



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**ANA TEREZA MORAIS BRITO OLIVEIRA**

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E ATIVISMO: ANÁLISE  
CRÍTICA DA PEC Nº 33/2011**

Salvador  
2016

**Ana Tereza Morais Brito Oliveira**

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E ATIVISMO: ANÁLISE  
CRÍTICA DA PEC Nº 33/2011**

Monografia apresentada ao curso de graduação em  
Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito  
parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Gabriel Marques

Salvador  
2016

**ANA TEREZA MORAIS BRITO OLIVEIRA**

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E ATIVISMO: ANÁLISE  
CRÍTICA DA PEC Nº 33/2011**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, 05/07/2016

## RESUMO

O presente trabalho analisa as questões jurídicas suscitadas no debate acerca da constitucionalidade da Proposta de Emenda Constitucional n. 33, de 2011, mais precisamente no que diz respeito à idoneidade das novas restrições que esta visa impor ao mecanismo de aprovação das Súmulas Vinculantes e do controle de constitucionalidade. As questões suscitadas dizem respeito à garantia da separação dos poderes, preconizada em cláusula pétrea na Carta Magna, à preservação da democracia e ao exercício da jurisdição constitucional. Neste trabalho, portanto, serão analisados os pontos trazidos pela PEC e suas justificativas, bem como os argumentos jurídicos contrários a sua aprovação, tendo em vista um posicionamento crítico do ponto de vista do fenômeno da judicialização.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional; judicialização; controle de constitucionalidade; súmula vinculante; PEC 33/2011

# SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>2 HISTÓRICO DA PEC Nº 33/2011 .....</b>	<b>9</b>
2.1 PRINCIPAIS PONTOS DA PEC Nº 33/2011 .....	13
2.2 JUSTIFICATIVA DA PEC Nº 33/2011 .....	16
2.3 QUESTIONAMENTOS JUDICIAIS.....	19
<b>2.3.1 Posicionamento quanto a constitucionalidade da PEC nº 33/2011 .....</b>	<b>20</b>
<b>2.3.2 Posicionamento quanto a inconstitucionalidade da PEC nº 33/2011 .....</b>	<b>26</b>
<b>3 ASPECTOS PRINCIPAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DO BRASIL.....</b>	<b>33</b>
3.1 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO DIREITO BRASILEIRO .....	38
<b>3.1.1 Controle de Constitucionalidade difuso.....</b>	<b>41</b>
<b>3.1.2 Controle Concentrado de Constitucionalidade .....</b>	<b>47</b>
3.2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EXERCIDO PELO PODER LEGISLATIVO DE ACORDO COM O ART. 49, V DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	52
3.3 SÚMULA VINCULANTE.....	58
<b>3.3.1 Requisitos e Procedimento para Edição de Enunciado de Súmula Vinculante.....</b>	<b>60</b>
<b>3.3.2 Eficácia de Enunciado de Súmula Vinculante .....</b>	<b>61</b>
<b>3.3.3 Súmula Vinculante e a sua natureza normativa .....</b>	<b>61</b>
3.4 JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS POR MEIO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	<b>ERROR! BOOKMARK NOT DEFINED.</b>
<b>4 ANÁLISE CRÍTICA DA PEC Nº 33/2011 .....</b>	<b>63</b>
4.1 ENFRAQUECIMENTO DO PODER JUDICIÁRIO.....	67
4.2 AUTO REGULAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO.....	73

**5 CONCLUSÃO .....86**

**REFERÊNCIAS.....89**

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade realizar uma análise crítica da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 33 de 2011, o qual prevê a alteração dos dispositivos da Constituição Federal (CF/88) que regulam o modo de atuação do Poder Judiciário no âmbito do seu exercício jurisdicional. Todas as modificações propostas apresentam o intuito de enfraquecer a atuação dos tribunais e juízes nas decisões políticas da sociedade, de modo a transferir tal atribuição ao Poder Legislativo. Desse modo, a polêmica central a que se pretende analisar é quais dos dois poderes seriam mais adequados para realizar o controle de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público.

Desse modo, para viabilizar tal objetivo, o presente trabalho foi iniciado através do estudo do projeto em questão, de modo a apresentar cada dispositivo que pretende ser introduzido, comparando-o com aquele que seria modificado caso haja a sua aprovação.

Além disso, por se tratar de alteração polêmica no que tange ao princípio da separação de poderes, ao longo da tramitação do projeto de emenda à Constituição no Congresso, foram apresentadas por parlamentares algumas manifestações contrárias ao seu conteúdo, o que resultou no voto em separado de dois Deputados no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça, bem como em dois Mandados de Segurança, os quais questionavam a sua constitucionalidade.

Diante de tal divergência, o presente trabalho traçou os principais argumentos suscitados pelos deputados que seriam contra e a favor da PEC nº 33 de 2011. Da referida análise resultou o questionamento filosófico de quem deveria exercer a atividade jurisdicional remetendo ao posicionamento de Jeremy Woldron e Ronald Dworkin, de forma a viabilizar um panorama

Assim, diante de tal análise da PEC nº 33/2011, foi desenvolvido no capítulo seguinte a análise quanto ao funcionamento da jurisdição constitucional brasileira. Não houve, porém, o esgotamento do estudo de todo os institutos do controle de constitucionalidade adotado no ordenamento jurídico, mas tão-somente os pontos principais relevantes para viabilizar a análise crítica das alterações que pretendem ser introduzidas.

Desse modo, foi realizada uma análise quanto a evolução do controle jurisdicional ao longo das constituições adotadas no nosso país, focando sempre na Constituição de 1988, e seu cunho sócia, bem como os aspectos nela previsto que viabiliza o ativismo judicial.

Com a análise do modelo jurisdicional brasileiro, o capítulo 4 tem em vista estabelecer as conclusões quanto a admissibilidade da PEC nº 33/2011, de modo a rebater os pontos principais suscitados no referido projeto. Desse modo, realiza uma análise comparativa quanto a atuação do Poder Legislativo e Judiciário, tanto no âmbito procedimental bem como no que diz respeito ao seu ato discricionário.



## 2 HISTÓRICO DA PEC Nº 33/2011

A Proposta de Emenda Constitucional n. 33 de 2011 (PEC nº 33/2011), subscrita pelo deputado Nazareno Fonteles (PT/SE), tem por escopo a modificação de alguns dispositivos constitucionais que disciplinam o modo de exercício da jurisdição pelo Poder Judiciário, de forma a restringir a sua atuação. O argumento utilizado para justificar esta série de regras que têm em vista inovar a forma como são exercidas as atribuições próprias do Poder Judiciário seria o protagonismo que este poder vem assumindo no contexto político recente. Essas atuações consideradas exorbitantes ocorrem, segundo a presente PEC, por meio da judicialização das relações sociais e do ativismo judicial.

