



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

MARINA LEMES MACHADO GOMES

**A POSSIBILIDADE DO CONTROLE FRACO DE CONSTITUCIONALIDADE E A
FUNÇÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

Brasília
2014

MARINA LEMES MACHADO GOMES

**A POSSIBILIDADE DO CONTROLE FRACO DE CONSTITUCIONALIDADE E A
FUNÇÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

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

Orientador: Prof. Henrique Smidt Simon

Brasília

2014

MARINA LEMES MACHADO GOMES

**A POSSIBILIDADE DO CONTROLE FRACO DE CONSTITUCIONALIDADE E A
FUNÇÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

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

Orientador: Prof. Henrique Smidt Simon

Brasília, 05 de dezembro de 2014

Banca Examinadora

Prof. Henrique Smidt Simon

Prof. Álvaro Luis de Araújo Sales Ciarlini

Prof. Rodrigo Pereira de Mello

RESUMO

O presente trabalho de monografia objetiva a análise da PEC 33/2011, a qual delibera acerca da polêmica de quem será o titular para o exercício do controle de constitucionalidade. Nesse diapasão, surge como protagonista o ativismo judicial e a judicialização, os quais originaram o antagonismo e a reação do legislativo à usurpação de sua competência definida pela Carta Magna, haja vista que o poder judiciário, pela força do povo, é coagido a decidir sobre casos concretos que afetam os direitos fundamentais e as garantias individuais. Assim, foram analisados os modelos de controle de constitucionalidade norte-americano, austríaco, alemão, francês e, especialmente, o canadense, com a análise do controle fraco de constitucionalidade. Por conseguinte, foi analisado o contexto histórico das constituições outorgadas e promulgadas no Brasil, as quais paulatinamente disciplinaram o modo de produção das leis e atos normativos e impuseram deveres de atuação ao Estado, bem como determinaram a competência do controle concentrado e difuso das normas constitucionais, consolidando-se a supremacia judicial. Assim, o relato feito é de suma importância para que seja percebida e entendida a discussão acerca da judicialização, do ativismo judicial e da reação do legislativo com a propositura da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 33 de 2011, que tem provocado um amplo debate ente os poderes judiciário e legislativo.

Palavras-chave: ativismo; Constituição; controle de constitucionalidade; concentrado; difuso; judicialização.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	7
1.1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NORTE-AMERICANO	7
1.2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE AUSTRIACO	10
1.3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ALEMÃO	13
1.4 CONTROLE CONCENTRADO AUSTRIACO-ALEMÃO	14
1.5 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE FRANCÊS	15
1.5.1 Controle preventivo de constitucionalidade	17
1.5.2 Controle repressivo de constitucionalidade	18
1.6 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CANADENSE	19
2 EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL E CONSIDERAÇÕES SOBRE OS MODELOS	23
2.1 CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	23
2.2 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	29
2.2.1 Controle de constitucionalidade difuso	30
2.2.2 Controle de constitucionalidade concentrado	31
2.2.3 Recurso extraordinário e súmula vinculante	33
3 ATIVISMO JUDICIAL E A ANÁLISE DA PEC 33	36
3.1 O PROTAGONISMO DOS TRIBUNAIS E A JUDICIALIZAÇÃO	36
3.2 ATIVISMO JUDICIAL	41
3.3 Resposta ao ativismo judicial: PEC 33	45
3.4 O legislativo e o controle fraco de constitucionalidade	51
CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS	61

INTRODUÇÃO

O objeto desse trabalho situa-se na análise da PEC 33/2011, proposta no legislativo para combater o protagonismo do judiciário, consubstanciado em duas vertentes que, embora semelhantes, possuem contornos distintos: a judicialização e o ativismo judicial, visando o equilíbrio de responsabilidade entre os poderes frente à Constituição e, especialmente, para impedir a usurpação de sua competência pelo judiciário, implantando um sistema de controle denominado: controle fraco de constitucionalidade.

As doutrinas e textos pesquisados acerca do tema em questão produziram inúmeras informações que paulatinamente foram convergindo para uma abordagem delimitada dos aspectos conceituais sobre o controle de constitucionalidade, sobre a atuação proativa do poder judiciário frente a questões que envolvem as relações sociais, os direitos fundamentais e as liberdades individuais, destacando o protagonismo do Supremo Tribunal Federal (STF), bem como a reação do legislativo por meio da propositura da PEC 33/2011.

Dessa forma, tem-se uma noção sintetizada acerca do objetivo da PEC 33/2011: um novo modelo de controle, o controle fraco de constitucionalidade, como um antídoto à supremacia do judiciário em questões atribuídas ao legislativo, que se emergiu no fenômeno denominado ativismo judicial, em face da omissão do legislativo e do poder público, que não se posicionam nem decidem sobre temas importantes clamados pela sociedade.

O primeiro capítulo dessa monografia traz uma reflexão acerca dos modelos existentes do controle de constitucionalidade, como se formaram e quais eram as características inerentes a cada uma das constituições: americana, alemã, austríaca, francesa e canadense, em especial esta última, que é a origem do controle fraco de constitucionalidade.

No segundo capítulo, desenvolve-se o estudo sobre a Constituição brasileira, sua origem, as constituições outorgadas de 1824, 1937 e 1967, a Emenda Constitucional (EC) de 1969, e as promulgadas de 1891, 1934, 1946 e 1988, nas quais verificou-se a aplicação do controle concentrado e do controle difuso.

Também importante se faz demonstrar que a Constituição brasileira de 1988 traz no seu bojo o sistema eclético e híbrido de controle de constitucionalidade, abrangendo tanto o controle difuso (sistema americano) como o controle concentrado (sistema continental europeu).

O terceiro e último capítulo é dedicado a explicar o proposto neste trabalho, ou seja, que a demora e a omissão do legislativo nas decisões importantes que abrangem os interesses da sociedade, bem como por um fato decorrente do desenho institucional, e até constitucional, que vigora em vários dos ordenamentos jurídicos, dentre os quais se encontra o brasileiro, fizeram surgir a judicialização e o ativismo judicial, entendido como uma invasão de competências, transformando-se em uma supremacia forçada do poder judiciário; que provocou o legislativo a propor um novo sistema de controle, denominado controle fraco de constitucionalidade, por meio da Proposta de Emenda Constitucional 33 de 2011.

1 MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1.1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NORTE-AMERICANO

A Constituição americana de 1787 surgiu com o pressuposto de alcançar o equilíbrio de duas vertentes políticas que se originaram da guerra das colônias inglesas, na qual ocorreu a emancipação histórica das Treze Colônias, emancipação esta que foi a base para a sólida organização dos Estados Unidos da América.

Nesse sentido, o país foi dividido entre dois grandes grupos com tendências ideológicas diferentes: os republicanos e os federalistas. Os republicanos pressupunham a autonomia dos estados independentes, sem submissão ao governo central. Enquanto os federalistas defendiam o fortalecimento desse poder central, preservando a união dos estados recém-criados, demonstrando a força de agregação dos estados.

Assim, consubstanciada nessas duas tendências políticas, nasce a Constituição americana, no século XVIII, sendo um grande marco para as constituições de outros países, a partir do século XIX.¹

Nessa linha, o constitucionalista norte-americano, James A. C. Grant, expôs a tese *Judicial review of legislation* – o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis.²

Com a Constituição norte-americana nasce a supremacia da constituição em relação às leis infraconstitucionais. Notabilizando-se por sua consistência, rigidez e brevidade, só alterada por procedimentos dificultosos, contrapondo-se, por exemplo, à Constituição inglesa, que é flexível, com base em leis esparsas e nos costumes.

Segundo Mauro Cappelletti,

A Constituição Federal norte-americana de 1787 dispunha, expressamente, no art. VI, cláusula 2ª, que: “this Constitution (...) shall be the supreme Law of the Land; and the judges in every States hall be bound thereby (...)”³. Este texto, na interpretação que dele se

¹ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado**.

Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 46.

² *Ibidem*, p. 46

³ **Art. VI, cláusula 2ª**. Esta Constituição, as leis dos Estados Unidos ditadas em virtude dela e todos os tratados celebrados ou que se celebrarem sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei

impôs especialmente por mérito de Jonh Marshall, foi de importância fundamental e de profundo caráter inovador: ele fixou, por um lado, aquilo que foi chamado, precisamente, de a supremacia da Constituição, e impôs, por outro lado, o poder e o dever dos juizes de negar aplicação às leis contrárias à Constituição. É famosa, a este respeito, a sentença da Supreme Court na causa Marbury versus Madison de 1803, na qual a alternativa entre Constituições rígidas e Constituições flexíveis e a necessidade de uma escolha entre uma e outra das duas soluções encontra-se enunciadas naquela sentença – que ou a Constituição prepondera sobre os atos legislativos que com ela contratam ou o poder legislativo pode mudar a Constituição através de lei ordinária.⁴

Para Alexandre de Moraes,

a característica mais marcante no sistema constitucional americano consiste na absoluta supremacia constitucional e em seu mecanismo de efetivação jurisdicional (judicial review), permitindo-se ao Poder Judiciário e, em especial, à Suprema Corte, mediante casos concretos que lhe são postos a julgamento, interpretar a Constituição Federal, para com ela adequar e compatibilizar as leis e os atos normativos editados pelos demais poderes de estado.⁵

Nessa esteira, ainda sobre o caso Marbury v. Madison, julgado em 1803 pela Suprema Corte, relatada por seu Chief Justice, Jonh Marshall, de acordo com Moraes, o marco da criação do controle de constitucionalidade das leis.⁶

Nas vésperas do final de seu mandato, o presidente John Adams nomeou vários correligionários, entre os quais William Marbury, para ocuparem cargos estratégicos no judiciário federal. Ao assumir o poder, o novo presidente Thomas Jefferson ordenou ao secretário James Madison que não concedesse a posse aos beneficiários. Inconformado, Marbury, com base em Lei Federal de 1789, que outorgava à Suprema Corte o poder de conceder mandados, impetrou ação, postulando a posse no cargo de juiz.

Ao analisar o caso, o Supremo Tribunal negou o pedido, sob a justificativa de que a citada lei é inconstitucional, por criar uma competência não prevista na Constituição Federal.

suprema do país; e os juizes em cada Estado estarão sujeitos a ela, ficando sem qualquer efeito disposição em contrário na Constituição e nas leis de qualquer dos Estados.

⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado**.

Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 47.

⁵ MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**: garantia suprema da constituição. São Paulo: Atlas, 2000, p. 85.

⁶ Ibidem, p. 95.

Marbury v. Madison foi um marco para os constitucionalistas norte-americanos. Com a decisão, a Suprema Corte exerceu seu poder de controle de constitucionalidade, negando a aplicação de leis consideradas inconstitucionais. Dessa forma, modificando o constitucionalismo moderno.

Como diz Luis Roberto Barroso,

Marbury v. Madison, portanto, foi a decisão que inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, deixando assentado o princípio da supremacia da Constituição, da subordinação a ela de todos os Poderes estatais e da competência do Judiciário como seu intérprete final, podendo invalidar os atos que lhe contravenham.⁷

Nos Estados Unidos da América, o controle difuso de constitucionalidade das leis ou atos normativos federais, estaduais e municipais é exercido pelos tribunais superiores, sendo que, somente em situações excepcionalíssimas, pode ser realizado pelo juiz de instância inferior.

Nessa linha, leciona o Ministro Gilmar Mendes, “o controle de constitucionalidade difuso ou americano assegura a qualquer órgão judicial incumbido de aplicar a lei a um caso concreto o poder-dever de afastar a sua aplicação se a considerar incompatível com a ordem constitucional”.⁸

O controle difuso de constitucionalidade é realizado sobre o caso concreto, podendo ser feito por qualquer instância judiciária. Todavia, no controle difuso americano, somente em casos excepcionais, o juiz de primeiro grau exerce essa competência. Na verdade, a competência pertence aos tribunais superiores; diferente do Brasil, no qual o juiz de primeira instância pode fazer o controle difuso de constitucionalidade no caso concreto.

Outrossim, nos dizeres de Thomas Cooley,

[...] se o tribunal perante o qual a questão se apresenta não é de última instância em relação a mesma, deve-se esperar que proceda com cautela e circunspeção, mais do que no comum, e que se abstenha, completamente, de declarar a nulidade de uma lei, a menos que se trate de casos de extraordinária clareza, e especialmente se, sem sério detrimento da justiça, a decisão puder

⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 10.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de direito constitucional**/Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1162.

ser retardada, até que o tribunal de categoria superior tenha ocasião de se pronunciar sobre o caso. Outros podem haver em que, por inadvertência ou por caso fortuito, uma lei que haja passado todos os trâmites exigidos para sua validade, seja, não obstante isso, evidente e inquestionavelmente nula; mas, exceto esses casos, o fato de um magistrado de categoria inferior, que só exercendo uma jurisdição policial ou outro limitar, se irrogar a competência de proferir decisões acerca da legislação de um Estado ou país, declarando-as inconstitucional (*invalid*) só pode ser ridículo.⁹

Nesse contexto, a característica marcante da Constituição norte-americana se encontra na aplicação das normas constitucionais no caso concreto, sendo denominado de controle difuso, solidificando a supremacia da constituição em face das leis infraconstitucionais.

1.2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE AUSTRIACO

Até o início do século XX muitos países europeus contemplavam a absoluta supremacia do Parlamento, o que impedia o exercício do *judicial review* a ser realizado pelo poder judiciário. Assim, a Áustria não tinha ainda a ideia do controle de constitucionalidades das leis.

Por sua vez, em comparação com a Constituição americana, leciona Mauro Cappelletti:

Tornava-se em síntese, necessário naqueles Países, ou pelo menos oportuno, encontrar um adequado substituto da *Supreme Court* norte-americana, isto é, encontrar um órgão judiciário a que se pudesse confiar a função de decidir sobre as questões de constitucionalidade das leis, com eficácia *erga omnes* e, por isto, de modo tal a evitar aquele perigo de conflitos e de caótica incerteza do direito. Colocado diante desta exigência, os “país” da Constituição austríaca julgaram dever criar órgão judiciário adequado, um *Verfassungsgerichtshof*, isto é, uma especial Corte Constitucional.¹⁰

Nesse diapasão, a Constituição austríaca, de 1º de outubro de 1920, pela primeira vez, contemplou a existência de um tribunal – o Tribunal Constitucional – com foco no controle de constitucionalidade. Diferente da inovação de James A. C. Grant, *judicial review*, o controle austríaco era exercido apenas por um tribunal, e não por todos os juízes e tribunais.

⁹ COOLEY, Thomas. Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte. *apud* MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 95.

¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, Fabris, 1984, p. 83.

