere, à primeira vista, viés democrático ao novo instrumento.

A possibilidade de consulta popular estabelecida na PEC 33/2011 alude a outra semelhança com a Constituição de 1937, uma vez que esta previa diversas hipóteses de plebiscito – como por exemplo, para própria vigência da Carta ou para elaboração de Emendas Constitucionais ⁻¹²⁵, as quais, todavia, jamais foram efetivadas. Nesse sentido, deve-se ressaltar que a PEC 33/2011 não esclarece a possibilidade fática de realização de plebiscito cada vez que haja discrepância entre as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Congresso Nacional, nos termos que propõe. Ou seja, não é possível, a partir da proposta, aferir se os plebiscitos serão de fato realizados, nem mesmo se há viabilidade econômica e material de fazê-los.

A redação proposta ao parágrafo 2º letra “A” do artigo 102 também não aponta a necessidade de edição de lei infraconstitucional que regulamente o procedimento a ser adotado quando ocorrer a necessidade de edição de consulta popular.¹²⁶ Note-se, nesse aspecto, que o artigo 3º da PEC 33/2011 propõe a

¹²⁵Como exemplo, pode-se citar as previsões contidas nos artigos 174, §4º e 187, *in verbis*:

Art 174 - A Constituição pode ser emendada, modificada ou reformada por iniciativa do Presidente da República ou da Câmara dos Deputados.

[....]

§ 4º - No caso de ser rejeitado o projeto de iniciativa do Presidente da República, ou no caso em que o Parlamento aprove definitivamente, apesar da oposição daquele, o projeto de iniciativa da Câmara dos Deputados, o Presidente da República poderá, dentro em trinta dias, resolver que um ou outro projeto seja submetido ao plebiscito nacional. O plebiscito realizar-se-á noventa dias depois de publicada a resolução presidencial. O projeto só se transformará em lei constitucional se lhe for favorável o plebiscito.

Art 187 - Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República. BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)**. Brasília: Palácio do Planalto, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 05 out. 2013.

¹²⁶Art. 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. BRASIL. **Proposta de Emenda Constitucional número 33 de 2011**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2C3191349EF0705AC1CC9C7EF6CF70.node2?codteor=876817&filename=PEC+33/2011>. Acesso em: 7 jul. 2013.

inclusão do parágrafo 2º, letra B, que trata do rito a ser adotado, sem, entretanto, mencionar a realização de plebiscito:

§ 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.¹²⁷

A partir da redação acima transcrita, pode-se concluir que, caso o Congresso Nacional não aprecie a decisão do Supremo Tribunal no prazo de noventa dias, prevalecerá esta última. Contudo, caso a decisão da Corte Suprema seja apreciada pelo Poder Legislativo, duas situações são possíveis: a) o Congresso Nacional mostra-se conivente com a decisão exarada pelo Pretório Excelso, hipótese em que prevalece a inconstitucionalidade, sem necessidade de consulta popular; b) o Congresso Nacional apresenta opinião contrária ao do Supremo Tribunal, ou seja, a de que não há inconstitucionalidade. Nesse caso, a PEC não elucida se a decisão do Legislativo surtirá efeitos imediatos, mantendo a decisão do Pretório Excelso “suspensa”, ou dependerá da realização de consulta popular. Caso se entenda que a manifestação do Congresso gera efeitos imediatos, corre-se o risco de os plebiscitos jamais serem realizados, inclusive sob o argumento de impossibilidade material de fazê-los.

Ainda que os plebiscitos sejam, de fato, realizados, prevalece a inconstitucionalidade da proposta. Isso porque, é evidente que a população carece de conhecimento apropriado para aferir a constitucionalidade de leis. O Constituinte Originário atribuiu à mais alta corte do país, supostamente formada pelos mais renomados juristas, a competência para proteger os direitos e garantias consagrados na Constituição.¹²⁸

¹²⁷BRASIL. **Proposta de Emenda Constitucional número 33 de 2011**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2C3191349EF0705AC1CC9C7EFEF6CF70.node2?codteor=876817&filename=PEC+33/2011>. Acesso em: 7 jul. 2013.

¹²⁸Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Palácio do Planalto, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 out. 2013.

Ademais, com esse mecanismo, a guarda da Constituição ficaria, ao final, a cargo da população, o que geraria constante instabilidade, uma vez que a Carta Maior estaria submetida, de forma permanente, a alterações. Ao fim e ao cabo, a própria Constituição perderia sua razão de existir, uma vez que seu núcleo essencial poderia ser alterado pela vontade popular.