Os defensores da PEC entendem que as alterações pretendidas são necessárias para a restauração da Separação de Poderes prevista na Carta Magna. Neste sentido, está disposto no texto da PEC nº 33/2011 que “em prejuízo da democracia, a hipertrofia do Poder Judiciário vem deslocando boa parte de questões relevantes do Legislativo para o Judiciário”. Neste contexto, continua o texto, o referido projeto tem em vista “resgatar o valor da representação política, da soberania popular e da dignidade da lei aprovada pelos representantes legítimos do povo, ameaçadas pela postura ativista do Judiciário” (PEC nº 33/2011, p. 05).

Por outro lado, há quem veja tal proposta justamente como uma ameaça ao sistema de Separação de Poderes, visto que a sua implementação permitiria o autoritarismo de uma única parte do sistema político brasileiro. Em entrevista ao *Jornal Globo* (2013), publicada logo após a aprovação da PEC nº 33/2011 pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), o Ministro Gilmar Ferreira Mendes afirma que

Na nossa memória constitucional isso evoca coisas tenebrosas. Nós temos precedente na Constituição de 37, chamada de Polaca, em que o presidente da República [...] podia cassar decisões do Supremo e confirmar a constitucionalidade de leis declaradas inconstitucionais. Acredito que não é um bom precedente. (COSTA, 2013)

Muitos autores, inclusive, especulam que a referida proposta seria uma represália diante do papel central que o Poder Judiciário, especialmente o STF, vem tendo nas decisões políticas do Brasil. O Ministro Gilmar Mendes na mesma entrevista

afirma que “em geral, essas reações são marcadas por decepções, frustrações imediatas” (2013). Em entendimento semelhante, o Ministro Marco Aurélio Mello, afirma que a proposta “ressoa, inclusive, como uma retaliação” (2013).

Seria muito pretensioso tentar comprovar tal assertiva, mas indubitavelmente as decisões do Pretório Excelso são umas das razões motivadoras da elaboração da PEC nº 33/2011. No próprio documento de justificação são citadas algumas decisões emblemáticas do protagonismo assumido pelo Poder Judiciário, a saber: a adição de uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar em razão de infidelidade partidária, a extensão do nepotismo ao Poder Executivo e Legislativo, a redução de vagas de vereadores, entre outros (PEC nº33/2011, p. 04). Todas essas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Há de se perceber, por meio dos exemplos citados, que as decisões arroladas como exemplos da manifestação exacerbada do Poder Judiciário têm em comum o fato de terem por efeito a limitação da atuação das outras esferas de poder, em especial o legislativo.

Com vistas a limitar a atuação judiciária considerada exorbitante, a PEC propõe a elevação do quórum mínimo para declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, bem como para aprovação de Súmulas Vinculantes. Além disso, pretende condicionar a produção de efeitos da declaração de inconstitucionalidade de Emenda Constitucional pelo STF à posterior concordância do Congresso Nacional. Dessa forma, caso ocorram entendimentos conflitantes entre as duas esferas de poder, a decisão deverá ser tomada pela população, através de plebiscito.

Também ficaria subordinada à ratificação pelo Congresso Nacional a produção de efeito vinculante pelas Súmulas Vinculantes. Ademais, haveria a vedação da utilização do instituto de medida cautelar em qualquer hipótese diante da análise de inconstitucionalidade de emenda constitucional.

No dia 30 de agosto de 2011, foi apresentado um parecer do Relator da referida proposta na CCJC. O Deputado Esperidião Amin (PP/SC), até então o indicado para exercer essa atribuição, concluiu pela parcial supressão da PEC nº 33/2011. Isso porque, de acordo com relatório (2011, p.03) haveria “manifesta inconstitucionalidade” na parte da proposta que condiciona ao aval do Congresso Nacional decisão do STF sobre a inconstitucionalidade de proposta de emenda à

Constituição. Argumentou, para tanto, que a decisão da Suprema Corte tem natureza judicial, de forma que a intervenção do Poder Legislativo em uma atribuição típica do poder judiciário seria contrária ao princípio de Separação de Poderes. Nas palavras do Deputado:

Finalmente, no que tange ao art. 3º da proposição em epígrafe, no qual se pretende submeter ao Congresso Nacional a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade de proposta de emenda à Constituição, há, na espécie, manifesta inconstitucionalidade, pois a decisão do Excelso Pretório em ação direta de inconstitucionalidade tem natureza estritamente judicial. Desse modo, por significar interferência indevida do Poder Legislativo em atividade típica do Poder Judiciário, o dispositivo citado viola o princípio da separação dos Poderes (AMIN, 2011, p. 03)

O relatório foi encaminhado à CCJC, onde não houve manifestação a respeito sendo apenas reenviado o documento ao deputado Esperidião Amin. Esse, por sua vez, manteve o texto original. Diante de tal situação, a Comissão concluiu pela renúncia tácita da atribuição de Relator da PEC 33/2011, nomeando um substituto, cujo parecer muito se assemelha ao primeiro, diferenciando-se apenas na redação que refere ao dispositivo questionado da proposta.

Dessa forma, restou estabelecido que a proposta que condiciona a decisão do STF acerca da inconstitucionalidade de PEC ao aval do Congresso Nacional corresponde a uma inovação capaz de garantir melhor participação democrática da sociedade na aprovação das leis. Assim o Deputado João Campos conclui pela admissibilidade total da referida emenda, de forma que:

Finalmente, no que tange ao art. 3º da proposição em epígrafe, no qual se pretende submeter ao Congresso Nacional a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade de proposta de emenda à Constituição, há, na espécie, manifesta inovação. Ao valorizar a soberania popular, reforçando o comando constitucional previsto no parágrafo único do art.1º da CF, contribui sobremaneira para o diálogo e a harmonia entre os Poderes Judiciário e Legislativo, bem como preserva a separação dos Poderes. E deixa claro que no caso de conflito entre estes Poderes, a decisão cabe soberanamente ao Povo, através de consulta popular (CAMPOS, 2012, p. 03)

Diante dessa modificação, a CCJC entendeu, por meio da maioria, pela constitucionalidade da PEC nº 33/2011, acompanhando o entendimento do novo Relator. Houve, porém, deputados contrários a tal entendimento, o que resultou nos votos em separado dos Deputados Paes Landim (PTB – PI) e Vieira da Cunha (PDT – RS), os quais serão analisados em momento oportuno no presente trabalho.