Hans Kelsen, para o qual a constituição é norma pura, ensina que,

se a Constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir essa questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos. Devendo evitar-se uma tal situação, a Constituição apenas pode conferir competência para tal a um determinado órgão jurídico. Um recurso de instância análogo ao processo judicial está excluído quando só existe um órgão diferente dele – p. ex., ao tribunal que tem de aplicar a lei, ou tão-somente a um tribunal especial – pode ser conferida competência para decidir a questão da constitucionalidade de uma lei. Se a Constituição nada preceitua sobre a questão de saber quem há de fiscalizar a constitucionalidade das leis, os órgãos a quem a Constituição confere o poder para aplicar as leis, especialmente os tribunais, portanto, são por isso mesmo feitos competentes para efetuar esse controle. Visto que os tribunais são competentes para aplicar as leis, eles têm de verificar se algo cujo sentido subjetivo é o de ser uma lei também objetivamente tem esse sentido. E só terá esse sentido objetivo quando for conforme a Constituição (...) A situação jurídica é essencialmente diversa quando a Constituição transfere o controle e a decisão da questão de saber se uma lei corresponde às determinações constitucionais que regulam diretamente a legiferação para um órgão diferente do legislativo e confere a este órgão competência para anular uma lei que considere inconstitucional. Esta função pode ser confiada a um tribunal especial ou ao tribunal supremo, ou a todos os tribunais. Como já verificamos, ela é confiada a todos os órgãos competentes para aplicar o Direito, e especialmente aos tribunais, quando essa faculdade de controle não é expressamente excluída da sua competência. Se todo tribunal é competente para controlar a constitucionalidade da lei e aplicar por ele a um caso concreto, em regra ele apenas tem a faculdade de, quando considerar a lei como inconstitucional, rejeitar a sua aplicação ao caso concreto, quer dizer, anular a sua validade somente em relação ao caso concreto. A lei, porém, permanece em vigor para todos os outros casos a que se refira e deve ser aplicada a esses casos pelos tribunais, na medida em que estes não afastem também a sua aplicação num caso concreto. Se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional não só em relação a um caso concreto mas em relação a todos os casos a que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito.¹¹

O austríaco Hans Kelsen e o alemão Carl Schmitt travaram uma disputa, gerando controvérsias acerca de qual órgão deveria realizar o controle de constitucionalidade das leis, sendo que, para o primeiro, deveria haver um controle jurisdicional, já para o segundo, o controle deveria ficar a cargo do Presidente do Reich.

¹¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 300-303.

Carl Schmitt, segundo o qual a Constituição é um somatório das forças políticas, entendia que,

segundo o direito positivo da Constituição de Weimar, a posição do Presidente do Reich, eleito por toda nação, somente pode construir-se com a ajuda de uma teoria muito próxima de um poder neutro, mediador, regular e tutelar. O Presidente do Reich está dotado de atribuições que lhe garantem independência frente aos órgãos legislativos, que por sua vez dependem da confiança do Parlamento. As atribuições que estão assinaladas pela Constituição correspondem tipicamente ao repertório das atribuições de Chefe de Estado, que formulou B. Constantat (...) a proteção da Constituição do Reich frente aos territórios, a proteção da Constituição”, para concluir “que o Presidente do Reich seja o protetor da Constituição corresponde também, entendo, ao princípio democrático sobre o qual repousa a Constituição Weimar. O Presidente Reich é eleito por todo o povo alemão e suas faculdades políticas frente aos organismos legislativos (particularmente a de dissolver o Parlamento e de promover plebiscitos) são por sua natureza uma *apelação ao povo*.¹²

Raul Machado Horta leciona que

a Constituição austríaca de 1920, que instituiu o controle de constitucionalidade na Áustria, deu ordenação sistemática e lógica a uma ideia que possuía antecedentes na história constitucional daquele País. O projeto constitucional *Kremsier*, que resultou nos trabalhos da Comissão Parlamentar de 1848, aventou a ideia do controle judiciário de atos do Executivo. Essa sugestão foi logo repelida, pois, dizia-se, confiar ao Tribunal Supremo do Império (*Reichsgericht*) o controle de tais atos importava em submeter o Executivo ao Poder Judiciário.¹³

Em 1975, no Tribunal Constitucional passou a ser possível um recurso constitucional, com força de permitir que os particulares pudessem exercer o direito de arguirm a inconstitucionalidade das leis, caso lesionasse o exercício de um direito.

Nesse sentido, cabia ao Tribunal Constitucional austríaco, principalmente, realizar a fiscalização abstrata e concreta de constitucionalidade das leis, diferindo do sistema norte-americano, do *judicial review*, pois, enquanto no sistema difuso de constitucionalidade, todos os juízes e tribunais estão habilitados para declarar inconstitucionalidade das leis e atos normativos do poder público, o sistema austríaco configura-se como um controle concentrado, uma vez que a análise sobre

¹² CARL, Schmitt *apud* MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**: garantia suprema da constituição. São Paulo: Atlas, 2000, p. 118.

¹³ HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 169.

a inconstitucionalidade das leis é competência de um único Tribunal Constitucional.¹⁴

1.3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ALEMÃO

O Tribunal Constitucional Federal tem sua origem nos antigos tribunais imperiais do Império Romano-Germânico. Todavia, em virtude da força dos soberanos, não apresentaram muita efetividade, embora, em alguns Estados, ocorressem procedimentos especiais de resolução de conflitos constitucionais, consoante os dizeres de Alexandre de Moraes,

A Constituição imperial de 1849, apesar de não ter entrado em vigor, previa a existência de um controle de constitucionalidade a ser realizado pelo Tribunal imperial, bem como de um instrumento de proteção aos direitos fundamentais semelhante ao atual recurso constitucional, consagrado pela Lei Fundamental alemã. Já a Constituição de Bismark de 1871 não previu a existência de um Tribunal Constitucional. Igualmente, o Tribunal imperial instalado em Leipzig, em 1879, não criou nenhuma jurisprudência constitucional. A Constituição imperial de Weimar, de 1919, criou o Tribunal do Estado e previu entre suas competências a resolução de conflitos entre órgãos de Estados diversos ou conflitos entre a Federação e o Império, ou a Federação e os Estados. A Constituição de Weimar, porém, não previu expressamente a existência de um controle de constitucionalidade das leis imperiais. Note-se, porém, que desde abril de 1921, o Tribunal do Estado passou a consagrar a revisão jurisdicional das leis federais, no que é considerado pela doutrina alemã como uma preparação para a criação do controle de jurisdicional de constitucionalidade, uma vez que se admitia a análise judicial da compatibilidade do direito estadual com o direito federal (Constituição Weimar, art. 13, II) o exame da constitucionalidade do direito pré-constitucional, bem como a análise da legitimidade dos regulamentos.¹⁵

É importante ressaltar que, com a evolução da doutrina alemã, a partir de 4 de novembro de 1925, a interpretação do Tribunal também evoluiu, pois passou a admitir, jurisprudencialmente, o controle jurisdicional de constitucionalidade de acórdão.

Por sua vez, no período nazista, essa evolução da doutrina alemã foi interrompida, em razão de um controle político e jurídico que vinculava tribunais e juízes, haja vista que vigia nesse período o entendimento de que os efeitos da Lei *Führer* eram impostos a todos os juízes e tribunais, como manifestação da sua

¹⁴ MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**: garantia suprema da constituição. São Paulo: Atlas, 2000, p. 125.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 152-154.

legítima vontade, afastando qualquer outra interpretação de controle jurisdicional de constitucionalidade. Como consequência dessas nefastas experiências nazistas, em parte oriundas da inexistência de um controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e atos normativos, bem como da falta de mecanismos impeditivos da criação de uma ditadura da maioria em um regime totalitário, surgiu a necessidade da adoção do *judicial review*, pela Lei Fundamental alemã de 1949.

Desse modo, por meio de uma assembleia constituinte, decidiu-se pela instituição de um tribunal autônomo e afastando a ideia de instituição de um Tribunal Federal Supremo com funções de Corte Constitucional e de instância máxima da jurisdição ordinária. A qual permaneceu em sua íntegra para a Alemanha Unificada.

1.4 CONTROLE CONCENTRADO AUSTRIACO-ALEMÃO

No controle concentrado austríaco-alemão, cria-se um órgão jurisdicional superior, com poderes, em função da supremacia da lei, de decidir a inconstitucionalidade e a inaplicabilidade da lei, sendo que tal papel não pode ser exercido e declarado por qualquer juiz.

Desse modo, como demonstração de seu poder e dever de interpretação e aplicação do direito nos casos concretos submetidos a sua jurisdição, ao contrário, os juízes são taxativamente impedidos de exercerem a competência na análise da validade ou não da lei.

Segundo leciona Alexandre de Moraes:

O ordenamento jurídico alemão consagra tanto o controle abstrato quanto ao controle difuso de constitucionalidade, com a característica essencial da existência de um monopólio decisório do Tribunal Constitucional Federal para o exercício da jurisdição constitucional, no sentido de que somente a esse é permitido o poder de declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal.¹⁶

Para o Ministro Gilmar Mendes,

o controle concentrado de constitucionalidade (austríaco ou europeu) defere a atribuição para o julgamento das questões constitucionais a um órgão jurisdicional superior ou a uma Corte Constitucional. O controle de constitucionalidade concentrado tem ampla variedade de organização, podendo a própria Corte Constitucional ser composta

¹⁶ MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**: garantia suprema da constituição. São Paulo: Atlas, 2000, p. 167.

por membros vitalícios ou por membros detentores de mandato, em geral, com prazo bastante alargado.¹⁷

Por fim, Mauro Cappelletti ensina que as constituições europeias, em particular, a austríaca e a alemã, ao criarem as cortes e os tribunais constitucionais, preferiram não se servirem, para a nova função de controle de constitucionalidade das leis, dos órgãos judiciais já existentes e dos membros da magistratura.¹⁸

Portanto, o controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos é lastreado em um único órgão judiciário, a Corte Constitucional.

1.5 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE FRANCÊS

A burguesia francesa, com apoio dos trabalhadores e dos camponeses, ao promoverem Revolução Francesa de 1789, aboliu a velha noção monárquica de soberania. A nação passou a ser considerada titular do poder de mando e a soberania, como um direito subjetivo da nação organizada sob a forma de Estado.

Desse contexto nasceu a ideia que se tornou um princípio: toda soberania reside essencialmente na nação e nenhuma pessoa ou órgão pode exercer autoridade que dela, nação, não emane expressamente.¹⁹

Outrossim, com base nas ideias de Montesquieu, no Espírito das Leis, o poder dos governantes deveria ser controlado pela separação dos poderes, evitando-se os abusos da tirania, bem como no sentido de prevalecerem os direitos naturais e sagrados do homem. Surge assim “o conceito ideológico da constituição, caracterizado pela exigência da separação dos poderes e da garantia dos direitos do homem”, estabelecido na Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão.²⁰

Assim, em 1791, surge a primeira Constituição francesa, elaborada pela Assembleia Nacional Constituinte de 1789.

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de direito constitucional**/Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1161.

¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 93.

¹⁹ LIMA, Fernando Machado da Silva. **Jurisdição constitucional e controle do poder: é efetiva a constituição brasileira?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 50.

²⁰ Ibidem, p. 51.

De acordo com Alexandre de Moraes, os revolucionários franceses, apesar de entenderem absolutamente necessária a promulgação de uma constituição para garantir os direitos dos cidadãos contra arbitrariedades do monarca, não chegaram a cogitar a criação de um mecanismo destinado a garantir a constitucionalidade das leis e, conseqüentemente, a necessidade da existência de um órgão que realizasse esse controle. Essa hostilidade ao controle jurisdicional advém da desconfiança na magistratura francesa pré-revolução.²¹

Para Mauro Cappelletti,

a hostilidade ao controle jurisdicional de constitucionalidade, embora admitido às vezes, o controle político, oriunda da permanente lembrança das graves interferências que, anteriormente à Revolução, os juízes franceses muito frequentemente perpetravam na esfera dos outros poderes, com conseqüências que, se, às vezes, podiam, também, representar um salutar antídoto contra as tendências absolutistas da monarquia, mais amiudadamente tinham, antes, o sabor do arbítrio e do abuso. Sempre se nutriu contra ideia de que os atos dos órgãos superiores, e, sobretudo das Assembléias parlamentares, representativas da soberania nacional, fossem submetidos a controle por parte dos juízes.²²

Assim, em face dessa situação histórica mencionada, o controle de constitucionalidade das leis restou muito tempo ausente da tradição jurídica francesa, na qual reinava a hostilidade à aplicação dessa técnica, proporcionando uma demora no reconhecimento da legitimidade do Conselho Constitucional francês, que viria a ser “criado pela Constituição de 1958, que em muitos aspectos, aproxima-o de um órgão de jurisdição constitucional”.²³

Por sua vez, a maior aceitação da jurisdição constitucional na França e, conseqüentemente, da relevância do Conselho Constitucional, iniciou-se sem qualquer dúvida pela ampliação de suas competências. Dessa forma, se em seu nascedouro, na Constituição de 1958, o Conselho Constitucional foi concebido como um órgão controlador do Parlamento, durante sua evolução passou a exercer mais efetivamente um controle preventivo geral da constitucionalidade das leis e,

²¹ MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**: garantia suprema da constituição. São Paulo: Atlas, 2000, p. 136.

²² CAPPELLETTI, Mauro. **O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, Fabris, 1984, pp. 96-97.

²³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**/Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1163.

basicamente, a proteção dos direitos fundamentais.²⁴

Nesse sentido,

no exercício de sua competência de controle sobre o Parlamento e especialmente da defesa das competências do Poder Executivo, o Conselho Constitucional passou à defesa das competências parlamentares, à tutela dos direitos fundamentais e à proteção dos direitos das minorias, missões tradicionais das Cortes constitucionais européias, reforçando sua legitimidade. E atualmente, a legitimidade do Conselho Constitucional é largamente admitida, como se percebe pelo colóquio organizado pela Assembléia Nacional e pela Associação Francesa dos Constitucionalistas em 13/03/1987, sob o tema “O Conselho Constitucional e os partidos políticos”, onde a maioria dos parlamentares afirmou sua adesão ao princípio do controle de constitucionalidade das leis a ser exercido pelo Conselho Constitucional, concluindo que a Justiça constitucional da França adquiriu legitimidade e encontra-se no mesmo status que as demais Cortes constitucionais européias, em defesa do Estado de Direito da França.²⁵

Dessa forma, verifica-se que o Conselho Constitucional francês não detém competência para utilizar o controle de constitucionalidade abstrato e difuso, como na Alemanha e nos Estados Unidos, respectivamente. A competência é do *Conseil Constitutionnel*, sendo este um órgão autônomo.

1.5.1 Controle preventivo de constitucionalidade

O Conselho Constitucional francês exerce, durante a elaboração das leis pelo legislativo, um controle preventivo. Assim, nesse período, havendo provocação do governo ou de qualquer das casas legislativas, pode ser analisada pelo conselho a constitucionalidade de uma proposição ou de uma emenda.

Para Alexandre de Moraes,

trata-se de controle preventivo, porque ainda não existe nenhuma espécie normativa a ser editada e, mais especificamente, de controle preventivo de constitucionalidade, pois o Conselho Constitucional analisará se o Parlamento está atuando dentro de suas competências constitucionais, seja por respeitar a reserva legislativa,

²⁴ MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**: garantia suprema da constituição. São Paulo: Atlas, 2000, p. 139.