Nesse passo, deve-se considerar que a Constituição pode ser entendida como lei fundamental da comunidade política, e, no direito contemporâneo, assume o centro do sistema jurídico, apresentando supremacia formal, material e axiológica em face das demais espécies legislativas¹²⁹. O Poder Constituinte consiste na “força” ou “autoridade” política que está em condições de, em uma situação concreta, criar, garantir ou eliminar uma Constituição¹³⁰.

O jurista Luís Roberto Barroso, afirma que o Poder Constituinte somente pode atuar em quatro grandes cenários: criação ou emancipação de um Estado, reestruturação do Estado após uma guerra, na sequência de um movimento revolucionário ou culminando em algum processo de transição política negociada. Em síntese, essas hipóteses representam uma ruptura com a ordem jurídica anterior¹³¹.

Atualmente, o titular do Poder Constituinte só pode ser o povo.¹³² A palavra “povo”, entretanto, na concepção de titular do Poder Constituinte, não se resume à ideia de “maioria”:

O povo político diferencia-se do povo maioritário. Em termos mais rigorosos: o povo maioritário pertence ao povo político mas não o esgota. O facto de as decisões políticas, serem, na generalidade dos casos, tomadas por maiorias que votaram contra, se abstiveram ou não compareceram ao sufrágio continuam a ser “povo político”. Povo político será também o “povo impolítico”, isto é, os grupos de indivíduos situados nas margens da “modernidade periférica” e reduzidos a meros corpos do sistema de diferenciação funcional da sociedade.¹³³

Uma vez aprovada, a Constituição passa a ser a lei suprema, os poderes do Estado tornam-se poderes constituídos, e a soberania popular transforma-se em

¹²⁹BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, os conceitos Fundamentais e a Construção de um Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.106-107.

¹³⁰CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 65-66.

¹³¹BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, p.184.

¹³²CANOTILHO, J.J Gomes. *op.cit.*, p. 65-66.

¹³³*Ibidem*, p. 76.

supremacia da Constituição¹³⁴.

Em que pese essa superioridade, a Constituição precisa ser revestida de maleabilidade capaz de adaptá-la à evolução histórica e às novas demandas sociais, sob pena de, perdendo sintonia com a sociedade em que está inserida, deixar de cumprir sua função normativa.¹³⁵ Ou seja, se a Constituição fosse imutável, acabaria por sucumbir às mudanças sociais e, ao contrário de conferir segurança e estabilidade a uma sociedade, obrigaria um constante rompimento com a ordem jurídica vigente, através de uma nova Carta.

Por outro lado, a Constituição deve ser dotada de consistência suficiente para que, nas palavras do jurista Luís Roberto Barroso, não seja fragilizada diante de qualquer reação à sua pretensão normativa e disponível para ser apropriada pelas maiorias ocasionais:

A rigidez constitucional funda-se sobre a premissa de que a Constituição é uma lei superior, expressão de uma vontade que não se confunde com as deliberações ordinárias do Parlamento. É por seu intermédio que se procede à separação clara entre política constitucional e política legislativa.

[...]

É que a Constituição, em diversas conjunturas, desempenha um papel contramajoritário, isto é, impede que prevaleça a vontade popular dominante em um dado momento.

[....]

O constitucionalismo democrático funciona como um mecanismo de autolimitação ou pré-compromisso, por meio do qual se retira do alcance das maiorias eventuais direitos que constituem condições para a própria realização da democracia. Trata-se de uma proteção necessária contra a volatilidade da política e das paixões partidarizadas.¹³⁶

Com base nisso, o Poder Constituinte Originário estabelece limites ao Constituinte Derivado, os quais são de caráter temporal ou circunstancial¹³⁷, formal¹³⁸ e material. A PEC 33/2011 aduz que podem ser derrubadas somente as decisões que entendam pela inconstitucionalidade material de Emendas à Constituição.

Os limites materiais de reforma de uma Constituição¹³⁹ consistem nas

¹³⁴BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, os conceitos Fundamentais e a Construção de um Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.131.

¹³⁵*Ibidem*, p.162-163.

¹³⁶*Ibidem*, p.164-167.

¹³⁷Limites temporais têm por objetivo conferir estabilidade ao texto constitucional por um período mínimo ou resguardar determinada situação jurídica por um prazo prefixado. Exemplo: artigo 60, parágrafo 5º da Constituição Federal de 1988. *Ibidem*, p.171.