Tal situação conduziu a uma Reclamação do Deputado Marcos Rogério (PDT –RO), sob o argumento que a substituição do relator teria sido contrária ao Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Isso porque teria ocorrido a nomeação de outro Deputado como Relator sem, contudo, haver causa que pudesse destituir tal condição do primeiro

Assim consta na Reclamação que:

A despeito de o Relator ter mantido o parecer inalterado, foi registrado no sistema a expressão “Devolvida sem manifestação”, o que, segundo a Secretaria, significaria, enquanto “praxe” da Comissão, manifestação de vontade do deputado de renunciar à relatoria (ROGÉRIO, 2013, p.01).

Assim continua:

O DD. Deputado Esperidião Amin, contudo, declara, publicamente, que a restituição do processado foi “sem alteração” da manifestação tempestivamente por ele apresentada, conforme, aliás, consta, de forma clara e de fácil verificação, no Extrato de Tramitação/Andamento no sistema CâmaraNet. Ou seja, o Deputado João Campos foi designado relator enquanto a matéria já tinha relator designado. O Deputado João Campos apresentou relatoria enquanto havia manifestação válida e anterior do Deputado Esperidião Amin na proposição (ROGÉRIO, 2013, p.01).

Diante de tais fatos alegados, foi requerida a declaração de nulidade de todos os atos realizado após a nomeação do Deputado João Campos como Relator. Isso porque não ocorreu nenhuma das hipóteses de destituição da condição de Relator ao Deputado Esperidião Amin. De acordo com o Regimento Interno da Câmara, só seria possível tal situação no caso de o Relator não apresentar o relatório dentro do prazo previsto ou não comparecer na reunião cuja pauta conste a análise da matéria a ser relatada.

O Presidente da Câmara dos Deputados, porém negou provimento a Reclamação. Desse modo, na decisão proferida, o próprio julgador, Deputado Henrique Eduardo Alves, alegou que o Deputado João Campos teria sido autor de impugnação de substituição, havendo a negação de tal pedido pela Presidência da Casa sob o argumento de “se resguardar a estabilidade do processo legislativo”. Ocorre que o próprio Deputado Espiridião Amin, teria feito aquiescência para ser substituído, havendo uma espécie de renúncia (ALVES, 2013, p. 02).

Além disso, a PEC nº 33/2011 foi objeto de dois Mandados de Segurança (MS), sendo um impetrado pelo Deputado Carlos Sampaio em face da Câmara dos

Deputados e outro pelo Deputado Roberto João Freire contra a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Ambos alegam que a interpretação literal do §4º do art. 60 da CF/88 prevê que a mera “deliberação a proposta” de emenda tendente a abolir, dentre outros direitos, separação de poderes, já teria o condão de afetar direito líquido e certo do parlamentar, de forma que seria cabível o referido remédio constitucional. Ainda não há decisão do STF acerca da matéria<sup>1</sup>.

A tramitação da PEC nº 33/2011, encontra-se hoje suspensa no Congresso Nacional. Isso porque, de acordo com o Regimento Interno da Câmara dos Deputados no art. 202, *caput*, parte final, o Presidente “designará Comissão Especial para o exame do mérito da proposição”. Ocorre que ainda não foi designada a Comissão Especial para tanto. Assim, o referido projeto encontra-se arquivado com fundamento no artigo 105 do referido regimento, desde o dia 31 de janeiro de 2015.

## 2.1 PRINCIPAIS PONTOS DA PEC Nº 33/2011

A PEC nº 33/2011 apresenta três artigos, os quais pretendem modificar os artigos 97, *caput*, 103-A e o §2º do art. 102, da Constituição Federal, a fim de alterar regras que estabelecem a forma de exercício do Poder Judiciário.

O primeiro artigo da proposta estabelece a alteração do artigo 97 da Carta de 1988, cujo texto original estabelece quórum mínimo de maioria absoluta dos membros do Tribunal para que possa ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal<sup>2</sup>. Desse modo, é preciso a aquiescência de 50% mais um, dos membros do Tribunal para que haja efeito vinculante da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. No caso do STF, como é composto por 11 ministros, é preciso a concordância de 6 deles.

---

<sup>1</sup> Desde o dia 09/10/2015 até o momento da presente pesquisa, os autos do Mandado de Segurança 32036 encontram-se conclusos ao Relator Ministro Dias Toffoli. Informação presente no site do STF. Acessado em 10.05.2016: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=32036&classe=MS-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M#>>.

<sup>2</sup> Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

O projeto em análise, propõe a alteração do quórum mínimo que passará a ser de quatro quintos dos membros do tribunal ou do órgão especial. O que corresponde a 80% dos membros do Tribunal ou do Pleno. Desse modo, no caso do STF, seria necessário a aprovação de pelo menos 9 ministros dos 11 que o compõem.

O texto, dessa forma, seria substituído pelo seguinte: “somente pelo voto de quatro quintos de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público”.

O segundo artigo da PEC nº 33/2011 propõe alterar parte relevante do artigo 103-A<sup>3</sup> da CF/88, o qual estabelece, em seu texto original, resultante da Reforma do Judiciário (PEC nº 45/2004), o procedimento para a edição das Súmulas Vinculantes.

Assim, de acordo com a regra atual, a Súmula Vinculante será editada pelo STF através da aprovação de dois terços dos membros do tribunal superior, bem como o seu efeito vinculante passará a vigor a partir de sua publicação no diário oficial.

A PEC nº 33/2011 tem o intuito de alterar o *caput* do referido dispositivo, bem como adicionar um novo inciso. Desse modo, pretende modificar a quórum de aprovação da emenda constitucional que passaria a ser de quatro quintos, bem como estabelece como condição do seu efeito vinculante a posterior aprovação pelo Congresso Nacional:

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

O Congresso Nacional deveria, segundo a referida proposta de emenda, manifestar-se no prazo de 90 dias, havendo a sua aprovação tácita em caso de omissão, como prevê os §4º e 5º do projeto:

§4º O Congresso Nacional terá prazo de noventa dias, para deliberar, em sessão conjunta, por maioria absoluta, sobre o efeito vinculante da súmula,

---

<sup>3</sup> 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.

contados a partir do recebimento do processo, formado pelo enunciado e pelas decisões precedentes.

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

Caso o Congresso Nacional manifeste-se contra a proposta de Súmula Vinculante, esta será editada sob a forma de súmula ordinária do Tribunal, a fim de garantir agilidade nas decisões da referida Corte (PEC nº33/2011, p. 08).