²⁵ *Ibidem*, p. 139.

seja por respeitar o art. 38 da Constituição que regulamenta a delegação ao Poder Executivo.²⁶

Ainda, segundo o autor, o ato normativo votado e aprovado na esfera legislativa, quando não promulgado, de

verificação quanto à conformidade constitucional, tem-se que ao Presidente da República, o Primeiro Ministro, o presidente da Assembleia Nacional, o Presidente do Senado Federal, ou, ainda, aos sessenta deputados ou sessenta senadores, são legítimos para provocar o Conselho Constitucional, tendo este um prazo de um mês para se pronunciar, salvo havendo pedido do Governo na forma de urgência, sendo que o prazo passará a ser de oito dias, restando a promulgação da lei impugnada suspensa em seu prazo.²⁷

Portanto, verifica-se que no modelo francês, diferente da corte institucionalizada no modelo europeu, o controle da lei é realizado antes de sua eficácia, sendo obrigatório no caso de lei complementar e facultativo para as leis ordinárias. Após a publicação, só terá eficácia depois de 30 dias, ou seja, se não for declarada a inconstitucionalidade da lei, esta passará a ter eficácia, “o controle exclusivamente *a priori* é a característica marcante e inovadora do modelo francês”.²⁸

Desse modo, o controle preventivo de constitucionalidade é realizado na elaboração da lei, ou seja, no seu trâmite, pelo Conselho Constitucional.

1.5.2 Controle repressivo de constitucionalidade

Todavia, objetivando alterar o controle de constitucionalidade, a Constituição francesa de 1958, em seu artigo 37.2, estabelecia a possibilidade de se fazer o controle após a eficácia da lei, podendo ser modificado por decreto, quando se tratasse de regulamento, desde que sob a tutela do Conselho Constitucional.

Nessa mesma linha, pela primeira vez foi prevista a possibilidade de um regulamento, o qual deveria ter como base matéria diversa das pertencentes ao

²⁶ MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**: garantia suprema da constituição. São Paulo: Atlas, 2000. p. 139.

²⁷ Ibidem, p. 139.

²⁸ MELO FILHO, João Aurino de. **Modelos de controle de constitucionalidade no direito comparado**: influências no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1753, 19 abr. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11158>>. Acesso em: 15 out. 2013.

domínio da lei, que tenha entrado em vigor após a Constituição, podendo ser modificado por decreto se o Conselho Constitucional aferisse o caráter infringente consoante consta na Constituição de 1958, iniciando assim a ideia do controle de constitucionalidade repressivo.²⁹

Outrossim, conforme leciona o ministro Gilmar Mendes, ante a previsão do controle jurisdicional preventivo da França, ocorreu a modernização das técnicas de controle francesas, quando, em 2008, foi adicionado artigo 61.1 à Constituição de 1958, autorizando o Conselho Constitucional a usar o sistema repressivo de controle de constitucionalidade.³⁰

Nessa linha, de acordo com o mesmo autor, o art. 61.1 da Constituição francesa explicita claramente o entendimento sobre o atual sistema repressivo de controle de constitucionalidade francês, *in verbis*:

Quando, num processo pendente num tribunal, for alegado que uma disposição legislativa atenta contra os direitos e liberdades garantidos pela Constituição, pode essa questão ser submetida ao Conseil constitutionnel, através de um reenvio do Conseil d'État ou da Cour de cassation, que se pronuncia dentro de um prazo determinado.³¹

Desse modo, percebe-se, ante os ensinamentos mencionados, que o modelo de controle de constitucionalidade francês por meio do Conselho Constitucional atualmente possui dupla função: preventiva, operando antes da promulgação da norma, assim como, quando uma disposição legislativa pertencente ao ordenamento jurídico ofenda os direitos e liberdades Garantidos pela Constituição, pode sofrer o controle repressivo.

1.6 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CANADENSE

O Canadá, até metade do século XX, possuía uma estrutura jurídica pertencente ao sistema *common law*. Mas esse modelo foi perdendo força até que,

²⁹ MORAES, Alexandre de, **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**: garantia suprema da constituição. São Paulo: Atlas, 2000, p. 146.

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira et al. Curso de direito constitucional. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1163.

³¹ MACHADO, Henrique Pandim Barbosa. Weak form of judicial review: apontamentos sobre o controle de constitucionalidade no Canadá, Nova Zelândia, Israel e Inglaterra. 2012. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_3/2-Artigo36_Revista24OKeletronica_Layout%201.pdf>. Acesso em 19 nov. 2013.

em 1982, surge a Carta Canadense de Direitos e Liberdades, na qual ocorreu a primeira experiência do modelo dialógico de jurisdição constitucional, advinda da Constituição de 1982.

Nos dizeres de Paulo Gustavo Gonet Branco:

Por ela, o Parlamento Federal e também o legislador local, conforme seja a fonte da lei, podem declarar que o ato normativo será eficaz, não obstante a colisão com um preceito da Carta. Dessa forma, mesmo que os Tribunais proclamem a inconstitucionalidade da lei, a Casa Legislativa que a promulgou pode-se valer da “cláusula do não obstante” e tornar superada a decisão judicial. A cláusula tem validade restrita no tempo, prolongando-se por cinco anos. Ao término do prazo, a cláusula deixa de valer e o ato legislativo judicialmente censurado deixa de operar, salvo se o Parlamento a reiterar expressamente por outro quinquênio.³²

Na Carta canadense, busca-se o equilíbrio entre os poderes do Legislativo e do Judiciário, consubstanciado em duas cláusulas: o “*overriding*” e a cláusula do “*notwithstanding*”. A primeira cláusula se refere à possibilidade do legislativo de alterar o conteúdo dos direitos fundamentais, com o argumento de que essa intervenção ocorra com uma justificativa aceitável dentro de um limite.

No tocante à segunda cláusula, a cláusula do “*notwithstanding*” introduz um lapso temporal de cinco anos para que o legislativo reedite uma norma declarada inconstitucional, define também que poderá ser recorrido à mencionada cláusula, no momento de aprovação da lei ou após uma sentença de inconstitucionalidade. Nesse contexto, o *Bill of Rights* canadense fundamentou seu controle fraco de constitucionalidade em alguns mecanismos que permitem ao legislativo participar do controle de constitucionalidade.

Ainda, no tocante à cláusula “*não obstante*” do modelo canadense, apesar de que uma única vez foi usada, leciona Marcelo Casseb Continento:

A *notwithstanding clause* (*non-obstante* ou *override clause*) ou, simplesmente “cláusula não obstante” é fruto de uma tentativa de conciliar as restrições inerentes a uma ordem jurídica constitucional com os pilares do estado democrático de direito. Alguns autores apontam-na como instituidora de um sistema de controle de constitucionalidade “fraco” (*weak-form of judicial review*).

³² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Experiências no controle de constitucionalidade: o diálogo institucional canadense e a Constituição brasileira de 1937**. 2010. Disponível em: <http://www.issuu.com/esmpgo/docs/2-artigo36_revista24okeletronica_layout_1/8>. Acesso em: 15 set. 2014.

Malgrado suscitasse grande controvérsia quanto à sua natureza, finalidade e eficácia, a cláusula não obstante tem suas raízes ligadas à tentativa de resgatar-se a importância do Parlamento no arcabouço institucional democrático, sem, no entanto, ignorar ou desconsiderar os direitos fundamentais assegurados.

Todavia se viu, nela, um mecanismo de balanceamento entre a Corte e o Parlamento. No entanto, o argumento predominante, defendido pelo Primeiro Ministro do Canadá, sustentava que – embora a cláusula não obstante pudesse ser objeto de abuso – ela poderia assegurar ao Poder Legislativo a *última palavra*. Em sua complementação, pronunciou-se o Ministro de Justiça do Canadá, para afirmar representar ela uma válvula de segurança que dificilmente seria utilizada, salvo para assegurar a *última palavra* ao legislador, nas questões de políticas públicas de extrema relevância. Permitiria, portanto, a *notwithstanding clause* que a decisão judicial não prevalecesse sobre a política, que teria amplo respaldo popular. Eis, portanto, seu objetivo fundamental.

Nesse ponto, Kent Roach é categórico: embora não seja comumente utilizada no Canadá e o Parlamento federal nunca tenha se valido dela, a *override clause* representa um caminho de diálogo entre cortes e legislativos, que podem usá-la para resolver diferenças intratáveis entre as duas instituições, sinalizando à sociedade o que está sendo feito.

A experiência canadense, desse modo, contribui para a formação de uma cultura jurídico-constitucional em que a *supremacia constitucional* não se confunde com a *supremacia judicial*, ou seja, para a consolidação de uma compreensão institucional segundo a qual todos os Poderes são igualmente submetidos à Constituição, bem como obrigados a respeitá-la e efetivá-las.³³

A Carta foi considerada como fundamental para que o Canadá se desvinculasse da legislação inglesa, incentivado pelo ministro Pierre Trudeau, o qual desejava uma constituição nos moldes do modelo norte-americano. Todavia, devido à tradição de governo parlamentar canadense, os primeiros ministros provinciais se posicionaram contrariamente.

Ressalta-se que a cláusula “não obstante”, pertencente à Seção 33 da Carta canadense, condiciona a suspensão de uma decisão judicial por até cinco anos, podendo ser prorrogada a cada período. Tal contexto, para muitos doutrinadores, será definido como o instituidor de um sistema de controle fraco de constitucionalidade em um Estado Democrático de Direito.

A Seção 33 notabilizou-se por conciliar a soberania parlamentar com o

³³ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **A *Notwithstanding Clause* e a Constituição do Canadá.** 2010/2011 Disponível em: <<http://www.ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/484/310>>. Acesso em: 20 set. 2014.

modelo norte-americano de controle de constitucionalidade, possuindo o parlamento caráter inovador frente ao judiciário.

Nessa solução conciliatória, deve-se destacar que o corpo da Constituição canadense de 1982 se assemelha com a Constituição americana nos seguintes pontos: trata-se de lei suprema, em que qualquer outra lei com ela divergente não deverá prosperar; é uma carta petrificada, de modo que necessita de disposições diferenciadas para a sua modificação no que se refere às Seções 38 a 49 da Carta; é concedido aos tribunais o poder de exercer o *judicial review*.

Entretanto, a Seção 33, e é nesse ponto a solução conciliatória, rejeita exatamente a solução final adotada pelos americanos e confia ao Parlamento o poder de reverter a decisão do poder judiciário. Assim dispõe a Seção 33:

O Parlamento ou a legislatura de uma província poderá promulgar uma lei onde se declare expressamente que a lei ou uma das suas disposições terá vigor independentemente de qualquer disposição incluída no artigo 2 ou nos artigos 7 a 15 da presente Carta.³⁴

Desse modo, restou claro que a soberania parlamentar, na qual o poder do legislativo se sobrepõe ao judiciário, assevera se uma lei vigorará ou não, inaugurando um diálogo entre os dois poderes, judiciário e legislativo, afastando do modelo norte-americano.

Outrossim, ratificando, destaca-se que essa cláusula “não obstante” foi uma única vez utilizada, pois, conforme se pode deduzir, o legislativo simplesmente cumpre com a declaração de inconstitucionalidade feita pelos tribunais.

Por tudo relatado, acerca dos modelos existentes do controle de constitucionalidade nas constituições americana, alemã, austríaca, francesa e canadense, em especial esta, que é a origem do controle fraco de constitucionalidade, a segunda parte do presente trabalho discute a Constituição brasileira, sua origem, as constituições outorgadas de 1824, 1937 e 1967, e a Emenda Constitucional de 1969, e as promulgadas de 1891, 1934, 1946 e 1988, nas quais verificaram a aplicação do controle concentrado, bem como do controle difuso.

³⁴ CANADÁ. **Carta Canadina dos Direitos e Liberdades**. 2010/2011. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/mla/pt/can/pt_can_const.html>. Acesso em: 15 set. 2014.

2 EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL E CONSIDERAÇÕES SOBRE OS MODELOS

2.1 CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A Constituição brasileira de 25 de março de 1824, denominada Constituição do Império no Brasil, não regulamentava nenhum mecanismo semelhante aos modelos atuais de controle de constitucionalidade. Com a influência francesa, atribuía-se ao poder legislativo, como contemplado no art. 15, VIII e IX, “fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las”, bem como “velar na guarda da Constituição e promover o bem geral da nação”.³⁵

Nessa linha, ensina Pimenta Bueno:

Só o poder que faz a lei é o único competente para declarar por via de autoridade ou por disposição geral obrigatória o pensamento, o preceito dela. Só ele e exclusivamente ele é quem tem o direito de interpretar o seu próprio ato, sua própria vista, sua vontade e seus fins. Nenhum outro poder tem o direito de interpretar por igual modo, já porque nenhuma lei lhe deu faculdade, já porque seria absurda a que lhe desse. Primeiramente é visível que nenhum outro poder é o depositário real da vontade e inteligência do legislador. Pela necessidade de aplicar a lei, deve o executor ou juiz, e por estudo pode o jurista, formar sua opinião a respeito da inteligência e vontade; e isso seria certamente irrisório. Depois disso é também óbvio que o poder a quem fosse dada ou usurpasse uma tal faculdade, predominaria desde logo sobre o legislador, inutilizaria ou alteraria como quisesse as atribuições deste ou disposições da lei, e seria o verdadeiro legislador. Basta refletir um pouco para conhecer esta verdade e ver que interpretar a lei por disposição obrigatória, ou por via de autoridade, é não fazer a lei, mas é ainda mais que isso, porque é predominar sobre ela.³⁶

A Constituição de 1891 foi muito inovadora no que tange ao controle de constitucionalidade das leis, consolidando o controle difuso hoje realizado, previsto na Constituição provisória de 1890, permitindo que qualquer juiz ou tribunal pudesse declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo.

Cabe salientar que a própria Constituição provisória de 1890 previa, em seu art. 58, §1º, que haveria recurso para o Supremo Tribunal Federal (STF) das

³⁵ BRASIL. Constituição Política do Imperio do Brazil, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 13 nov. 2013.