¹³⁸Trata-se do procedimento a ser adotado para alteração da Constituição Federal. *Ibidem*, p.174.

¹³⁹De acordo com a Constituição Federal de 1988, são eles: Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

chamadas cláusulas pétreas ou cláusulas de intangibilidade, as quais estabelecem as matérias que não podem ser alteradas pelo constituinte derivado. As cláusulas pétreas transportam em seu bojo o “espírito” atribuído pelo Constituinte Originário a nova ordem constitucional.

Se o poder constituinte derivado puder alterar as regras acerca de seu próprio exercício, ele se torna onipotente, convertendo-se, indevidamente em originário¹⁴⁰. Diz-se “indevidamente”, porque o constituinte originário atua mediante situação de rompimento com a ordem jurídica anterior, consubstanciada em quatro grandes cenários já referidos: criação ou emancipação de um Estado, reestruturação do Estado após uma guerra, na sequência de um movimento revolucionário ou culminando em algum processo de transição política negociada¹⁴¹.

Dessa forma, permitir que a população decida acerca do controle concentrado de constitucionalidade de Emendas Constitucionais por intermédio de um sistema que privilegia o voto majoritário - e não o debate -, significa extirpar o sentido da Constituição, cuja elaboração ocorre mediante o diálogo dos mais diversos setores¹⁴² e cuja ideia de supremacia, traz em seu bojo, a noção de rigidez. Em outras palavras, a proposta permite que a maioria disponha sobre todo e qualquer tema, ideia que não está subjacente à democracia, nem mesmo a noção de “Constituição”:

A democracia tem como suporte ineliminável o princípio majoritário, mas isso não significa qualquer absolutismo da maioria e, muito menos, o domínio da maioria. O direito da maioria é sempre um direito em concorrência com o direito das minorias com o conseqüente reconhecimento de estas se poderem tornar majorias.

[...]

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

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Palácio do Planalto, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 out. 2013.

¹⁴⁰BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, os conceitos Fundamentais e a Construção de um Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.187.

¹⁴¹*Ibidem*, p.184.

¹⁴²No caso da Constituição Federal de 1988, a Assembléia Nacional Constituinte foi formada por 487 Deputados e 72 Senadores, eleitos pelo voto direto da população. A convocação, outrossim, foi precedida debates e manifestações de inumeráveis organizações civis, entidades populares, órgãos de imprensa, estudantes, advogados, professores e políticos que requeriam o retorno de um regime marcado pela confiança e credibilidade nos poderes de governo e na investidura legítima de seus titulares. BONAVIDES, Paulo. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: Paz e Terra, 1990, p. 452-453.

A maioria não pode dispor de toda a legalidade, ou seja, não lhe está facultado, pelo simples fato de ser maioria, tornar disponível o que é indisponível, como acontece, por ex., com os direitos, liberdades e garantias e, em geral, com toda a disciplina constitucionalmente fixada (o princípio da constitucionalidade sobrepõe-se ao princípio maioritário).¹⁴³

Por evidente, sendo o princípio maioritário suporte da democracia, podem ocorrer conflitos entre constitucionalismo e democracia. Justamente com o escopo de amainar essas tensões, criou-se a jurisdição constitucional. Assim, quando a vontade da maioria pode eliminar determinados conteúdos materiais, orgânicos ou processuais da Constituição, o controle constitucional garante que a deliberação majoritária observe o procedimento prescrito e não vulnere os consensos mínimos estabelecidos na Constituição ¹⁴⁴.

Por conseguinte, a PEC 33/2011 mostra-se completamente inconstitucional. Primeiro, porque não aponta soluções para a realização das consultas populares que propõe, o que resultaria em um autoritarismo do Poder Legislativo, já que seus atos não estariam sujeitos a apreciação. Em segundo lugar, porque, ainda que sejam efetivados os plebiscitos, conferir a guarda da Carta Magna à população, longe de atribuir viés democrático a proposta, subverte a próprio conceito de “Constituição”, a qual possui em seu bojo a noção de rigidez.