O principal argumento utilizado para legitimar tal alteração, estabelecendo um regramento que dificulta a aprovação das Súmulas Vinculantes pelo STF, é que esse instituto corresponde a uma atividade atípica do Poder Judiciário. Não havendo natureza jurisdicional, a modificação da forma de sua aprovação, não seria considerada violação ao princípio da Separação de Poderes (PEC nº 33/2011, p. 09).

Por fim, o artigo terceiro da PEC nº 33 de 2011, pretende alterar o texto do §2º do artigo 102 da Constituição Federal<sup>4</sup>, de forma que seria substituído por três parágrafos:

§ 2º-A As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declararem 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 decisão judicial a que se refere o §2º-A deverá ocorrer em sessão conjunta, por três quintos de seus membros, no prazo de noventa dias, ao fim do qual, se não concluída a votação, prevalecerá a decisão do Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante e eficácia contra todos.

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

Desse modo, com a alteração do referido dispositivo, haveria não só o condicionamento do efeito vinculante da decisão quanto a inconstitucionalidade de uma Emenda Constitucional ao aval daquele que criou a lei, o Congresso Nacional, mas também daria o poder da “última palavra” à população.

---

<sup>4</sup> § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Ou seja, em havendo controvérsia quanto a constitucionalidade ou não da Emenda Constitucional, caberia ao povo decidir a questão.

Além disso, com a proposta em destaque, seria vedada a suspensão da eficácia de Emenda à Constituição Federal por meio de medida cautelar concedida pelo Supremo Tribunal Federal. Assim estaria vedada a utilização dessa ferramenta da qual a Suprema Corte somente poderia se valer diante de casos excepcionais de urgência, atendidos os requisitos formais previstos na Lei n. 9.868/99<sup>5</sup>.

Essa última proposta é a que traz maiores discussões. Isso porque vem a alterar o procedimento do efeito vinculante da decisão da Suprema Corte quanto a constitucionalidade de uma emenda que venha a alterar a Lei mais importante do país. Em caso de discordância, quem teria a última palavra seria a própria sociedade.

Para os autores do referido projeto, a nova regra reforçaria o regime democrático, permitindo a participação do povo nas decisões políticas mais importantes. Esse estaria legitimado para decidir eventual conflito em razão da soberania da qual este se reveste.

## 2.2 JUSTIFICATIVA DA PEC Nº 33/2011

A proposta de emenda constitucional nº 33/2011, tem como escopo combater “o protagonismo alcançado pelo Poder Judiciário” no contexto político do Brasil atual. Dessa forma, o deputado Nazareno Fonteles, autor do referido projeto, afirma que essa situação é resultante de dois fenômenos: a judicialização das relações sociais e o ativismo judicial (FONTELES, 2011, p. 03).

A judicialização das relações sociais ocorreria em razão do modelo adotado pela Constituição Federal, classificada como analítica. O critério para a identificação de tal aspecto de nossa Lei maior tem como base a sua extensão. Dessa forma, contrapõe-se a nossa Magna Carta àquelas consideradas sintéticas.

---

<sup>5</sup> O artigo 10 da lei n. 9.868/99 prevê que: “salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias”.



Sob uma perspectiva prática, uma constituição sintética seria aquela que estabelece “as regras básicas de organização do Estado e os preceitos referentes aos direitos fundamentais – o núcleo duro das constituições”. A nossa constituição analítica, por sua vez, prevê uma série de regramentos “no afã de constitucionalizar todo o conjunto da vida social” (MENDES, 2008, p. 19).

Assim, diante da vasta extensão normativa acerca de matérias relevantes no âmbito da vida social da população, o Judiciário vem sendo de forma constante chamado a interpretar o texto constitucional a fim de contextualizar com a realidade concreta.

Luís Roberto Barroso, em artigo importante acerca da matéria, chama a judicialização das relações sociais de judicialização da vida. Isso porque, através da promulgação da atual Carta Constitucional, o Poder Judiciário, mais notadamente o STF, vem se fazendo cada vez mais presente na vida dos cidadãos. Isso porque o seu âmbito de atuação não tangencia tão-somente a vida dos juízes e tribunais, mas diz respeito também a setores importantes para toda sociedade, como é o caso da economia e da política (2008, p. 02)

O referido autor aponta, dentre outras causas desse fenômeno<sup>6</sup>, a extensão da Constituição Federal, que seria “desconfiada do legislador”. Desse modo, a Assembleia Constituinte de 2008 “trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária” (Barroso, 2008, p. 04). Assim, a previsão de determinada matéria na Carta Constitucional permite que o Poder Judiciário possa decidir sobre ela no momento em que for provocado.

Na medida que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público - é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial (BARROSO, 2008, p. 04).

Além da judicialização das relações sociais, outro fato apontado como responsável do protagonismo assumido pelo STF, seria o ativismo judicial, que corresponde a um comportamento que vem sendo adotado pelo Poder Judiciário de interpretar a Constituição de forma proativa. “Adotando essa postura, os magistrados,

---

<sup>6</sup> Tais causas serão melhor analisadas no quarto capítulo do presente trabalho.

para o deslinde da controvérsia, vão além do que o caso concreto exige, criando normas que não passaram pelo escrutínio do legislador” (Congresso, p.03).

Há de perceber que ativismo judicial e judicialização da vida social, em que pese, tangenciem um mesmo ponto, visto que diz respeito a esfera de atuação do Poder Judiciário, ambos não se confundem. “Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não tem as mesmas origens. Não são gerados, a rigor pelas mesmas causas imediatas”.

Enquanto que a judicialização das relações sociais resulta de “uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou”, o ativismo judicial “é uma atitude, a escolha de um modelo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance” (BARROSO, 2008, p. 06).

Assim, o ativismo é uma consequência que está ligado ao sistema constitucional que adota a judicialização das relações sociais. Aquele é resultado de situações atípicas no contexto político que acarreta uma atuação mais proativa do Poder Judiciário de forma a intervir nas atribuições das outras esferas de poder<sup>7</sup>.

No Brasil, inúmeros são os exemplos em que o STF vem adotado uma posição mais proativa, de forma a tornar-se um legislador positivo. A justificção da presente proposta afirma que isso se dá em razão do modelo de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, o qual abarca tanto aspectos do sistema americano como o europeu. Dessa forma, nosso sistema de controle torna-se complexo e abrangente, permitindo que o Supremo Tribunal Federal intervenha na esfera do Poder Legislativo no momento das decisões judiciais (FONTELLES, 2011, p.04).