³⁶ BUENO, José Antonio Pimenta. **Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império**. Brasília: Senado Federal, 1978, p. 131.

sentenças das Justiças dos Estados em última instância. Assim, a partir da Constituição de 1891 foi reconhecida a competência do Supremo Tribunal Federal, conforme art. 59, § 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 interpretação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis e 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.³⁷

Nessa esteira, após a publicação do Decreto 510, de 22 de junho de 1890, em 11 de outubro do mesmo ano, foi expedido o Decreto n. 848, o qual deu ênfase ao recurso para o STF em matéria de constitucionalidade, especificamente no seu art. 9, parágrafo único, alíneas a, b e c que dizia:

Parágrafo único. Haverá também recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunais e juízes dos Estados:

a) quando a decisão houver sido contrária à validade de um tratado ou convenção, à aplicabilidade de uma lei do Congresso Federal, finalmente à legitimidade do exercício de qualquer autoridade que haja obrado em nome da União, qualquer que seja alcançada;

b) quando a validade de uma lei ou ato de qualquer Estado seja posta em questão como contrário à Constituição, aos tratados e as leis federais e a decisão tinha sido em favor da validade da lei ou do ato;

c) quando a interpretação de um preceito constitucional ou de lei federal, ou de cláusula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contrária, à validade do título, direito e privilégio ou isenção, derivado do preceito ou cláusula.³⁸

Contudo, não foi rápida a aceitação desses preceitos por parte do poder judiciário, nos dizeres de Bandeira de Mello, “isso somente se tornou pacífico após os trabalhos realizados por Ruy Barbosa, ao mostrar, à conclusão, o alcance de seus dispositivos, em reconhecendo essa prerrogativa do Poder Judiciário”.³⁹

³⁷ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em: 13 nov. 2013.

³⁸ BRASIL. Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm>. Acesso em: 13 nov. 2013.

³⁹ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **A teoria das constituições rígidas**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1980, p: 157.

Por conseguinte, em 20 de novembro de 1894, com a Lei n. 221, foi regulamentada a organização da Justiça Federal da República brasileira.

A consequência imediata dessa regulamentação foi a ampliação do controle de constitucionalidade em relação aos juízes e aos tribunais, os quais deveriam examinar a lei antes de aplicá-la, ou seja, caso uma sanção seja contrária à Constituição Federal poderiam aplicá-la ou recusá-la. Assim, deixariam de aplicar leis inconstitucionais aos casos ocorridos.

Em seguida, veio a Constituição Federal de 1934, que foi de fundamental importância para o controle de constitucionalidade. De acordo com os constitucionalistas, mantendo o controle difuso ou incidental, iniciado pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926.

Nos dizeres de José Renato Martins,

a Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926, concedeu claramente a todos os tribunais do país, nacionais e local, competência para decidir sobre a constitucionalidade das leis federais, aplicando-as, ou não, no caso concreto (art. 60, § 1º, alíneas a, b, e c, já com a nova redação). Com isso, aprimorou a redação das normas constitucionais acerca do assunto, instaurando no Brasil, por permissivo legal, o controle difuso de constitucionalidade.⁴⁰

Nesse diapasão, com a Emenda Constitucional de 1926, ocorreram quatro inovações, que provocaram avanços significativos no sistema de controle de constitucionalidade: o Senado passou a ter competência para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”⁴¹; o Procurador-Geral da República começou a ter a competência para provocar a Suprema Corte, para que esta declarasse a inconstitucionalidade da lei, como prevê o art. 12, §§ 1º e 2º:

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

⁴⁰ MARTINS, José Renato. **O controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro**. São Paulo: Editoria Juarez de Oliveira, 2004, p: 72.

⁴¹ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 19 nov. 2013.

§ 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.⁴²

Dessa forma, foi criada a ação direta de inconstitucionalidade, instrumento do controle direto e concentrado, sem alterar o controle difuso de constitucionalidade.

Ademais, outras duas inovações foram responsáveis pelo avanço no sistema de controle: 1) conforme o art. 179 da Constituição “só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público”⁴³; 2) previsto no artigo 133, n. 33, foi criado o mandado de segurança: “Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade”.⁴⁴

O ministro Luís Roberto Barroso ensina que,

com a Constituição de 1934 foi introduzido um caso específico de controle por via principal e concentrado, de competência do Supremo Tribunal Federal: a denominada representação interventiva. A lei que decretasse a intervenção federal por violação de um dos princípios constitucionais de observância obrigatória pelos Estados-membros (os denominados princípios constitucionais *sensíveis*, constantes do art. 7º da Carta Magna) precisava ser previamente submetida à mais alta corte, mediante provocação do Procurador-Geral da República, para que fosse declarada sua constitucionalidade. No tocante ao controle incidental e difuso, a Constituição de 1934 passou a exigir o voto da maioria absoluta dos membros dos tribunais e previu a suspensão pelo Senado Federal da lei ou ato declarado inconstitucional.⁴⁵

A Constituição de 1937 modificou o controle de constitucionalidade no país, alterando o controle difuso de constitucionalidade. Extinguiu a Justiça Federal de Primeira Instância, em seu art. 94, determinou ser proibido ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.

⁴² BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 19 nov. 2013.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p: 85.

Em seu art. 96, parágrafo único, dizia que:

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.⁴⁶

Dessa forma, a nova Constituição menosprezou a competência do judiciário para declarar sem efeito uma decisão, no caso de inconstitucionalidade de uma lei ou um ato.

Como leciona Paulo Bonavides:

A Constituição do Estado-Novo, autoritária e outorgada, inferiorizou a decisão dos tribunais sobre a declaração de inconstitucionalidade ao sujeitar a matéria a um reexame pelo Parlamento. Tal ocorria quando o Presidente da República julgasse a lei 'necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alto monta' (art. 96, parágrafo único). Por dois terços de votos de cada uma das Câmaras, o órgão legislativo poderia invalidar a decisão judiciária, fazendo assim eficaz a lei inconstitucional ('idem').⁴⁷

Por outro lado, com a Constituição Federal de 1946, as mudanças em matéria de constitucionalidade, que tiveram significativos avanços com a Constituição de 1934, voltaram, mas com algumas alterações.

Com base na jurisdição constitucional pelo critério difuso de controle, o art. 101, III, b e c, previa ser competência do Supremo Tribunal Federal julgar em recurso extraordinário questões relativas às decisões de única ou última instância de tribunais ou juízes, quando "se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada"⁴⁸, bem como 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".⁴⁹

A nova Constituição, em seu art. 64, incumbiu ao Senado Federal

⁴⁶ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm>, Acesso em: 19 nov. 2013.

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 297.

⁴⁸ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 19 nov. 2013.

⁴⁹ Ibidem.

“suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.⁵⁰ Consoante mencionado, ratificando, essa competência do senado não foi contemplada na Constituição de 1937.

É importante destacar que, ainda sob a vigência da Constituição de 1946, o controle de constitucionalidade sofreu uma mudança significativa com a Emenda Constitucional 16, de 26 de novembro de 1965, já com o regime militar.

Tal mudança ocorreu com a chamada ação genérica de inconstitucionalidade, prevista no art. 101, I, k, o qual estabelecia que era de competência do Supremo Tribunal Federal processar e julgar “a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”.⁵¹

Segundo o ministro Barroso, “introduzia-se no Brasil, assim, no direito brasileiro mecanismo análogo ao das cortes constitucionais européias: um controle por via principal, mediante ação direta, em fiscalização abstrata e concentrada no Supremo Tribunal Federal”.⁵²

Ressalta-se que o controle difuso não foi alterado. Tanto este como o controle concentrado estavam presentes na Constituição da República, surgindo, então, um sistema misto de controle de constitucionalidade das leis.

Por sua vez, a Constituição outorgada de 24 de janeiro de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, não produziram grandes mudanças sobre o controle de constitucionalidade introduzido no Brasil a partir da Emenda Constitucional nº 16/1965, conservando o controle incidental e o controle principal.

Por derradeiro, Ramos esclarece que:

⁵⁰ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 19 nov. 2013.

⁵¹ BRASIL, Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc16-65.htm>. Acesso em: 19 nov. 2013.

⁵² BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 86.

Omitiu o dispositivo que se referia ao processo de competência originária dos Tribunais de Justiça estaduais, para declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos dos municípios, contrários às Constituições dos estados. No caso de suspensão do ato estadual declarado inconstitucional, como pressuposto de intervenção nos estados, já não compete ao Congresso nem ao Senado apenas, mas ao Presidente da República, conforme os arts. 10, n. VII, e 11, § 2º, se suficiente para restabelecer a normalidade do estado. A declaração de inconstitucionalidade, em tese, alargou-se a todos os atos normativos, exceto os municípios. Compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar originariamente a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, conforme o art. 114, I, *l*.⁵³

Nesse diapasão, a verdadeira consagração de todas as mudanças na evolução do controle de constitucionalidade no Brasil ocorreu com o advento da Constituição da República do Brasil, de 1988, na qual restou amplamente estabelecido os controles de constitucionalidade concentrado e o controle difuso no caso concreto, complementado por leis infraconstitucionais.

2.2 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição brasileira, de 5 de outubro de 1988, traz no seu bojo, na inteligência de seus artigos, o sistema eclético e híbrido de controle de constitucionalidade, o que vinha desde a Constituição de 1937, com início da República Nova, abrangendo tanto o controle difuso (sistema americano) como o controle concentrado (sistema continental europeu), implementado com a EC nº 16/1965.

Todavia, a atual Carta avançou e trouxe significativas inovações, com importâncias práticas, como o art. 103, que elenca os legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade, e a ação declaratória de constitucionalidade, retirando, assim, “o monopólio exercido pelo Procurador-Geral da República em relação à propositura da ação direta de inconstitucionalidade”⁵⁴, o que vinha sendo destacado nas constituições anteriores.

Estabelece a Constituição Federal:

⁵³ RAMOS, Dircêo Torrecilla. Controle de constitucionalidade por via de ação. *apud* SÃO MARTINS, José Renato. **O controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 77.

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 88.

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

- I – o Presidente da República;
- II – a Mesa do Senado Federal;
- III – a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV – a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI – o Procurador-Geral da República;
- VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII – partido político com representação do Congresso Nacional;
- IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.⁵⁵

Ressaltam-se, também, outras mudanças, como a introdução da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prevista no art. 103, §2º da Constituição Federal; a recriação da ação direta de inconstitucionalidade em âmbito estadual, referida como representação de inconstitucionalidade (art. 125, §2º); e a limitação do recurso extraordinário referente a matéria constitucional (art. 102, III).⁵⁶

Assim, restou disposto que compete exercer o controle de constitucionalidade, o concentrado, exclusivamente, ao Supremo Tribunal Federal, e o controle difuso, aos juízes e tribunais, no caso concreto.

2.2.1 Controle de constitucionalidade difuso

Em 1891, o Brasil adotou pela primeira o controle de constitucionalidade difuso, consubstanciado no modelo norte-americano, no qual se permitiu que qualquer juiz ou tribunal pudesse declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo.

Como ensina Velloso, “O controle difuso ocorre quando qualquer juiz ou tribunal tem o poder de, diante do conflito entre o ato normativo e a Constituição,

⁵⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 mar. 2014.

⁵⁶ Ibidem.

deixar de aplicar aquele em benefício desta”.⁵⁷

Portanto, quando o juiz ou o tribunal exerce o controle de constitucionalidade, este será *inter partes*, ou seja, os efeitos da decisão alcançam somente quem for parte no processo, não beneficiando a terceiros a demanda em questão que for declarada inconstitucional.

Como visto, este controle caracteriza-se por ser exercido por qualquer juiz ou tribunal no caso concreto, quando uma das partes, em um determinado processo individual, argui a inconstitucionalidade de uma lei incidentalmente, por via de exceção.

No controle difuso, a declaração de inconstitucionalidade não é o objeto principal da ação. A questão da inconstitucionalidade surge quando uma das partes alega como “causa de pedir” ou como argumento de defesa a incompatibilidade de uma lei ou ato normativo com o texto da Lei Maior.

Assim, explica José Renato Martins:

O controle difuso (ou por via de exceção) caracteriza-se, em suma, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. Logo, posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá solucioná-lo e, para tanto, incidentalmente deverá analisar a constitucionalidade ou não da lei ou ato normativo. A declaração *ex officio* da inconstitucionalidade é necessária para o deslinde do caso concreto, não sendo, pois, objeto principal da ação.⁵⁸

Nesse diapasão, o controle difuso de constitucionalidade, importado do modelo norte americano, pode ser entendido como um marco do estado democrático de direito no Brasil, pois esse controle se caracteriza por ser exercido por qualquer juiz ou tribunal no caso concreto.

2.2.2 Controle de constitucionalidade concentrado

O modelo de controle de constitucionalidade concentrado foi adotado pelo sistema brasileiro, sendo competência do Supremo Tribunal Federal processar e julgar as ações autônomas nas quais se apresenta a controvérsia constitucional, ao

⁵⁷ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Temas de direito público**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 152.

⁵⁸ MARTINS, José Renato. **O controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 87.

contrário do modelo norte-americano (controle difuso), no qual todos os órgãos jurisdicionais exercem essa fiscalização.

Segundo José Renato Martins:

A inconstitucionalidade pode ser fruto de um comportamento positivo do Poder Público que edita, por exemplo, uma lei em desconformidade com a Constituição. Porém, existe a possibilidade da ocorrência de uma inconstitucionalidade não por causa de um comportamento positivo, mas devido a um comportamento omissivo, a uma omissão do poder Público, que se mantém inerte e deixa de editar as regras, em nível legal ou administrativo, que seriam necessárias para se tornarem operantes, completas, exigíveis. Então, fala-se em inconstitucionalidade em decorrência de comportamento positivo e de comportamento negativo. Em outras palavras, inconstitucionalidade por ação e inconstitucionalidade por omissão.⁵⁹

Na Constituição de 1988 são previstas, no art. 103, quatro ações típicas do controle abstrato de constitucionalidade: a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

Assim, a partir da Constituição de 1988, o modelo abstrato/concentrado de controle de constitucionalidade passa a ser predominante no Brasil, principalmente com o reforço da ADI genérica e a criação da ADC - ação declaratória de constitucionalidade - pela Emenda Constitucional 3/1993.

Nas palavras do ministro Gilmar Mendes, “o modelo de controle abstrato de normas recebeu ênfase da Constituição de 1988, uma vez que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal”⁶⁰, tendo a este sido outorgada a competência do processamento e julgamento das ações que possuem as controvérsias constitucionais.

Para o ministro,

a ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de suspender

⁵⁹ MARTINS, José Renato. **O controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004: 98.

⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **O controle de constitucionalidade no Brasil**. 2012. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/portaStfAgenda_pt_br/anexo/Controle_d_e_Constitucionalidade_v__Port1.pdf, Acesso em: 20 set. 2014.

imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, constituem elemento explicativo de tal tendência”.⁶¹

Nesse contexto, percebe-se que o controle abstrato de constitucionalidade tem como guardião a Suprema Corte, a qual atua com independência, respeitando o equilíbrio dos poderes, harmônicos entre si, embora, como adiante demonstrado, a atuação do STF no controle de constitucionalidade passou a ser questionado pelo ativismo judiciário, adentrando na competência de legislar do Congresso Nacional, afrontando a Constituição da República.

Outrossim, ressalta-se que o controle difuso não foi alterado, tanto este como o controle concentrado estão presentes na Constituição, surgindo, então, um sistema misto de controle de constitucionalidade das leis.

2.2.3 Recurso extraordinário e súmula vinculante

Quando existir uma decisão prolatada pelo Poder Judiciário, em última ou única instância, que afronta direta e frontalmente o sistema normativo estabelecido na Constituição, utiliza-se o recurso extraordinário.