Nada obstante, a proposta traz a lume discussão pertinente ao atual cenário político-institucional do país. Os poderes conferidos à Corte Maior na Carta de 1988 - através, aliado ao fenômeno do constitucionalismo, geraram o fortalecimento do papel institucional do Pretório Excelso, semelhante ao que ocorre em outros países (Portugal, Espanha etc.). Por conseguinte, o exacerbado protagonismo do Poder Judiciário no Brasil não decorre pura e simplesmente da atuação do Supremo Tribunal, como pretendem argumentar os defensores da PEC 33.¹⁴⁵

O Supremo Tribunal Federal, ao realizar o controle concentrado de constitucionalidade exerce o papel de guarda da constituição, legitimamente a ele conferido pelo constituinte originário:

¹⁴³CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 329.

¹⁴⁴BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, os conceitos Fundamentais e a Construção de um Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.111.

¹⁴⁵CATTONI, Marcelo Andrade. **Controle de constitucionalidade é judicial, não político**. Brasil: Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/sistema-controle-constitucionalidade-judicial-nao-politico>>. Acesso em: 1 dez. 2013.

Agir no limite de um contexto significa obedecer aos ditames do poder constituído, condição existencial do Supremo Tribunal Federal como poder jurisdicional vinculado à Constituição. Esta compreensão, claro, origina-se do simples fato de que os poderes de um Estado estão submetidos a uma mesma vontade política, objetivamente identificada num determinado percurso histórico das sociedades, ou seja, o instante constituinte. E a importância disso é incontestável, bastando, para tanto, examinar o papel das constituições para a consolidação das democracias no século XX.¹⁴⁶

Ademais, suas decisões são dotadas de legitimidade não apenas por ser ele o órgão competente para tanto, como também por obedecerem a um processo legitimamente estabelecido, e com participação da sociedade civil:

Se o controle concentrado é exercido pelo Supremo Tribunal, por outro lado poderá existir, neste controle, a participação da sociedade civil. A decisão do Supremo Tribunal estará, então, legitimada não somente porque emanou da corte que possui em última instância a complexa responsabilidade da guarda da Constituição. Principalmente, a decisão estatal estará legitimada por ser o resultado de um processo jurisdicional em que a sociedade poderá vir a ter participação.¹⁴⁷

Todavia, não obstante o novo papel do Poder Judiciário, é cristalino que em uma democracia, o Parlamento, na condição de representante eleito da população, é o centro do regime político¹⁴⁸. Por essa razão, deve o Poder Legislativo zelar pela sua legitimidade, representatividade e abertura ao debate público, bem como por suas competências constitucionais (art. 49, XI, CF/88).¹⁴⁹

A PEC 33 de 2011, entretanto, equivoca-se ao tratar a questão do controle de constitucionalidade como disputa pela soberania legislativa e não como questão jurisdicional de garantia da Constituição.¹⁵⁰

O Poder Legislativo deve retomar sua representatividade utilizando os mecanismos já conferidos pelo constituinte originário. Assim, cabe ao Parlamento

¹⁴⁶STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 02 de dezembro de 2013.

¹⁴⁷*Ibidem*.

¹⁴⁸CATTONI, Marcelo Andrade. **Controle de constitucionalidade é judicial, não político**. Brasil: Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/sistema-controle-constitucionalidade-judicial-nao-politico>>. Acesso em: 1 dez. 2013.

¹⁴⁹Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...]

XI - zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes. BRASIL. **Constituição da República Federativa Brasileira de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 7 jul. 2013.

¹⁵⁰CATTONI, Marcelo Andrade. *op. cit.*

legislar, enfrentando temas polêmicos e de relevância política e social:

Não deveria faltar ao Legislativo coragem política para tratar de temas fraturantes tais como o do tratamento diferenciado para a interrupção da gravidez no caso de anencefalia em face do crime de aborto, para a extensão e sentido da Lei da Anistia de 1979 hoje, para a questão do reconhecimento pleno das uniões homoafetivas, para a questão acerca de casos de descriminalização e regulamentação do uso — inclusive medicamentoso — de drogas, bem como para as diversas questões, enfim, envolvendo políticas sociais, econômicas e culturais exigidas política e socialmente para a garantia efetiva do exercício em igualdade dos direitos fundamentais (igualdade como isonomia e como diversidade), afetas ao desenvolvimento, à redistribuição e à sustentabilidade.¹⁵¹

Diante do exposto, verifica-se que, embora as posturas ativistas do Poder Judiciário possam e devam ser questionadas, não são suficientes para retirar do Pretório Excelso a legitimidade para efetuar a guarda da constituição mediante a realização do controle de constitucionalidade abstrato de normas. O atual protagonismo do Poder Judiciário, consoante demonstrado, decorre de uma série de fatores, especialmente de cunho histórico, razão pela qual este poder, ao apreciar as demandas de controle abstrato de constitucionalidade, age nos conformes dos poderes transferidos pela Constituição. Ademais, suas decisões são munidas de legitimidade, não apenas por partirem do órgão competente para tanto, como também por obedecerem um processo legítimo com participação da sociedade.