Interessante notar que o Deputado, autor da proposta, não nega a existência de uma crise de credibilidade do Poder Legislativo o que de fato ocasionaria uma atuação mais intervencionista do Poder Judiciário. Ocorre que, entende o congressista, não seria o melhor caminho a intervenção exacerbada dessa esfera de poder. Isso porque “há uma série de medidas de preservação e valorização de competência legislativa do Congresso Nacional que devem ser apreciadas,

---

<sup>7</sup> As causas do ativismo judicial serão melhor analisadas no próximo capítulo, em que será realizado uma análise crítica da PEC nº 33/2011. O presente tópico tem o intuito de apenas traçar as premissas mais relevantes da justificção da referida proposta bem como estabelecer conceitos basilares para o melhor entendimento dos argumentos suscitados pelo Deputado Nazareno Vonteles.

independentemente da aprovação de novas regras eleitorais” (FONTELLES, 2011, p. 04/05).

Com o protagonismo do Poder Judiciário questões relevantes no âmbito da sociedade vêm sendo resolvidas pelos tribunais, carecendo, para tanto de legitimidade democrática. Isso porque, os juízes não são escolhidos pelo povo, devendo tais decisões passarem pelo exame do Congresso Nacional. Dessa forma, o deputado autor do projeto afirma que: “Estamos, de fato, diante de um risco de legitimidade democrática em nosso país” (FONTELES, 2011, p. 5).

Nesse contexto, o Poder Judiciário não garante a execução da vontade da maioria, ao revés, seria um “instrumento adequado e rápido para a conquista e/ou manutenção da hegemonia política perdida ou ameaçada pela voz das urnas”. Dessa forma, a sua atuação desmedida, como um “superlegislativo”, careceria de legitimidade democrática, sendo em verdade uma forma de enfraquecer a vontade popular em detrimento de uma minoria representada por “membros de classes privilegiadas”. (Silva, 2010, p.02)

Assim, o deputado sintetiza o seu entendimento no seguinte raciocínio:

É bastante comum ouvirmos a afirmação de que à Suprema Corte cabe a última palavra sobre a Constituição, ou ainda, a Constituição é o que o Supremo diz que ela é. Na verdade, deve caber ao povo dizer o que é a Constituição (FONTELES, 2011, p.5).

Assim, a proposta em destaque teria o escopo de regatar o “valor da representação política, da soberania popular e da dignidade da lei aprovada pelos representantes do povo, ameaçadas pela postura ativista do Judiciário”. Dessa forma, o objetivo central seria “restabelecer o equilíbrio entre os Poderes”.

### 2.3 QUESTIONAMENTOS JUDICIAIS

Inegável é que a referida proposta de emenda reduz a atuação do Poder Judiciário, submetendo certas decisões sob o crivo do Poder Legislativo. Desse modo, estamos diante de uma disputa política entre dois poderes que devem fazer-se presentes em qualquer Estado democrático.

O questionamento central do presente tópico, diz respeito a constitucionalidade da Proposta de Emenda Constitucional nº 33/2011. Não há dúvida

que seu conteúdo toca o regramento quanto a separação de poderes. O que deve ser analisado, porém, é se seria tal proposta inconstitucional em virtude de suprimir uma das matérias contidas na cláusula pétrea, ou se corresponde apenas a um rearranjo político necessário para combater o ativismo judicial e a judicialização das relações sociais, de forma a resgatar o papel do poder legislativo em detrimento da atuação que os tribunais vem tendo como legislador positivo.

Desse modo, será realizado um estudo acerca do posicionamento do tema em comento pelos deputados e senadores que participaram da votação do referido projeto.

### **2.3.1 Posicionamento quanto a constitucionalidade da PEC nº 33/2011**

Aqueles que defendem a constitucionalidade da PEC nº 33/2011, afirmam que as alterações propostas têm em vista garantir o reequilíbrio da separação dos poderes. Isso porque, como já foi mencionado anteriormente, na apresentação da justificção, vem ocorrendo uma hipertrofia do poder judiciário. Isso está ocorrendo em razão do poder criativo que o Tribunal apresenta nas suas decisões bem como o efeito vinculante que muitas vezes vai além das partes do processo, como é o caso da ADI e a edição de súmulas vinculantes.

Desse modo, a alteração do quórum para declarar a inconstitucionalidade, elevando a maioria qualificada, tem o intuito de garantir maior segurança. “A opinião de apenas seis juízes, por mais cultos que sejam, não pode sobrepor a soberania popular, pois conhecimento não é fator de legitimação popular” (FONTELES, 2011, p. 06).

Com essa mudança, portanto, será necessário a aprovação de 9 dos 11 ministros para declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo do Poder Público, garantindo assim “nítida e clara homogeneidade no entendimento da Suprema Corte” (FONTELES, 2011, p. 06).

Há de afirmar que, tanto o primeiro relator do CCJC, Esperidião Amin, quando o segundo, João Campos, convergiram no entendimento quanto a constitucionalidade da alteração do quórum. A passagem de ambos os relatórios, no

que se referem a proposta do dispositivo em análise, inclusive, são idênticas. Limitaram-se a afirmar que:

Com efeito, no que se refere ao art. 1º da proposição em comento, no qual se pretende alterar o quórum para a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais de maioria absoluta para quatro quintos, nada a objetar, porquanto não se verifica na espécie violação ao princípio da separação dos Poderes (CAMPOS/AMIN, p. 02).

Além disso, afirmam que a Súmula Vinculante, em razão de a origem decorrer da Reforma do Judiciário com a Emenda Constitucional nº 45/2004, deveria ter o seu mecanismo reformulado. Isso porque corresponde a um instituto criado para garantir maior celeridade na decisão do Pretório Excelso. Ocorre que o STF vem desvirtuando, na sua edição, a finalidade pela qual foi criada, utilizando-a como um “cheque em branco”, de forma a assumir papel de legislador positivo. Dessa forma, “cumprir ao Poder Legislativo rever as regras desse importante instrumento de racionalização das decisões judiciais, como forma de preservação de suas competências legislativas” (PEC nº 33/ 2011, p. 08).

Assim, há o entendimento que as Súmulas Vinculantes editadas pelo STF vêm permitindo que o Tribunal exerça o poder de editar normas com efeito vinculante. Tal atribuição, porém, pertence ao Legislativo. Ou seja, a sua utilização está sendo desvirtuada, visto que sua inclusão na Carta Constitucional tinha em vista tão somente garantir uma maior celeridade ao Pretório Excelso, que diante das inúmeras atribuições que lhes são conferidas, acarretava um número exacerbado de trabalho que não poderia ser cumprido com eficiência e celeridade necessária.