Segundo o ministro Gilmar Mendes,

até a entrada em vigor da Constituição de 1988, era o recurso extraordinário — também quanto ao critério de quantidade — o mais importante processo da competência do Supremo Tribunal Federal. Esse remédio excepcional, desenvolvido segundo o modelo do *writ of error* norte-americano, pode ser interposto pela parte vencida, no caso de ofensa direta à Constituição, declaração de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou declaração de constitucionalidade de lei estadual expressamente impugnada em face da Constituição Federal ou quando a decisão recorrida julgar válida lei ou ato de governo local em face da Constituição.⁶²

Nas palavras do mesmo autor,

recentemente, no âmbito da Reforma do Judiciário implementada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, foi realizada mudança significativa no recurso extraordinário, cuja admissão deverá passar pelo crivo da Corte referente à repercussão geral da questão

⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **O controle de constitucionalidade no Brasil**. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/portaStfAgenda_pt_br/anexo/Controle_de_Constitucionalidade_v__Port1.pdf>. Acesso em: 20 set. 2014.

⁶² Ibidem.

constitucional nele versada. A adoção desse novo instituto deverá ressaltar a feição objetiva do recurso extraordinário.⁶³

A repercussão geral é um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal do Brasil.

De acordo com o artigo 102, §3º, da CF/1988,

No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.⁶⁴

Outra mudança advinda com a Emenda Constitucional 45, foi a criação da Súmula Vinculante, que adicionou o artigo 103-A, da CF/1988⁶⁵:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Para o Ministro Gilmar Mendes,

tendo em vista a ampla competência do Supremo Tribunal Federal, essas normas tanto poderão ser federais, como estaduais ou municipais. É possível, porém, que a questão envolva tão-somente interpretação da Constituição e não de seu eventual contraste com outras normas infraconstitucionais. Nesses casos, em geral submetidos ao Tribunal sob alegação de contrariedade direta à Constituição, discute-se a interpretação da Constituição adotada pelos órgãos jurisdicionais.⁶⁶

Importante observar, como determina o §1º do art. 103-A⁶⁷, que o

⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira. **O controle de constitucionalidade no Brasil**. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/portaStfAgenda_pt_br/anexo/Controle_de_Constitucionalidade_v__Port1.pdf>. Acesso em: 20 set. 2014.

⁶⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/control-e-constitucionalidade-processo-deliberacao>>. Acesso em: 16 mar. 2014.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **O controle de constitucionalidade no Brasil**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/portaStfAgenda_pt_br/anexo/Controle_de_Constitucionalidade_v__Port1.pdf>. Acesso em: 20 set. 2014.

⁶⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/control-e-constitucionalidade-processo-deliberacao>>. Acesso em: 16 mar. 2014.

enunciado da

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

Outrossim, estabelece o mesmo artigo, em seu o §2^o⁶⁸, que a aprovação, bem como a revisão e o cancelamento de súmula, poderá ser provocada por aqueles que podem propor ação direta de inconstitucionalidade, sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei.

Por outro lado, em face das razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público, poderá, por decisão de dois terços de seus membros, restringir os efeitos vinculantes da súmula ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de outro momento.

Nesse contexto, observa-se que o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Carta da República, possui instrumentos que permitem zelar permanentemente das contradições e afrontas ao conteúdo constitucional, não cabendo aos outros poderes este papel, embora, a própria Constituição admita emendas constitucionais, objetivando seja feita, por um quórum qualificado, a alteração pelos legisladores, desde que não atinjam as cláusulas pétreas. Assim, o Poder Judiciário, por meio do controle de constitucionalidade, toma decisões que afrontam e usurpam competências dos outros poderes, situação esta entendida como ativismo judicial.

⁶⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/controlado-constitucionalidade-processo-deliberacao>>. Acesso em: 16 mar. 2014.

3 ATIVISMO JUDICIAL E A ANÁLISE DA PEC 33

3.1 O PROTAGONISMO DOS TRIBUNAIS E A JUDICIALIZAÇÃO

Nos estudos dos capítulos anteriores, concluiu-se que a visão e a compreensão do Estado sob a égide da Constituição sofreu uma metamorfose desde a sua origem. Antes, servia como instrumento político dependente tanto para o legislativo, como para o executivo, para, depois, ser compreendida como a lei maior do ordenamento jurídico vigente em um país. Em especial, no que se refere ao controle de constitucionalidade pelo poder judiciário.

Segundo, Abhner Youssif Mota Arabi,

Durante muito tempo, o grande debate em torno das questões concernentes à jurisdição constitucional se deu acerca de quem seria o titular de seu exercício. Tal polêmica é marcada pelo conhecido debate Kelsen x Schmitt, que teve lugar ao final da República de Weimar.⁶⁹

De acordo com Schmitt, o guardião da constituição deveria ser o Executivo, sendo que o controle de constitucionalidade seria exercido por um órgão político com poderes legítimos para decidirem, ao invés de ser exercido por um órgão judicial, sendo neste caso considerado uma extravagância.

Afirma Arabi:

De um modo breve, costuma-se sintetizar tal debate dizendo-se que Schmitt defendia que tal função deveria ser atribuída ao chefe do Executivo, no caso o Presidente do Reich. O controle de constitucionalidade deveria ser feito por um órgão político, dotado de legitimidade e que transmitisse tal legitimidade às suas decisões: judicializar o controle de constitucionalidade seria uma extravagância.⁷⁰

Portanto, o seu posicionamento reflete um total desprezo ao órgão judicial, não se admitindo uma Corte Suprema nas decisões sobre o controle de constitucionalidade, delegando competência para exercer esse controle a um órgão político dominado pelo Chefe do Executivo, que atuaria, evidentemente, de acordo

⁶⁹ ARABI, Abhner Youssif Mora. **A ascensão do judiciário e a tensão institucional**: judicialização, ativismo e a reação do poder legislativo. 2013. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/1434/1222>>. Acesso em: 17 set. 2014.

⁷⁰ Ibidem.

com seus interesses nos casos que tivesse de decidir. Os juízes seriam figuras decorativas em relação à Constituição, haja vista que afrontas a Carta Maior não seriam decididas por eles, mas sim, por órgão com controle absoluto do Presidente do Reich.

Por outro lado, continua o autor,

Já Kelsen, em vias opostas, defendia a tese de que a jurisdição constitucional deveria ser exercida por um corpo judicial, uma corte especializada. Partindo da ideia de que os membros dessa corte deveriam ser independentes, já que não se pode ser juiz em causa própria, defendia o autor que o controle não pode se dar em pilares políticos, devendo ser feito com base em uma análise entre norma e norma, não somente entre fato e norma, como preconizava Schmitt. Mantendo a teoria de uma pirâmide normativa, sendo o seu ápice a *norma fundamental* de onde as normas inferiores devem retirar seu fundamento de validade, far-se-ia necessário, então, a existência de um tribunal constitucional que faria um exame de compatibilidade entre o texto editado e a norma superior, evitando que os poderes eminentemente políticos (Executivo e Legislativo) julguem próprias leis.⁷¹

Observa-se que o posicionamento de Kelsen parte da premissa da força normativa da constituição, devendo ser o controle maior das leis, sob o domínio de um tribunal constitucional constituídos por juízes, evitando-se influências dos outros poderes.

Outrossim, demonstrando a força de um tribunal constitucional, são importantes as palavras de Alfredo Canellas Guilherme da Silva: “Com o término da Segunda Guerra Mundial, a universalização da fiscalização de constitucionalidade dos atos legislativos passou a ser justificada pela desconfiança que nos regimes democráticos nutriu-se da ação do legislador ordinário”.⁷²

A desconfiança sobre o papel do poder legislativo, já na metade do século XX, reforçou o pensamento vigente à época da necessidade de um órgão judicial ter a competência para exercer a guarda das normas constitucionais, com lastro no princípio da dignidade da pessoa humana, podendo declarar a inconstitucionalidade

⁷¹ ARABI, Abhner Youssif Mora. A Ascensão do Judiciário e a Tensão Institucional: Judicilialização, Ativismo e a Reação do Poder Legislativo. 2013. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/1434/1222>>, acessado em 17 de setembro de 2014.

⁷² SILVA, Alfredo Canellas Guilherme da Silva. **Controle de constitucionalidade diálogo e a democracia deliberativa:** caminhos para a legitimação da fiscalização judicial de constitucionalidade e dignificação do poder legislativo. 2010. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1563485>. Acesso em: 17 set. 2014.

das leis.

Assim, afirma o autor,

É inegável que a ampliação incontrolável da propalada competência judicial tem permitido que o órgão de cúpula judicial determine o resultado das eleições; estabeleça regras sobre o casamento de pessoas do mesmo sexo; defina quem pertence ou não a uma nação; promulgue constituição onde não existe, controle as sentenças *inter privatos* dos órgãos judiciais ordinários, bem como finalize diversas questões políticas que deprecariam necessariamente a intervenção democrática direta do povo e/ou de seus representantes, sejam os Congressistas ou o Presidente da República nos países onde este sistema é adotado.⁷³

Por sua vez, segundo os dizeres de Luís Roberto Barroso,

vigorava a centralidade da lei e a supremacia do parlamento. No Estado constitucional de direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica. A partir daí, ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado.⁷⁴

Portanto, surge a supremacia judicial, centrada na Constituição, que realiza a interpretação das normas constitucionais, que são de cumprimento obrigatório, vinculando os demais poderes.

Nessa esteira, as decisões dos juízes passam a ser proferidas nos moldes da Constituição, aplicando e interpretando as suas normas e os seus princípios. No caso do Brasil, além dos juízes, os tribunais exercem a mesma competência, tendo como o guardião maior o Supremo Tribunal Federal.

De acordo com as palavras de Abhner Youssif Mota Arabi,

A discussão quanto à legitimidade dos tribunais constitucionais ganhou força ultimamente, e no exemplo brasileiro se volta principalmente contra o Supremo Tribunal Federal (cúpula do nosso sistema judiciário), devido ao grande número de decisões proferidas por tal corte sobre assuntos não apenas jurídicos, mas de forte caráter político e, muitas vezes, moral; assuntos estes que dividem a

⁷³ SILVA, Alfredo Canellas Guilherme da Silva. **Controle de constitucionalidade diálogo e a democracia deliberativa**: caminhos para a legitimação da fiscalização judicial de constitucionalidade e dignificação do poder legislativo. 2012. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1563485>. Acesso em: 17 set. 2014.

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. **No mundo ideal, direito é imune à política; no real, não**. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-fev-16/mundo-ideal-direito-imune-politica-real-nao-bem-assim>>. Acesso em: 17 set. 2014.

população e que, muitas vezes, contrariam os interesses políticos e sociais da maioria desta.⁷⁵

Para José Ribas Vieira,

É difícil imaginar atualmente alguma questão política, moral, econômica, científica ou ambiental que não possa ser levada à apreciação pelo Supremo Tribunal Federal. Inúmeros fatores corroboram esta percepção do atual funcionamento da complexa relação entre os Poderes de Estado em nosso sistema político-jurídico marcado pela expansão da judicialização da política e das relações sociais.⁷⁶

A judicialização é entendida como o deslocamento de competência das decisões dos poderes executivo e legislativo para os tribunais, proferindo decisões em assuntos que invocam a necessidade de abranger a coletividade, relacionados aos direitos e garantias individuais da sociedade, dos cidadãos.

Ainda, consoante os ensinamentos de José Ribas Vieira,

Com relação ao caso brasileiro, cabe mencionar fatores históricos como a redemocratização do país e a promulgação de um texto constitucional abrangente no tocante à defesa e promoção dos direitos fundamentais, responsável, ainda, pela determinação de inúmeras tarefas positivas dirigidas aos Poderes Executivo e Legislativo no sentido de sua concretização normativa. Ao mesmo tempo, nesse período de redemocratização, grandes expectativas foram depositadas no Poder Judiciário, que passou a ser vislumbrado por muitos como o “guardião das promessas” e o principal responsável pela efetivação da Constituição em um contexto de suspeita e de descrédito em relação aos poderes democraticamente eleitos.

[...] assim, o acesso aos tribunais como última garantia para a obtenção das prestações transformadoras do Estado Social e o aumento da judicialização das relações sociais, transformando cidadãos em clientes de prestações estatais individualizadas.⁷⁷

Nesse sentido, percebe-se que a carência e a morosidade nas decisões a

⁷⁵ ARABI, Abhner Youssif Mora. **A ascensão do judiciário e a tensão institucional**: judicialização, ativismo e a reação do poder legislativo. 2013. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/1434/1222>>. Acesso em: 17 set. 2014. .

⁷⁶ VIEIRA, José Ribas. **O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional**: a judicialização da política e o ativismo judicial. 2013. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:fgvOKiYy3TsJ:https://xa.yimg.com/kq/groups/23516001/1719319890/name/Artigo%2BRevista%2Bversus%2BCCJE%2BUFRJ%2Bvers%25C3%25A3o%2Bdefinitiva%2Bpara%2Bpublica%25C3%25A7%25C3%25A3o.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 17 set. 2014.

⁷⁷ Ibidem.

respeito dos conflitos existentes acerca de direitos fundamentais e garantias individuais, bem como as lacunas nas leis, não regulamentadas pelo legislativo, criaram sobre o cidadão uma indagação sobre a eficiência dos poderes, recaindo no judiciário o dever de agir sobre tais assuntos, fazendo com que avançasse em competências não atribuídas à sua jurisdição; desabrochando em um fenômeno denominado judicialização, ou seja, como relatado, o deslocamento de competência das decisões dos poderes executivo e legislativo para os tribunais.

Nos moldes do pensamento de Luís Roberto Barroso,

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo. A judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais.⁷⁸

Por fim, acerca da judicialização, destacam-se as palavras de Anderson Vichinkeski Teixeira,

Se, por um lado, a crescente judicialização das relações sociais é resultado do aumento de questões políticas que passaram a ser discutidas também em juízo, vemos, por outro lado, a pressão dos diversos processos de globalização culminar na complexização das relações sociais e na necessidade de se recorrer ao Judiciário para a resolução de conflitos que outrora eram resolvidos nas demais esferas da sociedade.

Diante disso, o ativismo judicial nasce em um cenário de alto complexização social e conseqüente fragmentação das tradicionais estruturas "a-jurídicas" (como morais e religiosas, por exemplo) de resolução das controvérsias, de modo que podemos distinguir dois pressupostos fenomenológicos fundamentais ao ativismo judicial: reificação e judicialização; esta em uma perspectiva político-institucional, aquela em uma perspectiva sociológica.⁷⁹

Pode-se afirmar, assim, que, após muitos debates, a posição kelsiana restou vencedora e a jurisdição constitucional é uma garantia para a solidificação do Estado Democrático de Direito, no qual o controle de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público, assim como a obediência aos seus princípios, valores e vontades na sua interpretação pelos juízes e tribunais, formam a base para a

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. **No mundo ideal, direito é imune à política; no real, não**. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-fev-16/mundo-ideal-direito-imune-politica-real-nao-bem-assim>>. Acesso em: 17 set. 2014.