Por oportuno, urge destacar que, com base na decisão proferida pelo Ministro Dias Toffoli nos Mandados de Segurança nº 32036¹⁵² e 32037¹⁵³, pode-se dizer que a proposta não será votada, já que a medida liminar pode vir a ser deferida. Contudo, na hipótese de o Supremo não obstar a votação e a PEC 33/2011 ser aprovada, em regra, a Emenda Constitucional deverá ser julgada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal, porquanto se mostra completamente inconstitucional.

¹⁵¹CATTONI, Marcelo Andrade. **Controle de constitucionalidade é judicial, não político**. Brasil: Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/sistema-controle-constitucionalidade-judicial-nao-politico>>. Acesso em: 1 dez. 2013.

¹⁵²BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Decisão Monocrática que indeferiu pedido liminar. MS 32036 – DF. Carlos Sampaio e Mesa da Câmara dos Deputados. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI. 10 de maio de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2832037%2ENUME%2E+OU+32037%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/bpqlgk8>>. Acesso em: 15 out. 2013.

¹⁵³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática que indeferiu pedido liminar. MS 32036 – DF. Deputado Roberto João Pereira Freire e Presidente da Mesa da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI. 10 de maio de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2832037%2ENUME%2E+OU+32037%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/bpqlgk8>>. Acesso em: 15 out. 2013.

Nessa hipótese, somente a submissão da Emenda Constitucional a controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal – já que deve ser submetida a Jurisdição Constitucional vigente na ocasião de sua votação - terá o condão de manter o sistema de controle de constitucionalidade nos moldes atuais.

Assim, do ponto de vista jurídico, de controle de constitucionalidade e do Princípio da Separação dos Poderes, a PEC33/2011 se mostra inconstitucional. Ainda que, de acordo com o modelo Kelseniano, a jurisdição constitucional tenha sido atribuída a uma Corte Constitucional, esse modelo foi alterado e a função passou a ser do Poder Judiciário nos países que a adotaram – Portugal e Espanha, por exemplo. Ademais, o fenômeno do constitucionalismo legitima a atual função institucional da Corte Suprema, uma vez que ela, na condição de guardiã da Constituição, deve buscar concretizar os valores positivados na Carta Superior, quando não efetuado pelo Legislativo e Executivo. Por outro lado, o Parlamento deve utilizar de forma satisfatória os poderes conferidos pelo constituinte originário e enfrentar temas fraturantes como forma de recuperar seu papel institucional, a fim de manter o equilíbrio e a harmonia entre os poderes.

CONCLUSÃO

O controle de constitucionalidade de leis traz inculcado a ideia de supremacia da Constituição, a qual é o instrumento apto a limitar o Poder do Legislador. Nesse passo, no início do século XIX, criou-se o sistema de controle difuso de constitucionalidade de normas, nos Estados Unidos. De acordo com o sistema difuso, o controle de leis é realizado à luz do caso concreto e pode ser efetuado por todos os Juízes.

Um século mais tarde, ou seja, no início do século XX, surgiu na Europa, especialmente na Áustria, o modelo concentrado de controle de leis, criado pelo jurista Hans Kelsen. A proposta inicial do jurista austríaco era conferir a uma Corte Jurisdicional, vinculada ao Poder Legislativo, a competência exclusiva para efetuar o controle de constitucionalidade de leis de forma abstrata, a fim de retirar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com a *Lex Superior*. Kelsen entendia que a retirada de uma norma do ordenamento jurídico fazia com que a Corte Constitucional atuasse como um legislador positivo, razão pela qual esse papel não poderia ser conferido ao Poder Judiciário, sob pena de violar o Princípio da Separação de Poderes.