No próprio documento de justificção, foram citados dois enunciados da Súmula Vinculante para demonstrar a atuação do STF de forma abusiva. É o caso do enunciado nº 11<sup>8</sup>, que trata do uso das algemas, cuja aprovação teve como fundamento à dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais, bem como os artigos 284 e 292 do CPP, que diz respeito ao “uso restrito da força quando da realização da prisão de uma pessoa” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

---

<sup>8</sup> Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Além disso, faz menção na justificção do enunciado da Súmula Vinculante nº 13<sup>9</sup>, cuja matéria trata da vedação ao nepotismo no Poder Público, aprovada por unanimidade pelo Pretório Excelso. Tal decisão tem como base os princípios do art. 37 da Constituição Federal, de forma que a vedação ao nepotismo não deve encontrar-se adstrito apenas na esfera do Poder Judiciário, mas também do Legislativo e Executivo (RE 579951, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgamento em 20.8.2008, DJe de 24.10.2008).

Completa ainda que a Súmula Vinculante não teria natureza jurisdicional, de forma que a alteração no procedimento de aprovação não violaria a separação de poderes.

Por fim, no que diz respeito a alteração da regra de controle de constitucionalidade de Emenda à Constituição, de forma a permitir a participação do Poder Legislativo bem como da sociedade como o detentor da última palavra em situação de conflito no entendimento entre aquela esfera de poder e o judiciário, o fundamento utilizado seria o art. 52, X da Constituição Federal<sup>10</sup>.

O referido dispositivo permite que o Senado Federal preveja a suspensão de lei ou ato normativo declarada inconstitucional pelo STF em controle difuso de constitucionalidade. Essa previsão faz-se presente desde a Constituição de 1934. Desse modo, corresponde a um “mecanismo concreto de equilíbrio entre Poderes, podendo a Câmara Alta decidir de forma contrária” (FONTELES, 2011, p. 10).

Além disso, afirma que o efeito vinculante da ADI não é previsto constitucionalmente, sendo resultado da jurisprudência do próprio STF, tendo como base a previsão de tal possibilidade ao ADC. Esta ação, por sua vez, possui efeito vinculante em razão de uma alteração posterior da Constituição por meio da Emenda Constitucional nº 3.

---

<sup>9</sup> A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

<sup>10</sup> Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Com isso, o efeito vinculante de decisão do STF em uma ADI poderia ser questionado e modificado, tendo em vista que não decorre da vontade da assembleia constituinte originária, mas sim do entendimento do próprio tribunal que julga as referidas ações. Além disso, a proposta de condicionar o seu efeito vinculante por meio da concordância do Congresso Nacional, seria capaz de garantir a vontade do legislador originário, com base no artigo citado acima quanto a possibilidade de o Senado Federal suspender lei ou ato normativo federal declarado inconstitucional em controle difuso de constitucionalidade.

Desse modo, através da análise dos argumentos suscitados quanto a constitucionalidade da PEC, é possível concluir que estes têm suas bases definidas por meio da crítica acerca do *judicial review* adotado no ordenamento brasileiro, o qual é realizado pelo Poder Judiciário. O ponto central de tal discussão gira em torno da legitimidade dessa esfera de poder ser detentora da última palavra quanto a constitucionalidade de determinado ato ou lei, em razão de sua composição ser de membros não escolhidos pelo povo, de forma que careceria de legitimidade nas suas decisões.

Aqueles que militam pela constitucionalidade do referido projeto, portanto, pretendem por meio de sua aprovação, garantir a mudança de quem teria a atribuição de realizar o controle de constitucionalidade. Assim, entendem que não seria o judiciário o mais indicado para realizar essa atividade a qual, sem dúvida nenhuma, corresponde a exercício de soberania. De acordo com a análise da proposta de emenda e dos argumentos suscitados, fica claro que os que são a favor do projeto entendem que quem deveria exercer o controle de constitucionalidade deveria ser o próprio povo através de seus representantes.

Muito embora não haja de fato uma explícita mudança na titularidade do exercício de tal atribuição, o que se vê é a tentativa de introduzir mecanismos que venham a enfraquecer a atividade judiciária (como pode ser facilmente percebido por meio da alteração do quórum para a provação de súmula vinculante e declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais), ou até mesmo estabelecer barreiras no que tange a eficácia geral de suas decisões (é o caso de condicionar a eficácia geral das súmulas vinculantes, bem como a declaração de inconstitucionalidade de emenda à constituição, ao aval posterior do Congresso Nacional).

Todas essas mudanças têm o intuito de transferir o poder de realizar o controle de constitucionalidade do judiciário para o legislativo. Isso porque maiores barreiras para declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato do Poder Público, dá ao Congresso Nacional maior liberdade de editar normas com menos chance de os Juízes e Tribunais declararem a sua inconstitucionalidade, refletindo também no que concerne a edição das Súmulas Vinculantes, pelo mesmo motivo, visto que tendo menos delas editadas, o Poder Legislativo poderá legislar sem precisar vincular-se a tais enunciados produzidos pelo Superior Tribunal.

Sem dúvida, fica mais evidente essa tentativa quando analisada a última proposta, prevista no art. 3º da PEC nº 33/2011. Isso porque, a redação dos §§ 2º-A, 2º-B e 2º-C explicitamente limita a eficácia da decisão judicial quanto a declaração de inconstitucionalidade de emenda à constituição, submetendo a produção de seus efeitos a concordância posterior do Congresso Nacional.

A transferência da atribuição de realizar o controle de constitucionalidade do Judiciário para o Legislativo encontra embasamento teórico nos argumentos do americano Jeremy Waldron. Ele rebate o modelo adotado nos Estados Unidos, o qual apresenta semelhança no sistema brasileiro, de um Judiciário forte, o qual acaba por intervir nas decisões relevantes da sociedade por meio do *judicial review*.

Desse modo, Waldron

Enuncia que a crítica à revisão judicial baseia-se em dois argumentos centrais: (a) não existe nenhuma razão para supor que os direitos estariam mais bem protegidos pelo exercício do *judicial review* do que por legislaturas democráticas; e (b) apesar dos resultados que o *judicial review* possa gerar, sob o ponto de vista de democracia ele é ilegítimo (GIANNETTI, 2016, p. 139).

Assim, em um contexto de uma sociedade plural, impossível é que não haja controvérsias. A questão central que deve ser discutida, porém, seria quem teria legitimidade para exercer a pacificação desses conflitos. Desse modo, Waldron afirma que não existe motivo para afirmar que o judiciário seria o melhor indicado para decidir que o legislativo. Tanto um quanto outro estariam suscetíveis a falhas.