⁷⁹ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002>. Acesso em: 19 set. 2014.

aplicação de suas normas, norteando o ordenamento jurídico do estado constitucional.

Por outro lado, ficou claro que a judicialização advém de situações, que surgem quando o judiciário ocupa uma seara que não é sua, tal qual uma seara política, que é discricionária. É a extensão do judiciário em assuntos para os quais não foi chamado; na verdade demonstra a falência do legislativo, e que o ativismo judicial é uma espécie, da qual a judicialização é o gênero.

3.2 ATIVISMO JUDICIAL

A jurisprudência da Suprema Corte americana, na criação do controle judicial da constitucionalidade das leis federais, pode ser vista como origem da postura ativista do judiciário.

Postura esta concentrada nas reiteradas decisões jurídicas envolvendo temas acerca dos direitos fundamentais, que formaram um rol de jurisprudências consideradas vanguardistas no modelo de controle de constitucionalidade norte americano, surgindo assim o ativismo judicial.

Quanto ao Brasil, leciona Luiz Roberto Barroso,

A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com outros poderes.⁸⁰

A atuação ativa em assuntos de competências de outros poderes provoca hodiernamente críticas por parte de vários doutrinadores, os quais entendem a judicialização e o ativismo judicial como uma invasão indevida aos poderes executivos e legislativos, transformando-se em uma supremacia forçada do poder judiciário. Para esses doutrinadores, trata-se de uma atitude que não reflete o estado democrático de direito.

Sobre o entendimento do que significa a judicialização e o ativismo

⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Ano do STF: judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=3>. Acesso em: 18 set. 2014.

judicial, Luís Roberto Barroso define:

A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política.

Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.⁸¹

Nos termos do mesmo autor,

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas.⁸²

Destaca-se, como mencionado, que acerca do posicionamento sobre postura ativa do poder judiciário dos estudiosos do direito, não existe um consenso entre eles sobre a interferência de maneira regular e significativa nas opções políticas dos demais poderes, pelo poder judiciário, não se entendem sobre o termo ativismo judicial, segundo os dizeres do ministro Luís Roberto Barroso.

Nessa linha, a omissão do legislativo e da administração pública, invoca uma maior participação dos juízes na interpretação e aplicação das normas constitucionais, conforme se observa nas considerações de Anderson Vichinkeski Teixeira, como:

Um juiz ativista, em sentido positivo, atua na busca da proteção dos direitos fundamentais e da garantia da supremacia da Constituição, assumindo uma postura concretizadora quando diante da abstração de princípios constitucionais, como dignidade da pessoa humana, proteção ao menor, assistência aos desamparados, etc. A realização da Constituição passa pela atividade intelectual de interpretar/aplicar conceitos e categorias jurídicas de elevado grau de generalidade e abstração, mesmo que para tanto seja necessário abraçar

⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. **Ano do STF: judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008dez22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=3>. Acesso em: 18 set. 2014.

⁸² Ibidem.

competências institucionais que ordinariamente tocam a outros Poderes. O problema com essa sorte de postura seria estarmos substituindo a vontade do soberano que criou a lei e a Constituição pela vontade do intérprete.

No entanto, a omissão, seja administrativa ou legislativa, do gestor público ou do legislador frente ao dever de dar efetividade à Constituição não pode ser corroborada pela omissão também do Judiciário frente a tal dever. Não se fala aqui em ativismo judicial nocivo, no qual o juiz ultrapassa os limites entre racionalidade jurídica e racionalidade política, valendo-se somente dessa última. Interpretar limitado pela *mens legis* (sentido da lei) e pela *mens legislatoris* (vontade do legislador) não impede que ao juiz seja necessário fazer uma construção hermenêutica para poder solucionar o caso concreto. A norma jurídica conterà, inevitavelmente, um espaço jurídico "vazio" a ser preenchido pelo intérprete/aplicador, isto é, uma situação real que demanda a aplicação da norma, mas esta não prescreve o modo como isto se dará. Mesmo para Kelsen, o mais notório expoente do positivismo jurídico do século XX, a norma jurídica representava uma moldura que deveria ser preenchida durante o processo hermenêutico, pois continha diversos espaços em branco. Falamos aqui em ativismo judicial como atuação contra as omissões dos demais Poderes (...).⁸³

Assim, cristalina está, em face dessa omissão, que os cidadãos não podem ficar sem uma decisão, especialmente quanto aos direitos e garantias individuais, tendo em vista que o legislativo foi omissivo. Assim sendo, o judiciário atua proativamente nos interesses da coletividade, da sociedade e do cidadão.

Nessa atuação do poder judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, sobre a defesa dos direitos e garantias individuais, haja vista que sobre os direitos patrimoniais e disponíveis possa transparecer como uma atuação antidemocrática, entende Abhner Yossif Mota Arabi que,

[...] ao mesmo tempo em que se afirma um dos papéis do Direito (este deve pretender solucionar tais controvérsias, por intermédio da autoridade de princípios que são eles próprios também controversos) surge um problema: colocando fim a tais divergências, e orquestrando os interesses contrastantes em um ambiente de "desacordos" (*disagreements*), o direito acaba por revelar um traço antidemocrático e nada inclusivo: a solução deve ser aceita, quer concorde, quer não: os sujeitos de direito são obrigados a participar de situações que julgam injustas e indesejáveis. Tal característica é compreensível quando se trata de direitos disponíveis e patrimoniais, mas deve ser repensada nas ocasiões em que as soluções propostas acabam por violar direitos e liberdades individuais. Esse traço é notadamente claro no âmbito das cortes constitucionais,

⁸³ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial**: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002>. Acesso em: 19 set. 2014.

onde, por vezes, estas são obrigadas a se posicionar e decidir frente a um conflito de princípios constitucionais afirmativos de direitos individuais e, por conseguinte, emerge novamente questão da legitimidade.⁸⁴

Nesse diapasão, conforme pode se auferir das discussões acerca do assunto, ativismo judicial, é evidente o conflito entre os poderes legislativo e judiciário, vez que entende o legislativo, existir invasão em sua competência, bem como entende o judiciário que há demora e omissão nas decisões importantes que abrangem os interesses da sociedade.

Por sua vez, esse debate a respeito da invasão do judiciário sobre a competência legislativa não pode ser entendida como uma opção política do judiciário, mas sim como um fato decorrente do desenho institucional, e até constitucional, que vigora em vários ordenamentos jurídicos, dentre os quais se encontra o brasileiro.

No caso concreto, ao decidir uma questão, os juízes não podem negar a decisão, quando ocorre a provocação do cidadão, Para Abhner Yossif Mota Arábi, “não há alternativa senão pronunciar-se sobre a controvérsia. Entretanto, o que pode ser uma opção é a conduta do Judiciário ante a esse fato, o que determina a existência ou não de um ativismo judicial”.⁸⁵

Todavia, pode-se perceber dessa contenda entre o judiciário e o legislativo que, em muitas situações, em especial, o STF possui um conduta que provoca certa insegurança, pois decide acerca das controvérsias, quando estas ocupam espaço na mídia, o que com certeza causa confusão a respeito do entendimento do ativismo judicial.

Sobre o protagonismo do poder judiciário no Brasil, demonstrando o ativismo judicial, Abhner Yossif Mota Arabi afirma que

o protagonismo que o Poder Judiciário tem tido atualmente no cenário nacional, sendo bastante ativo por meio de “um modo proativo de interpretar a Constituição [...] além do que o caso concreto existe, criando normas que não passaram pelo escrutínio do legislador”. É o conhecido *ativismo judicial* considerado distinto da

⁸⁴ ARABI, Abhner Youssif Mora. **A ascensão do judiciário e a tensão institucional: judicilização, ativismo e a reação do poder legislativo**. 2013. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/1434/1222>>. Acesso em: 17 set. 2014.

⁸⁵ Ibidem.

judicialização dos conflitos sociais, o qual, prossegue a proposta, estaria gerando um quadro de insegurança jurídica e um cenário, dito prejudicial à democracia, no qual o agigantamento do Judiciário estaria atraindo questões relevantes do Poder Legislativo.⁸⁶

Ante o exposto, no Brasil, é possível entender que o ativismo judicial pode ser visto como uma espécie de judicialização e que emerge dentro da omissão do legislativo, bem como do poder público, não objetivando a falência destes poderes, nem a supremacia do poder judiciário, mas, forçosamente, provoca a atuação e o protagonismo do poder judiciário, haja vista que, quando atua de fato, é obrigado a se posicionar e decidir frente a questões que envolvem princípios constitucionais afirmativos de direitos e liberdades individuais. O ativismo é um fenômeno que deriva da vontade do intérprete proativo, Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, da sua lei maior.

3.3 RESPOSTA AO ATIVISMO JUDICIAL: PEC 33

A separação dos poderes, conforme disposto na inteligência do art. 2º da Carta Magna⁸⁷, consubstanciada no ideal de Montesquieu, dispõe que os poderes são independentes e harmônicos entre si, evitando-se assim invasões de competências entre os poderes judiciário, legislativo e executivo, e constituindo-se como um dever no Estado Democrático de Direito, atuando em perfeita cooperação, sem sobrepor às funções de cada um desses poderes.

Nessa linha, o legislativo levanta uma bandeira contra o ativismo judicial e a judicialização, entendendo que a atuação do poder judiciário em assuntos de sua competência, enfraquece em demasia a sua atuação, propondo, portanto, mecanismos que impeçam a usurpação de suas competências pelo judiciário.

Contudo, é importante frisar que a sociedade brasileira evoluiu, os problemas se multiplicaram, no que tange aos fatores sociais, políticos, econômicos, tudo em conjunto com um texto constitucional promulgado abrangente no tocante à defesa dos direitos e garantias individuais, que clamam por decisões rápidas e

⁸⁶ ARABI, Abhner Youssif Mora. **A ascensão do judiciário e a tensão institucional: judicialização, ativismo e a reação do poder legislativo**. 2013, Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/1434/1222>>. Acesso em: 17 set. 2014.

⁸⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/controlado-constitucionalidade-processo-deliberacao>>. Acesso em: 24 set. 2014.

eficientes na defesa de suas necessidades, provocando a intervenção do Judiciário nas competências destes poderes.

Assim, segundo os últimos acontecimentos sobre várias questões de interesse do cidadão, “na realidade atual brasileira, o que se percebe é um Poder Judiciário fortalecido, consubstanciado em um crescente ativismo judicial, em detrimento de um Legislativo inerte e descrente perante a sociedade”.⁸⁸

Para Cecilia Caballero Lois e Gabriel Lima Marques, a busca de equilíbrio entre as instituições é de fundamental importância, pois todas são responsáveis na tarefa de guardar a Constituição:

Como se sabe, o modelo adotado pelo Brasil, inspirado na forma forte de controle de constitucionalidade praticado nos Estados Unidos, é caracterizado pela autoridade final da decisão do tribunal constitucional na determinação do significado da Constituição e, ainda, pelo caráter impositivo em relação aos outros poderes. Todavia, apesar de ser o mais frequente, este modelo não é o único, uma vez que há também a chamada forma fraca de controle de constitucionalidade, que admite a possibilidade de o legislador estabelecer interpretações distintas daquelas elaboradas nos bancos do poder Judiciário. Ou seja, partindo da premissa de que o poder último não deve residir na jurisdição constitucional, mas nos direitos em si, conforme cunhados pelos legítimos detentores dessa competência: o povo e/ou sua representação, os que advogam o controle fraco de constitucionalidade propõem um reequilíbrio na relação entre os poderes políticos, na medida em que entendem que as celeumas constitucionais devem ser solucionadas por uma atuação conjunta de instituições que dialogam entre si. Afinal, todas são responsáveis pela tarefa de guarda da Constituição, sobretudo no contexto de sociedades pluralistas.⁸⁹

Observa-se, ressaltando, que esse equilíbrio de responsabilidade buscado pelos poderes frente à Constituição, nos últimos anos, vem sofrendo abalos, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal, entendendo-se como guardião da Constituição, quando deseja, vem exercendo um protagonismo na interpretação constitucional, como dito, em face das questões urgentes acerca de direitos e garantias individuais.

⁸⁸ STIGERT, Ludmila et. al. **Considerações acerca da PEC 33/2011 à luz da teoria da separação de poderes**. 2013. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=1352>>. Acesso em: 20 set. 2014.

⁸⁹ LOIS, Cecilia Caballero e MARQUES, Gabriel Lima **PEC 33 aponta para controle fraco de constitucionalidade**. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-27/pec-33-abertura-congresso-controle-fraco-constitucionalidade>>. Acesso em: 20 set. 2014.

De acordo com Virgílio Afonso da Silva, sobre a atuação do STF afirma que:

Às vezes, o Supremo, claramente e sem grande constrangimento, avança na competência do Legislativo. Em outras ocasiões, quando não quer ter o ônus de decidir, diz que não pode fazê-lo porque não quer avançar no campo legislativo. Essa variação estratégica na definição dos limites de sua própria competência é algo que confunde os termos do debate.⁹⁰

Por tudo isso, o legislativo, na sua ótica, restabelecendo a harmonia dos poderes e objetivando conter o avanço do Supremo Tribunal Federal nos assuntos de sua competência, por meio de proposta de emenda constitucional, que vinculará decisões tomadas pela Corte Suprema, procura restabelecer sua competência como um dos poderes constitucionalmente definido.

Nessa linha, mencionam Cecilia Caballero Lois e Gabriel Lima Marques:

A Proposta de Emenda à Constituição 33 de 2011, de autoria do deputado Nazareno Fonteles (PT-PI), aprovada na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, vem gerando grande repercussão e inúmeras discussões sobre o seu conteúdo. De acordo com a justificativa contida na proposta, que, inclusive, já vem sendo apelidada por alguns de “PEC da submissão”, o objetivo da emenda é o de combater o fenômeno da expansão do poder Judiciário que se manifesta sob duas conhecidas vertentes: a da judicialização das relações sociais e a do ativismo judicial.⁹¹

Por outro lado, para se chegar à proposta da Emenda à Constituição nº 33 de 2011, foram utilizadas as seguintes justificativas:

O protagonismo alcançado pelo Poder Judiciário, especialmente dos órgãos de cúpula, é fato notório nos dias atuais. A manifestação desse protagonismo tem ocorrido sob duas vertentes que, embora semelhantes, possuem contornos distintos: a judicialização das relações sociais e o ativismo judicial.

Entendemos a judicialização das relações sociais como um fenômeno decorrente do modelo constitucional adotado no Brasil, visto que dispomos de uma Constituição analítica que interfere no cotidiano das pessoas. Parece-nos, nesse contexto, compreensível que as controvérsias sejam levadas ao Judiciário para a devida solução das questões concretas.

⁹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Professor da USP fala sobre a PEC 33 e embate de poderes**. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/virgilio-afonso-silva-professor-usp-comenta-pec-33-embate-poderes>>. Acesso em: 20 set. 2014.