Em verdade, a atribuição da guarda da Constituição a um Tribunal afastado do Poder Judiciário foi consequência do momento histórico que antecedeu a elaboração desse sistema. O pensamento de filósofos como Montesquieu – que defendeu a tripartição de poderes, cabendo ao Judiciário atuar como “boca da lei - e Jean Jaques Rousseau - que sustentou a teoria do pacto social, ou seja, que o poder era oriundo do povo, manifestado por intermédio de seus representantes, leia-se Poder Legislativo -, em meados do século XVIII, fortaleceram sobremaneira o Legislativo em detrimento do Judiciário. Além disso, a Revolução Francesa de 1791 acentuou essa ideia, tendo em vista que os Juízes compunham a estrutura de governo (absolutista) com a qual a revolução rompera. Dessa forma, ao contrário dos Estados Unidos, era inadmissível na Europa a possibilidade de o malsinado Poder Judiciário interferir nas normas criadas pelo Legislativo.

As ideias de Kelsen proliferaram na Europa somente após a segunda Guerra Mundial, fato que coincide com o surgimento do fenômeno “constitucionalismo”. A

positivação de direitos e garantias fundamentais – como liberdades, direitos sociais e de prestação social –, exigiu a adoção de um mecanismo de controle de normas, tendo sido adotado um modelo inspirado na proposta de Kelsen. Todavia, ao contrário do jurista de Viena, os países passaram a conferir a guarda da Constituição ao Poder Judiciário, o qual se tornou, a partir de então, o guardião da Constituição. O constitucionalismo, assim, resultou em uma alteração do papel institucional do Poder Judiciário. A partir de então, os julgadores, na condição de intérprete da lei e da Constituição, começaram a decidir questões elementares não enfrentadas pelo Poder Legislativo e Executivo no exercício de suas competências originárias.

No Brasil, prevaleceu o modelo norte-americano de controle de leis até a edição da Emenda Constitucional nº 16 de 1965, no bojo da Carta Constitucional de 1946 e no início do regime militar. Essa Emenda criou o instituto da Representação de Inconstitucionalidade de leis federais e estaduais - atualmente denominada de Ação Direta de Inconstitucionalidade -, de competência exclusiva do Procurador-Geral da República. A adoção de um sistema de controle de leis no prelúdio da ditadura teve o escopo de fortalecer o Supremo Tribunal, que à época, atuava em favor do regime.

A Constituição Federal de 1988 aperfeiçoou a Representação de Inconstitucionalidade de leis federais e estaduais, a qual passou a ser chamada Ação Direta de Inconstitucionalidade, especialmente, com a ampliação do rol de legitimados para seu ajuizamento. Essa alteração, somado a novos mecanismos de controle de leis – Ação Direta de Inconstitucionalidade de Leis, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – acentuaram o papel institucional do Pretório Excelso, o qual passou a receber, cada vez mais, demandas de controle concentrado.

Delineado esse contexto, é possível concluir que, do ponto de vista de controle de constitucionalidade de normas, a PEC 33 de 2011, ao buscar retirar do Poder Judiciário a exclusividade do controle de constitucionalidade de Emendas Constitucionais, mostra-se inconstitucional. A guarda da Constituição, na vigência da Carta de 1988, persiste com o Poder Judiciário, e não pode ser dele retirada porquanto se trata de competência conferida pelo constituinte originário. Ademais,

em que pese o fato de que no sistema proposto por Hans Kelsen a Jurisdição Constitucional era afastada do Poder Judiciário, urge destacar que, logo quando disseminado na Europa, em meados do século XX, atribuiu-se essa competência ao Poder Judiciário. No Brasil, o Poder Judiciário foi desde o advento do sistema abstrato, em 1965, a instituição competente para efetuar a guarda da Constituição.

Ademais, não obstante o atual protagonismo do Poder Judiciário possa ser discutido, não tem o condão de retirar dessa instituição o poder de resguardar a *Lex Superior*. O papel institucional do Judiciário é resultado de um contexto histórico presenciado mundo afora, qual seja, o constitucionalismo, bem como nacional, com o advento da Constituição de 1988. Ademais, resulta da própria atividade do constituinte originário, que aprimorou a competência da Corte Suprema na guarda da Constituição, mediante o aprimoramento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, bem como do constituinte derivado, com a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Cabe ao Poder Legislativo, no exercício de sua competência originária, tratar sobre temas fraturantes como forma de resgatar seu papel institucional.