A escolha pelo Tribunal em vez de pelo Parlamento importaria apenas na substituição de um procedimento democrático de decisão (no Parlamento) por outro procedimento antidemocrático ou mais "elitista" (o da jurisdição constitucional), no qual nada se ganha em termos de garantias de obtenção de um bom resultado, mas se perde em termos de garantia do direito de todos a uma participação igualitária na tomada de decisões políticas (GIANNETTI, 2016, p. 139)



Waldron não nega, porém, a possibilidade de haver o perigo da tirania da maioria em determinados casos. Ocorre que tal situação só seria possível em caso excepcional, quando os votos dos diferentes grupos dentro de uma sociedade “representassem nada mais que interesses particulares” (MENDES, 2008, p. 84).

Ocorre que se entendermos que as questões controvertidas numa sociedade estão sendo discutidas pelos seus membros de boa-fé, não haveria esse perigo de supressão das minorias em razão dos interesses da maioria. Isso porque, o voto não corresponderia a um mero interesse, “mas a uma opinião pessoal sobre uma preocupação comum” (MENDES HUBNER, 2008, p. 84).

Se todas as partes se dirigem à decisão com um espírito público, então as questões nas quais elas discordam não refletirão graus diferentes de preocupação com seus auto-interesses. São diferentes e sinceras visões sobre a decisão correta.

Além disso, afirma que o desacordo corresponde a um fator presente na política, não sendo uma exceção que deva ser suprimida. Desse modo, a discussão feita pela sociedade é essencial para chegar a uma resposta. “Waldron vê na legislação o produto de um complexo processo deliberativo que leva o desacordo a sério e reclama autoridade sem esconder nem disfarçar as divisões e conflitos que circundam sua produção” (MENDES HUBNER, 2008, p. 87).

Waldron tenta estabelecer que o importante na revisão judicial é o procedimento e não a substância, ou seja, o conteúdo da decisão. “Defende que a abordagem mais sincera e correta da revisão judicial é a procedimental. Não há arranjo político que necessariamente produza decisões justas” (MENDES HUBNER, 2008, p. 09).

Isso porque a revisão judicial é um procedimento decisório, de forma que não teria como determinar previamente o conteúdo da decisão, a fim de evitar injustiça. “Juizes, notoriamente, segundo a crítica americana, já erraram em muitos casos. No entanto, a visão dos juizes não pode ser desobedecida por esse motivo” (MENDES HUBNER, 2009. 101)

Desse modo, há de se concluir através da breve análise do pensamento de Jeremy Waldron que ele assume de fato a impossibilidade de controlar o conteúdo da decisão no exercício do controle de constitucionalidade de maneira que sempre se

chegue a um resultado justo. A única garantia que poderá ser dada, quando diante da existência de um conflito de interesses, o qual é inevitável numa sociedade, é que haja um procedimento justo capaz de permitir o tratamento igualitário de cada cidadão. Assim, não teria outro meio mais adequado que aquele que legitime a vontade da maioria diante de divergências políticas.

Tais pensamentos guardam compatibilidade com os argumentos levantados por aqueles que entendem pela constitucionalidade do referido projeto. Há, porém, como foi constatado na introdução do presente capítulo, um grupo significativo que entende pela inconstitucionalidade da PEC nº 33/2011. Dentre outras alegações levantadas, a principal delas seria o problema quanto ao enfraquecimento da eficácia das normas constitucionais. Isso porque, com a introdução das alterações pretendidas, as previsões da Constituição de 1988 restariam comprometidas, visto que, com a prostração do Poder Judiciário, poderiam sofrer mudanças frequentes, bastando para tanto a vontade da maioria. O tópico que segue tem o intuito de descrever e analisar essas e outras considerações suscitadas por aqueles que entendem que a modificação do procedimento da atuação do Poder Judiciário estaria indo de encontro com a nossa Carta Política.

### **2.3.2 Posicionamento quanto a inconstitucionalidade da PEC nº 33/2011**

Se há o entendimento, por parte do autor da PEC nº 33/2011 e da maioria dos deputados componentes da Comissão de Constituição de Justiça, que as modificações propostas iriam garantir um reajuste necessário para a real efetivação da separação dos poderes no Brasil, houve parlamentares que se posicionaram contra a aprovação do referido projeto.

Neste sentido, vale destacar o voto em separado do Deputado Paes Landim, o qual afirmou que a condição do STF como guardião da Constituição corresponde a uma vontade da Assembleia Constituinte de 1988, por meio da previsão do art. 102 da atual Lei Maior. Tal condição foi legitimada por um regime democrático através de deliberação da Assembleia Constituinte.

A Reforma do Judiciário, através da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, estabeleceu apenas mecanismo para permitir uma maior celeridade nas decisões

judiciais. Não houve, portanto, a modificação da base do sistema de controle de constitucionalidade, o qual decorre de fato da vontade do constituinte originário (LANDIM, p. 2, 2013).

Assim, as alterações previstas na PEC são inconstitucionais em razão de ser contrárias a vontade do legislador originário. Isso porque desvirtua o sistema previsto pela Carta Constitucional no momento de sua edição em 1988.

A alteração do quórum para a aprovação de enunciado de Súmula Vinculante e declaração de inconstitucionalidade para 4/5, ou seja, oitenta por cento acarretaria na prática a impossibilidade do funcionamento do Poder Judiciário

Como pode ser analisado por meio da alegação no Mandado de Segurança (MS nº 32036, P. 06):

Sem proibir expressamente a declaração de inconstitucionalidade, o art. 1º da PEC 33/2011 torna o exercício dessa função essencial do Judiciário nacional inviável na prática.

No caso do Supremo Tribunal Federal, a nova regra de quatro quintos fragilizaria o tribunal a tal ponto, que sua própria utilidade se tornaria questionável. É que ocorre, muitas vezes, de haver uma vacância em razão da aposentadoria de um ou mais ministros, ou até em razão de alguns ministros se licenciarem, se declararem impedidos ou se ausentarem. Em situações assim, a composição plena pode cair para 10, 09 ou até 08 ministros. Isso poderia tornar materialmente impossível o exercício da função constitucional de guarda da Constituição pela Suprema Corte.

Além disso, os ministros do STF são nomeados pelo Presidente da República após aprovação pelo plenário do Senado Federal. Ora, se essas duas instituições quisessem proibir o controle de constitucionalidade, bastaria não nomear os ministros e deixar o STF funcionando com menos de 09 membros. Isso tornaria inútil a própria existência do Supremo.