⁹¹ LOIS, Cecilia Caballero; MARQUES, Gabriel Lima. **PEC 33 aponta para controle fraco de constitucionalidade**. 2013, Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-27/pec-33-abertura-congresso-controle-fraco-constitucionalidade>>. Acesso em: 20 set. 2014.

Além da judicialização, temos a vertente do ativismo judicial. O ativismo denota um comportamento, um modo proativo de interpretar a Constituição por parte dos membros do Poder Judiciário. Adotando essa postura, os magistrados, para o deslinde da controvérsia, vão além do que o caso concreto exige, criando normas que não passaram pelo escrutínio do legislador.

O ativismo judicial tem sido fomentado pelo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que combina aspectos dos sistemas americano e europeu, sendo considerado um dos mais abrangentes do mundo.

[...]

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

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

Há muito o STF deixou de ser um legislador negativo, e passou a ser um legislador positivo. E diga-se, sem legitimidade eleitoral. O certo é que o Supremo vem se tornando um *superlegislativo*.

Uma das causas apontadas para o protagonismo judicial decorre da recente democratização dos pleitos eleitorais. Conforme afirma Alfredo Canellas Guilherme Silva: “*Em termos 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*”.⁹²

Dentre as proposições no texto da PEC, a que mais chama a atenção é a que propõe a alteração do artigo 102, determina a PEC 33:

Artigo 3º. O art. 102 da Constituição Federal de 1988 passará a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos: “Art. 102. § 2º-A - As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produzem imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, e serão encaminhados à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular. §2º-B - A manifestação do Congresso Nacional sobre a decisão judicial a que se refere o §2º-A deverá ocorrer em sessão conjunta, por três quintos de seus membros, no prazo de noventa dias, ao fim do qual, se não concluída a votação, prevalecerá a decisão do Supremo Tribunal Federal, com

⁹² PEC 33/2011. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>>, Acesso em: 20 set. 2014.

efeito vinculante e eficácia contra todos. §2º-C – É vedada, em qualquer hipótese, a suspensão da eficácia de Emenda à Constituição por medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal.⁹³

Entretanto, a PEC 33, considerada apenas admissível pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), não sendo novidade alguma, teve a imediata reação do judiciário, principalmente porque atinge violentamente o controle de constitucionalidade e vincula as decisões do judiciário ao legislativo, impedindo os efeitos vinculantes de suas decisões e enfraquecendo sobremaneira o Estado Democrático de Direito.

Para André Maluf⁹⁴, a questão relativa à inconstitucionalidade material de emendas à Carta Maior, é um tema consensual entre os operadores do direito, haja vista que tal artigo é uma afronta à separação de poderes, a sua harmonia, provocando um vazio nas funções constitucionais do Supremo, no exercício de sua jurisdição.

Nessa esteira, a PEC 33, gerou uma crise entre os poderes, tendo em vista que submeter uma decisão do Supremo Tribunal Federal à deliberação do legislativo é e será motivo para vários embates desses poderes, pois irá produzir o controle fraco de constitucionalidade.

Consoante os dizeres do mesmo autor,

Uma das críticas que a PEC faz a esse ativismo é que a concretização de direitos sociais implica estabelecer prioridades e implementar políticas públicas, tarefas estas que caberiam ao Executivo e ao Legislativo. Tais críticas caem por terra quando analisamos a própria teoria democrática. Se considerarmos que a Constituição resguarda direitos fundamentais, e cabe ao Judiciário a sua guarda, cabe também a ele o dever de concretizá-los, sobretudo quando há inércia do Executivo e do Legislativo. Além disso, o fenômeno ativismo judicial progressista não é exclusivamente do modelo brasileiro.⁹⁵

Por sua vez, segundo menciona o texto de Cecilia Caballero Lois e Gabriel Lima Marques, para os defensores da Emenda e do controle fraco de

⁹³ PEC 33/2011. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>>, Acesso em: 20 set. 2014..

⁹⁴ CHAVES, André Luis Maluf. **PEC nº 33/11**: Conflito institucional e legitimidade democrática. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24953/pec-n-33-11-conflito-institucional-e-legitimidade-democratica>>. Acesso em: 20 set. 2014.

⁹⁵ Ibidem.

constitucionalidade:

O controle fraco de constitucionalidade defendido por autores que se inserem no contexto da Teoria dos Diálogos Institucionais, pode apresentar algumas possibilidades concretas para fazer frente aos problemas decorrentes do alargamento das funções jurisdicionais. Acreditam que o modelo fraco representaria uma forma de divisão mais equilibrada do poder e conseqüentemente uma forma muito mais democrática para a defesa e guarda dos direitos, uma vez que a atribuição do poder de controle de constitucionalidade unicamente ao poder Judiciário é uma questão de escolha política e não uma necessidade lógica decorrente da separação e harmonia entre os poderes ou do princípio democrático.⁹⁶

O controle fraco de constitucionalidade remonta do modelo constitucional preconizado na *Canadian Charter of Rights* de 1982, consoante já estudado, em cuja Seção 33 existe a cláusula “não obstante”, na qual uma decisão judicial pode ser suspensa por até cinco anos, para que o legislativo reedite uma norma declarada inconstitucional, embora, podendo a ser prorrogada a cada período pelo Parlamento.

Em suma, na Carta canadense, busca-se o equilíbrio entre os poderes do Legislativo e do Judiciário.

Desse modo, corroborando com o objetivo da PEC, no Canadá em busca de equilíbrio entre os poderes, todos submetidos à Constituição, o judiciário não busca o protagonismo, mas sim, exercer o papel de um dos atores políticos, dentre outros, não se definindo como único interprete da Constituição, sendo considerada suprema a própria Constituição e não os poderes, conforme se depreende do ensinamento de Marcelo Casseb Continente.⁹⁷

Outrossim, para os defensores da PEC, essa proposta permite que o Congresso Nacional esteja aberto ao controle fraco de constitucionalidade, colocando uma barreira no ativismo judicial, procurando, assim, o parlamento brasileiro recuperar sua competência delegada pela Constituição Federativa do Brasil, promovendo também uma relação de harmonia entre os poderes.

Nesse diapasão, sobre a importância ou não da PEC 33, necessário se faz colacionar os dizeres contidos no texto de Cecilia Caballero Lois e Gabriel Lima

⁹⁶ LOIS, Cecilia Caballero; MARQUES, Gabriel Lima. **PEC 33 aponta para controle fraco de constitucionalidade**. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-27/pec-33-abertura-congresso-controle-fraco-constitucionalidade>>. Acesso em: 20 set. 2014.

⁹⁷ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **A *Notwithstanding Clause* e a Constituição do Canadá**. Disponível em: <<http://www.ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/484/310>>. Acesso em: 20 set. 2014.

Marques, no qual afirmam que, *in verbis*:

Assim, entendemos que, embora muitos aspectos ainda precisem ser discutidos, aprofundados e melhorados já que o projeto também padece de erros de técnica legislativa, a discussão deve caminhar para além de interesses meramente corporativistas e fundamentar-se no que realmente deve orientar esta pauta, o tipo de modelo de controle de constitucionalidade que queremos para o nosso país. Não devendo prosperar a tese de que o modelo fraco é inconstitucional por ferir o princípio democrático ou a separação de poderes, já que pelo contrário confere um grau maior de legitimidade às decisões de natureza constitucional, bem como situa os poderes como corresponsáveis pela guarda da Constituição.⁹⁸

Por último, é deveras importante destacar que, a proposta a Emenda à Constituição 33 de 2011 aguarda a criação da comissão especial para analisar a matéria. Nos termos do regimento interno da Câmara dos Deputados, compete ao presidente da Câmara designar a comissão, no entanto, a norma não determina prazo. Assim, após constituída, a comissão especial deverá discutir, elaborar parecer sobre a matéria e encaminhar para o plenário da Casa. A proposta será submetida a votação em dois turnos na Câmara dos Deputados para, em seguida, ser encaminhada ao Senado Federal.

3.4 O LEGISLATIVO E O CONTROLE FRACO DE CONSTITUCIONALIDADE

Do contexto acima referido, percebe-se que esse capítulo foi dedicado a demonstrar claramente a motivação da Proposta de Emenda à Constituição 33, cujo objetivo na sua ótica é enfrentar a supremacia do poder judiciário, centrada no controle de constitucionalidade, em duas situações; a da judicialização e a do ativismo judicial.

Outrossim, em relação ao Controle de Constitucionalidade, verifica-se que, ao longo da evolução do estudo das constituições, restou cristalino a atribuição de competência às supremas cortes, aos tribunais e aos juízes, em detrimento dos outros poderes, especialmente, em face dos grandes temas enfrentados pela coletividade, direitos e garantias individuais, bem como da latente falta de credibilidade do legislativo em solucionar as controvérsias, em regulamentar as suas leis promulgadas.

⁹⁸ LOIS, Cecilia Caballero; MARQUES, Gabriel Lima. **PEC 33 aponta para controle fraco de constitucionalidade**. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-27/pec-33-abertura-congresso-controle-fraco-constitucionalidade>>. Acesso em: 20 set. 2014.

Ainda, em virtude dos vários obstáculos que existem no poder legislativo e por este não acompanhar a revolução que ocorre nos dias de hoje, a judicialização das relações sociais e o ativismo judicial passaram a demonstrar uma postura firme do judiciário, que se justifica pelos anseios da população, permitindo-lhe exercer democrática e verdadeiramente sua cidadania na solução de seus conflitos.

No caso brasileiro, consoante tratado no Capítulo 2 deste trabalho, o controle de constitucionalidade evoluiu, ora com influência francesa, na qual o legislativo detinha a competência para fazer as leis, bem como interpretá-las, suspendê-las e revogá-las, sendo o verdadeiro guardião da Constituição, ora com influências de outros países, consolidando o controle difuso, em que qualquer juiz ou tribunal pudesse declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo.

Caso alguma lei afrontasse a Constituição, os juízes e os tribunais deixariam de aplicá-la, considerando-a inconstitucional nos casos em questão. Assim, observa-se o surgimento de atribuições ao poder judiciário para exercer a atribuição do controle de constitucionalidade.

Por sua vez, com a Emenda Constitucional de 1926, como grande passo na tentativa de equilíbrio entre os poderes, o Senado passou a ter competência para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”⁹⁹; também, trouxe a novidade de que o Procurador-Geral da República começou a ter a competência para provocar a Suprema Corte, para que esta declarasse a inconstitucionalidade da lei, como um instrumento de controle direto e concentrado.

Como já mencionado, o ministro Luís Roberto Barroso ensina que a Constituição de 1934 introduzia no Brasil um controle de constitucionalidade específico, por via principal e concentrado, sendo competência do Supremo Tribunal Federal a chamada representação interventiva. Assim, caso uma lei federal violasse princípios constitucionais de observância obrigatória seria submetida à alta Corte

⁹⁹ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 19 nov. 2013.

para que fosse declarada sua constitucionalidade.¹⁰⁰

Por conseguinte, em determinado momento da história, com a Constituição de 1937, tida como uma constituição fascista, se adotou um modelo no qual, se o presidente da República entendesse ser de interesse ao bem estar do povo, a decisão dos tribunais sobre a declaração de inconstitucionalidade seria sujeitada a matéria a um reexame pelo Parlamento. O chefe do executivo decidiria quem julgaria a inconstitucionalidade, como defendia Carl Schmitt. A Constituição menosprezou a competência do judiciário para declarar sem efeito uma decisão, no caso de inconstitucionalidade de uma lei ou um ato.

Continuando, nas constituições seguintes foi-se cristalizando na jurisdição o modelo de controle de constitucionalidade concentrado, conforme diz Barroso: “introduzia-se no Brasil, assim, no direito brasileiro mecanismo análogo ao das cortes constitucionais europeias: um controle por via principal, mediante ação direta, em fiscalização abstrata e concentrada no Supremo Tribunal Federal”.¹⁰¹

O modelo de controle de constitucionalidade concentrado, adotado pelo sistema brasileiro, atribui competência ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar as ações autônomas nas quais se apresenta a controvérsia constitucional, ao contrário do modelo norte-americano (controle difuso), no qual todos os órgãos jurisdicionais exercem essa fiscalização.

Por fim, a verdadeira consagração de todas as mudanças na evolução do controle de constitucionalidade no Brasil ocorreu com o advento da Constituição da República do Brasil de 1988, na qual restaram amplamente disponibilizados o controle de constitucionalidade concentrado e o controle difuso no caso concreto, complementado por leis infraconstitucionais.

É importante destacar que o controle difuso permaneceu, tanto este como o controle concentrado, originando-se, assim, um sistema misto de controle de constitucionalidade das leis.

¹⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 85.

¹⁰¹ Ibidem, p. 85.

Nesse diapasão, observa-se que o controle abstrato de constitucionalidade, tem como guardião a Suprema Corte, o qual atua com independência, respeitando o equilíbrio dos poderes, harmônicos entre si, e os juízes e os tribunais decidem sobre o caso concreto no controle difuso. O Poder Judiciário detém constitucionalmente atribuição sobre o controle de constitucionalidade.

Todavia, conforme demonstrado no primeiro capítulo, e em face da atuação do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade adentrar na competência de legislar do Congresso Nacional, o legislativo, afrontando a Constituição da República, por meio da PEC 33, acrescentará outro modelo de controle, o controle fraco de constitucionalidade.

Esse sistema de controle lastreia-se na Carta Canadense de Direitos e Liberdades, de acordo com as palavras de Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁰², "mesmo que os Tribunais proclamem a inconstitucionalidade da lei, a Casa Legislativa que a promulgou pode-se valer da "cláusula do não obstante" e tornar superada a decisão judicial".

Na Carta canadense, busca-se o equilíbrio entre os poderes do legislativo e do judiciário, restando claro que a soberania parlamentar, na qual o poder do legislativo sobrepõe-se ao do judiciário, permite se uma lei vigorará ou não, inaugurando um diálogo entre os dois poderes, judiciário e legislativo, afastando do modelo norte-americano e criando daí um sistema denominado controle fraco de constitucionalidade.

Destaca-se que a cláusula "não obstante", como já aludido no primeiro capítulo, tem validade restrita no tempo, prolongando-se por cinco anos. Ao término do prazo, a cláusula deixa de valer e o ato legislativo judicialmente censurado deixa de operar, salvo se o Parlamento a reiterar expressamente por outro quinquênio.

Nessa esteira, evidencia-se a busca do legislativo para tentar conter o avanço do judiciário em atribuições próprias, questionando o ativismo desse poder, consoante relatado anteriormente, embora esse avanço tenha surgido da

¹⁰² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Experiências no controle de constitucionalidade**: o diálogo institucional canadense e a Constituição brasileira de 1937. Disponível em: <http://www.issuu.com/esmpgo/docs/2-artigo36_revista24okeletronica_layout_1/8>. Acesso em: 15 set. 2014.

necessidade do Supremo Tribunal Federal, no que tange ao controle de constitucionalidade, de enfrentar as questões constitucionais, que atingem a sociedade brasileira. Em especial, no tocante à defesa dos direitos fundamentais e garantias individuais, que clamam por decisões rápidas e eficientes, criando a figura de um legislativo inerte e decadente perante a população.