Paralelamente a essa discussão, tem-se que o controle de constitucionalidade de leis não pode ser atribuído a população, sob pena de extinguir o próprio sentido da Constituição. A ideia de supremacia da Lei Superior traz em seu bojo a noção de rigidez constitucional. A adoção das cláusulas pétreas pelo Constituinte Originário representa o aspecto material da imutabilidade constitucional, uma vez que resguardam temas que não podem ser objeto de Emenda Constitucional. Esse núcleo de rigidez das Constituições tem o escopo de preservar o “espírito” da Constituição às ambições partidarizadas de uma maioria ocasional. Conferir a população a competência para decidir acerca do controle de constitucionalidade concentrado de Emendas Constitucionais significa permitir que emendas que afrontem o núcleo essencial da constituição seja decidido pelo voto majoritário. Embora a prevalência da maioria esteja subjacente a noção de democracia, esta não se esgota no exercício do voto majoritário.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos Fundamentais e a Construção de um Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: n tem editora, 1990.

BONAVIDES, Paulo. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: Paz e Terra, 1990.

BRASIL. **Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, Proposta de Emenda à Constituição de nº 33 de 2011**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=89D832E20D87E9E4DA6722CB0BC1DE13.node1?codteor=1046676&filename=Parecer-CCJC-05-12-2012>. Acesso em: 1 dez. 2013.

_____. **Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, Proposta de Emenda à Constituição de nº 33 de 2011, voto em separado do deputado Paes Ladim**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1072783&filename=Tramitacao-VTS+1+CCJC+%3D%3E+PEC+33/2011>. Acesso em: 1 dez. 2013.

_____. **Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, Proposta de Emenda à Constituição de nº 33 de 2011, voto em separado do deputado Vieira da Cunha**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1072783&filename=Tramitacao-VTS+1+CCJC+%3D%3E+PEC+33/2011>. Acesso em: 1 dez. 2013.

_____. **Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, Proposta de Emenda à Constituição de nº 33 de 2011, requerimento 8027/2013**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1102353&filename=Tramitacao-REQ+8027/2013+%3D%3E+PEC+33/2011>. Acesso em: 1 dez. 2013.

_____. **Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, Proposta de Emenda à Constituição de nº 33 de 2011, requerimento 8067/2013.** Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=582207>>. Acesso em: 1 dez. 2013.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934).** Brasília: Palácio do Planalto, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 05 out. 2013.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891).** Brasília: Palácio do Planalto, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em: 05 out. 2013.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.** Brasília: Palácio do Planalto, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em: 05 out. 2013.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília: Palácio do Planalto, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 out. 2013.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937).** Brasília: Palácio do Planalto, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 05 out. 2013.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946).** Brasília: Palácio do Planalto, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 05 out. 2013.

_____. **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824).** Brasília: Palácio do Planalto, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>.

Acesso em: 13 out. 2013.

_____. **Decreto-Lei nº 1.564, de 5 de Setembro de 1939.** Brasília: Palácio do Planalto, 2013. Disponível em: <<http://linker.lexml.gov.br/linker/processa?urn=urn:lex:br:federal:decreto.lei:1939-09-05;1564&url=http%3A%2F%2Fwww2.camara.gov.br%2Flegin%2Ffed%2Fdeclei%2F1930-1939%2Fdecreto-lei-1564-5-setembro-1939-411497-publicacaooriginal-1-pe.html&exec>>. Acesso em: 05 out. 2013.

_____. **Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965.** Brasília: Palácio do Planalto, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc16-65.htm>. Acesso em: 05 out. 2013.

_____. **Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993.** Brasília: Palácio do Planalto, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm>. Acesso em: 05 out. 2013.

_____. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.** Brasília: Palácio do Planalto, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm>. Acesso em: 05 out. 2013.

_____. **Emenda Constitucional nº 7 de 13 de abril de 1977.** Brasília: Palácio do Planalto, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc07-77.htm>. Acesso em: 05 out. 2013.

_____. **Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973.** Brasília: Palácio do Planalto, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 15 out. 2013.

_____. **Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973.** Brasília: Palácio do Planalto, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 05 out. 2013.

_____. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.** Brasília: Câmara dos Deputados, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm>. Acesso em: 7 jul. 2013.

_____. **Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e da Cidadania à Proposta de Emenda à Constituição de nº 33 de 2011.** Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/internet/ordemdodia/integras/1081302.htm>>. Acesso em: 1 dez. 2013.

_____. **Proposta de Emenda Constitucional número 33 de 2011.** Brasília: Câmara dos Deputados, 2011. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2C3191349EF0705AC1CC9C7EFEF6CF70.node2?codteor=876817&filename=PEC+33/2011>. Acesso em: 7 jul. 2013.

_____. **Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/RegimentoInternoatRCD312013.pdf>>. Acesso em: 1 dez. 2013.

_____. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.** Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2013. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/REGIMENTOINTERN019801.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido. ADI 815-DF. Governador do estado do Rio Grande do Sul e Congresso Nacional. Relator: Min. Moreira Alves. 28 de março 1996. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28815%2ENUME%2E+OU+815%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/csonsvr>>. Acesso em: 15 nov. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo não provido. Agravo Regimental na ADI 2618-PR. Partido Social Liberal – PSLR e Corregedoria-Geral da Justiça do estado do Paraná. Relator(a): Min. Carlos Velloso. 12 de agosto 2004. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%282618%2ENUME%2E+OU+2618%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ahq6jkr>>. Acesso em: 15 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Decisão do plenário por votação majoritária que conheceu do pedido de medida cautelar, por entender possível o exercício, pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de ação declaratória de constitucionalidade, do

poder geral de cautela, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Ilmar Galvão, que dele não conheceram. Medida Cautelar na ADC 4 – DF. Presidente da República, Mesa do Senado e Mesa da Câmara. Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES. 11 de fevereiro de 1998. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284%2ENUME%2E+OU+4%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c44qesl>>. Acesso em: 17 nov. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática que indeferiu pedido liminar. MS 32036 – DF. Deputado Federal Carlos Sampaio e Mesa da Câmara dos Deputados. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI. 10 de maio de 2013. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2832037%2ENUME%2E+OU+32037%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/bpqlgk8>>. Acesso em: 15 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática que indeferiu pedido liminar. MS 32036 – DF. Deputado Roberto João Pereira Freire e Presidente da Mesa da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI. 10 de maio de 2013. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2832037%2ENUME%2E+OU+32037%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/bpqlgk8>>. Acesso em: 15 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Incidente que se julga no sentido da constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3, de 1993, no tocante a ação Declaratória de Constitucionalidade. Questão de ordem na ADC 1 – DF. Presidente da República, Mesa do Senado Federal e Mesa da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Moreira Alves. 27 de outubro de 1993. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281%2ENUME%2E+OU+1%2EACMS%2E%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/dyoq427>>. Acesso em: 16 nov. 2013.

CAMPOS, João. **Nota de esclarecimento PEC 33/2011. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissões/comandantes-gerais/ccjc/noticias/nota-de-esclarecimento-pec-33-2011>>. Acesso em 1 dez. 2013.

CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 2000.

CASTRO, João Bosco Marcial de. **O Controle de Constitucionalidade das Leis – A Legitimidade do Supremo Tribunal Federal para Modular os Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade.** Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

CATTONI, Marcelo Andrade. **Controle de constitucionalidade é judicial, não político.** Brasil: Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/sistema-controle-constitucionalidade-judicial-nao-politico>>. Acesso em: 1 dez. 2013.

CLÉVE, Clemerson Merlin. **A fiscalização abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FILHO, Newton Tavares. **Tribunais Constitucionais.** Brasília: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, 2009.

KONZEN, Leandro. **O Supremo Tribunal Federal e a defesa dos preceitos constitucionais fundamentais, uma história de construção do sistema brasileiro de Controle de Constitucionalidade.** Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.

MARTINS, Ives Gandra. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999.** São Paulo: Saraiva, 2009.

NAGIB, Slaibi Filho. Breve História do Controle de Constitucionalidade in STRECK, Lênio Luiz: **A constitucionalização do Direito – A Constituição como locus da hermenêutica jurídica.** Rio de Janeiro, 2003.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **O tempo das reconfigurações do constitucionalismo, os desafios para uma cultura cosmopolita.** São Paulo: LTR, 2011.

NEDEL, Nathalie Kuczura. **Controle Difuso de Constitucionalidade, uma análise a partir do caso *Marbury versus Madison* e da *Judicial Review*.** Porto Alegre: Nura Fabris, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **A persistência do fator conciliador e a PEC 33.** Brasil: Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-04/diario-classe-persistencia-fator-conciliador-pec-33>>. Acesso em: 1 dez. 2013.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

STEIN, Leandro Konzen. **O Supremo Tribunal Federal e a defesa dos preceitos constitucionais fundamentais, uma história de construção do sistema brasileiro de Controle de Constitucionalidade**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 02 de dezembro de 2013.

TRINDADE, André Karam. **PEC da Submissão representa anticontrole da Constituição**. Brasil: Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-27/diario-classe-pec-submissao-representa-anticonrole-constituicao>>. Acesso em: 1 dez. 2013.

WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da política**. São Paulo:  tica, 2008.