Conforme demonstrado, em modelos anteriores, o legislativo detinha poderes de controle de constitucionalidade das normas constitucionais, levando então por meio da PEC 33 a grande necessidade de restabelecer o equilíbrio entre os poderes da União, impondo barreiras à atuação da Suprema Corte, a judicialização e o ativismo judicial e, principalmente, de se restabelecer perante a opinião pública.

A Proposta de Emenda à Constituição 33 de 2011, conforme dispõe os seus artigos, em breve resumo, visa alterar a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; impõe que a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produzam imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, impedindo os efeitos vinculantes de suas decisões, devendo ser submetidas ao Congresso Nacional; e condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo.

Nesse sentido, certamente essas alterações acirram o debate entre o judiciário e o legislativo, que tende a ser caloroso, haja vista que a proposta afronta diretamente a Constituição Federal, apesar de a PEC 33, conforme mencionado, ter defensores adeptos do controle fraco de constitucionalidade, como sistema de controle para combater a hegemonia do poder judiciário, criando um controle externo sobre esse poder, e ao mesmo provocando um equilíbrio de forças entre os poderes perante a Constituição.

Para a busca desse objetivo, segundo a justificativa contida na própria PEC, necessário se faz impedir o protagonismo alcançado pelo poder judiciário, especialmente dos órgãos de cúpula, que é fato notório nos dias atuais. Nessa linha, a manifestação desse protagonismo tem ocorrido sob duas vertentes que, embora semelhantes, possuem contornos distintos: a judicialização das relações sociais e o ativismo judicial.

Por derradeiro, feito o estudo sobre o controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, a judicialização, o ativismo judicial e a propositura da PEC 33, permite-se emitir algumas conclusões a respeito desses temas.

A Constituição Federal delegou legitimamente ao Supremo Tribunal Federal competências exclusivas para ser o seu guardião, exercendo o seu protagonismo, especialmente quando se tratar de direitos fundamentais e de liberdades individuais, não violando o seu art. 2º, que dispõe que os poderes são harmônicos e independentes entre si, exercendo o conhecido ativismo judicial.

Consoante relatado, Abhner Yossif Mota Arabi afirma que

o protagonismo que o Poder Judiciário tem tido atualmente no cenário nacional, sendo bastante ativo por meio de “um modo proativo de interpretar a Constituição [...] além do que o caso concreto exige, criando normas que não passaram pelo escrutínio do legislador”. É o conhecido *ativismo judicial* considerado distinto da judicialização dos conflitos sociais, o qual, prossegue a proposta, estaria gerando um quadro de insegurança jurídica e um cenário, dito prejudicial à democracia, no qual o agigantamento do Judiciário estaria atraindo questões relevantes do Poder Legislativo.¹⁰³

Assim, claro está que não se pode discutir acerca da legitimidade do judiciário em pronunciar sobre temas que afrontam a Constituição, temas estes de competência do legislativo, o qual, inerte, não possui uma postura ativa nas questões que envolvem os direitos fundamentais, recaindo essa atitude proativa de legislar para a Suprema Corte.

Ademais, pretender a PEC 33 alterar dispositivos constitucionais, com base em um suposto protagonismo do judiciário, no ativismo judicial, como uma espécie de vingança pela inoperabilidade do legislativo, poderá desaguar em uma crise democrática, na qual a Carta Magna se fundou, com os seus princípios e preceitos, para formar um Estado Democrático de Direito.

Por sua vez, hipoteticamente, se pretender criar um novo modelo de controle, consubstanciado no modelo canadense, um controle fraco de constitucionalidade, provocando uma participação mais ativa do legislativo, será compreendido dentro de sua competência sem afronta a nenhum outro poder.

¹⁰³ ARABI, Abhner Youssif Mora. **A ascensão do judiciário e a tensão institucional**: judicialização, ativismo e a reação do poder legislativo. 2010/2011. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/1434/1222>>. Acesso em: 17 set. 2014

Aliás, esse debate sobre o modelo de constituição mais apropriado em uma democracia, de quem detém o controle de constitucionalidade, já vem sendo travado ao longo da história, como pode ser observado nos capítulos deste trabalho, no estudo dos modelos norte-americano, no austríaco, no alemão, no francês, no canadense, bem como no grande embate entre Kelsen e Carl Schmitt, se o controle de constitucionalidade seria competência de uma corte constitucional ou do chefe do executivo.

Mesmo no Brasil, em todas as constituições outorgadas e promulgadas, esse assunto foi tema de grandes discussões, finalizando-se como um sistema misto, um controle concentrado e um controle difuso.

Para que essas mudanças se manifestem constantemente e se consolidem, é necessária e de fundamental importância a participação de todos os poderes, legislativo, executivo e judiciário, pois o que está acima de tudo é o povo, e todo o poder emana do povo, onde os seus agentes exercem o *múnus* público na defesa do estado democrático de direito.

Entretanto, a separação de poderes é enfatizada pela Carta Maior ao determinar que os Poderes são harmônicos e independentes entre si, caracterizando-se como princípio de organização da República Federativa, submetida a um Estado Democrático de Direito, no qual o legislativo legisla, o judiciário julga e o governo executa, fiscalizando-se entre si, competências estas atribuídas pela própria Constituição, salvo algumas exceções, tais como Ministério Público e o Tribunal de Contas. Assim, se o legislativo delibera e aprova uma lei que afronta a Constituição, o Supremo Tribunal Federal tem a competência de decidir sobre essa questão.

O propósito da PEC 33/2011 é alterar atribuições concedidas ao STF, em especial no julgamento da inconstitucionalidade de uma lei, impondo que – mesmo com nove ministros votando – os parlamentares poderão discordar a decisão da Suprema Corte, tendo poder de veto.

Nessa esteira, cristalino está que ao julgar a constitucionalidade de uma lei, o judiciário teria que se subordinar ao Congresso Nacional. Assim, tal objetivo

fere e muito o § 4 do art. 60 da Constituição Federal¹⁰⁴, haja vista tratar-se de uma cláusula pétrea, pois a separação dos poderes é uma dessas cláusulas.

Desse modo, ao submeter à revisão da decisão pelo Poder Legislativo, o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Carta Magna, perderá o poder atribuído constitucionalmente de fiscalizar a elaboração e aplicação das leis.

Portanto, observa-se que a independência dos Poderes restará comprometida caso a PEC seja aprovada e sancionada, ofendendo o Princípio da Separação dos Poderes.

¹⁰⁴ **Art. 60.** A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) **§ 4º** Não será objeto de emenda tendente a abolir: I- a forma federativa de Estado; II- o voto direito, secreto, universal e periódico; **III- a separação dos Poderes**; IV- os direitos e garantias individuais.

CONCLUSÃO

A necessidade de uma nova postura do judiciário na interpretação e aplicação das leis no controle de constitucionalidade quanto ao protagonismo do Supremo Tribunal Federal, acusado de legislar sobre tais assuntos, adentrando nas competências atribuídas ao legislativo pela Carta Magna, bem como a reação desse poder em criar um novo modelo de controle, controle fraco de constitucionalidade, por meio da PEC 33, é claramente demonstrada no desenvolvimento deste trabalho de monografia.

Inicialmente, objetivando identificar as razões do legislativo para se adotar um novo sistema de controle de constitucionalidade, em semelhança ao modelo canadense, foram analisados aspectos relativos às diversas constituições de vários países, suas cortes supremas, em especial após a Segunda Guerra Mundial, as atuações dos poderes existentes nesses países e os debates de grandes doutrinadores na história a respeito desses temas.

Depois foram percorridos caminhos que possibilitaram entender a evolução da constituição brasileira, suas particularidades, para quem seria atribuída a competência do controle de constitucionalidade, se ao legislativo, ou aos juízes e tribunais no caso concreto, controle difuso, possibilitando mais tarde na delegação de competência ao Supremo Tribunal Federal, controle concentrado, com o debate de vários doutrinadores acerca do assunto, se estariam adentrando em competências atribuídas a outros poderes pela Constituição.

Em seguida, ao analisar cada constituição, verificou-se uma postura proativa do Poder Judiciário, consubstanciando-se o tema desta pesquisa, ou seja, a reação do legislativo, que se sentiu usurpado em suas atribuições. Entretanto, para que fosse possível o entendimento sobre esse assunto, destacou-se o porquê da atuação do Supremo Tribunal Federal, o qual, atendendo aos clamores da sociedade, queixosa de decisões sobre temas de fundamental importância, proferiu decisões definitivas em questões sobre direitos fundamentais e garantias individuais, criando-se todo o enredo objeto deste trabalho.

E, ainda, para ratificar a necessidade dessa bandeira, foram relatadas situações advindas da omissão do legislativo, haja vista que os cidadãos não podem

ficar sem uma decisão, especialmente quanto aos direitos e garantias individuais. Assim, a atuação ativa do judiciário em assuntos de competências de outros poderes provoca os fenômenos denominados judicialização e ativismo judicial, entendidos como uma invasão indevida aos poderes executivos e legislativos, transformando-se em uma supremacia forçada do poder judiciário, afrontando o Estado Democrático de Direito.

Com isso depreendeu-se que, da judicialização das relações sociais e do ativismo judicial nas questões referentes aos direitos fundamentais e liberdades individuais, que abrangem a prestação jurisdicional dos juízes e dos tribunais, foi necessário ao legislativo tentar criar um novo sistema de controle de constitucionalidade, com base no modelo canadense, o controle fraco de constitucionalidade, por meio da propositura da Proposta de Emenda a Constituição 33 de 2011, provocando o grande debate entre o legislativo e o judiciário.

Dessa forma, o legislativo, na sua ótica, busca restabelecer a harmonia dos poderes, ao objetivar conter o avanço do Supremo Tribunal Federal nos assuntos de sua competência, e vinculando as decisões tomadas pela Corte Suprema. Portanto, o legislativo levanta uma bandeira contra o ativismo judicial e a judicialização, entendendo que essa atuação do poder judiciário enfraquece em demasia a sua atuação, propondo, mecanismos que impeçam a usurpação de suas competências pelo judiciário, mas, com isso, pode-se afrontar a Constituição e criar uma crise democrática entre os poderes.

Por último, conclui-se que a aprovação da PEC 33/2011 provocará a subordinação do Poder Judiciário ao Legislativo, ferindo, assim, o preceito da harmonia e independência entre os Poderes, tendo em vista tratar-se de cláusula pétrea, criando uma insegurança jurídica.

REFERÊNCIAS

ARABI, Abhner Youssif Mora. **A ascensão do judiciário e a tensão institucional: judicialização, ativismo e a reação do poder legislativo**. 2013. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/1434/1222>>. Acesso em: 17 set. 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **A teoria das constituições rígidas**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1980, p: 157.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Ano do STF: judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=3>. Acesso em: 18 set. 2014.

_____. **No mundo ideal, direito é imune à política; no real, não**. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-fev-16/mundo-ideal-direito-imune-politica-real-nao-bem-assim>>. Acesso em: 17 set. 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Experiências no controle de constitucionalidade: o diálogo institucional canadense e a Constituição brasileira de 1937**. 2010. Disponível em: <http://www.issuu.com/esmpgo/docs/2-artigo36_revista24okeletronica_layout_1/8>. Acesso em: 15 set. 2014.

BRASIL, Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc16-65.htm>. Acesso em: 19 nov. 2013.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em: 13 nov. 2013.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 19 nov. 2013.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm>, Acesso em: 19 nov. 2013.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 19 nov. 2013.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 mar. 2014.

_____. Constituição Política do Imperio do Brazil, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 13 nov. 2013.

_____. Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm>. Acesso em: 13 nov. 2013.

BUENO, José Antonio Pimenta. **Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império**. Brasília: Senado Federal, 1978.

CANADÁ. Carta Canadiana dos Direitos e Liberdades. 2010/2011. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/mla/pt/can/pt_can_const.html>. Acesso em: 15 set. 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CHAVES, André Luis Maluf. **PEC nº 33/11: Conflito institucional e legitimidade democrática**. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24953/pec-n-33-11-conflito-institucional-e-legitimidade-democratica>>. Acesso em: 20 set. 2014.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **A *Notwithstanding Clause* e a Constituição do Canadá**. 2010/2011. Disponível em: <<http://www.ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/484/310>>. Acesso em: 20 set. 2014.

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

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIMA, Fernando Machado da Silva. **Jurisdição constitucional e controle do poder: é efetiva a constituição brasileira?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

LOIS, Cecilia Caballero e MARQUES, Gabriel Lima **PEC 33 aponta para controle fraco de constitucionalidade**. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-27/pec-33-abertura-congresso-controle-fraco-constitucionalidade>>. Acesso em: 20 set. 2014.

MACHADO, Henrique Pandim Barbosa. Weak form of judicial review: apontamentos sobre o controle de constitucionalidade no Canadá, Nova Zelândia, Israel e

Inglaterra. 2012. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_3/2-Artigo36_Revista24OKeletronica_Layout%201.pdf>.

MARTINS, José Renato. **O controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro**. São Paulo: Editoria Juarez de Oliveira, 2004, p: 72.

MELO FILHO, João Aurino de. **Modelos de controle de constitucionalidade no direito comparado**: influências no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1753, 19 abr. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11158>>. Acesso em: 15 out. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de direito constitucional**/Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. v. **O controle de constitucionalidade no Brasil**. 2012. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/portaStfAgenda_pt_br/anexo/Controle_de_Constitucionalidade_v__Port1.pdf., Acesso em: 20 set. 2014.

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

PEC 33/2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>>, Acesso em: 20 set. 2014.

SÃO MARTINS, José Renato. **O controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

SILVA, Alfredo Canellas Guilherme da Silva. **Controle de constitucionalidade diálogo e a democracia deliberativa**: caminhos para a legitimação da fiscalização judicial de constitucionalidade e dignificação do poder legislativo. 2010. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1563485>. Acesso em: 17 set. 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Professor da USP fala sobre a PEC 33 e embate de poderes**. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/virgilio-afonso-silva-professor-usp-comenta-pec-33-embate-poderes>>. Acesso em: 20 set. 2014.

STIGERT, Ludmila et. al. **Considerações acerca da PEC 33/2011 à luz da teoria da separação de poderes**. 2013. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=1352>>. Acesso em: 20 set. 2014.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial**: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002>. Acesso em: 19 set. 2014.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Temas de direito público**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VIEIRA, José Ribas. **O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial**. 2013. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:fgvOKiYy3TsJ:https://xa.yimg.com/kq/groups/23516001/1719319890/name/Artigo%2BRevista%2BVersus%2BCCJE%2BUFRJ%2BVers%25C3%25A3o%2Bdefinitiva%2Bpara%2Bpublica%25C3%25A7%25C3%25A3o.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 17 set. 2014.