Assim, conclui o Deputado Vieira Cunha, no seu voto em separado (2013, p. 02): “Não se pode, através de emenda constitucional, embaraçar o funcionamento do STF enquanto Corte Constitucional”.

O artigo 97 da Constituição Federal o qual determina o quórum de maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade, não seria um dispositivo que permitiria o ativismo judicial, como vem afirmando aqueles que são a favor da aprovação da PEC nº 33/2011. Ao revés, corresponde a uma forma de limitação da atuação do Poder Judiciário (MS 32036, p. 05, 2013).

Desse modo, verifica-se que tal dispositivo corresponde a uma fonte de embasamento de regras de “*self-restraint*” do Poder Judiciário. É o caso da Súmula

Vinculante nº 107<sup>11</sup> e o Regimento Interno do STF, o qual prevê no § único do art. 143<sup>12</sup>, bem como o *caput* do 173<sup>13</sup>, o quórum mínimo para que ocorra reunião de apreciação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Da mesma maneira é inconstitucional a proposta que tem o intuito de condicionar a aprovação de enunciado de Súmula Vinculante do STF ao aval do Congresso Nacional. Isso porque, muito embora corresponda a um mecanismo resultante do poder constituinte reformador, sua criação se deu em razão da garantia de melhor funcionamento do Poder Judiciário.

Ou seja, a Súmula Vinculante não amplia o seu poder, apenas garante o seu funcionamento de forma mais célere, permitindo segurança jurídica aos administrados. Isso porque através dela é possível viabilizar uma decisão equânime aqueles que vão ao judiciário apresentando situações semelhantes as que já foram julgadas anteriormente pelos tribunais.

Além disso, o Poder Legislativo não estaria vinculado aos Enunciados da Súmula Vinculante, podendo editar norma, desde que não seja contrário ao sistema normativo a ele submetido.

Assim, tal modificação equivaleria tão somente a uma forma de “submeter a própria jurisprudência da Corte ao exame político do Parlamento” (MS 32036, 2013, p. 07),

Ora, a súmula vinculante nada mais é do que um resumo da sua jurisprudência elaborado pelo próprio Supremo. E essa jurisprudência, por sua vez, nada mais é do que uma longa e lenta maturação da interpretação pretoriana de dispositivos legais. Dito de outro modo, a jurisprudência da Corte nunca é “contra a lei”, mas apenas a legítima visão que o Tribunal tem da lei. Assim, a súmula vinculante é um instrumento de reforço das leis e não de menoscabo delas (MS 32036, 2013, p. 07).

Por fim, o último dispositivo da PEC nº 33/2011, a qual foi foco de polêmica quanto as divergências de entendimento do primeiro relator e o seu substituto na

---

<sup>11</sup> Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

<sup>12</sup> Parágrafo único. O quorum para votação de matéria constitucional e para a eleição do Presidente e do Vice-Presidente, dos membros do Conselho Nacional da Magistratura e do Tribunal Superior Eleitoral é de oito Ministros.

<sup>13</sup> Art. 173. Efetuado o julgamento, com o quorum do art. 143, parágrafo único, proclamar-se-á a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade do preceito ou do ato impugnados, se num ou noutro sentido se tiverem manifestado seis Ministros.

CCJC, é considerada inconstitucional em virtude de ser contrário ao princípio da Separação de Poderes.

O MS nº 32.036 vai além desse entendimento para afirmar que tal dispositivo seria contrário a todas cláusulas pétreas.

Ora, permitir que o Congresso Nacional ou a população decidam pelo voto se uma cláusula pétrea pode ou não ser violada por emenda à Constituição é acabar com a existência das cláusulas pétreas. Evidentemente, a existência dessas cláusulas contém proibição implícita de sua própria revogação, caso contrário, seria possível emendar as cláusulas pétreas e torna-las mutáveis (MS 32036, 2013, p. 08).

Há de se afirmar que o controle de constitucionalidade de caráter contramajoritário. Assim, tal mecanismo desvirtuaria esse sistema.

Landim (2013, p. 06), de forma sintética afirma que:

Por fim, qualquer proposta que altere o quórum de votações de qualquer órgão do Poder Judiciário, submetendo e condicionando o efeito de seus atos à aprovação do Legislativo, sem que tal proposta tenha origem em autorização do próprio Poder Judiciário, ainda que sob os argumentos de que tais atos não seriam tipicamente judiciais (caso da súmula vinculante) ou que poderiam se revestir de mais legitimidade caso se submetessem à soberania popular, apenas reduziria o Poder Judiciário a um Poder sem poder.

Através da análise dos argumentos levantados, os quais seriam contrários a alteração proposta, resta notar que momento nenhum, aqueles que alegam a inconstitucionalidade do referido projeto, negam a judicialização das relações sociais ou o ativismo judicial no contexto da política brasileira. Ao revés, não só reconhecem a sua existência, mas também demonstram que se trata de um mecanismo de garantia para salvaguardar o direito da minoria.

Desse modo, vale analisar o pensamento do jurista americano Ronald Dworkin, o qual reconhece a viabilidade de um controle de constitucionalidade exercido pelos juízes, mesmo que estes não tenham legitimidade popular. Argumenta para tanto, que a ação do Poder Judiciário nas decisões que apresentam tamanha relevância na vida política da sociedade, seria uma forma de contrabalancear um sistema essencialmente democrático, cujas matérias principais, em geral, são discutidas pelos representantes do povo. Isso porque um Estado em que certas questões sejam deliberadas pela maioria, tem o perigo de acarretar abusos contra as minorias.

Desse modo, há de concluir, de acordo com o entendimento do referido jurista que o exercício de juízes bem-intencionados, ao proferir uma decisão contramajoritária, desde que baseada em bons argumento e tendo como pano de fundo os princípios previstos na Constituição, seria não só legítimo, mas essencial para que haja um Estado democrático.

Conrado Humbner Mendes, em importante estudo sobre o tema, afirma que Ronald Dworkin “sustenta que juízes podem legitimamente anular uma decisão política tomada pela maioria legislativa não apenas sem causar danos à democracia, mas, ao contrário, aperfeiçoando-a” (MENDES HUBNER, 2008, p. 33).

Para fundamentar tal entendimento, Dworkin discute o conceito de democracia, desconstruindo a ideia simplista de que seria aquela forma de governo em que todas as decisões deveriam ser deliberadas pela maioria. Desse modo, como será analisado no próximo capítulo, com mais profundidade, o regime democrático consiste naquele em que as instituições são legitimadas pela maioria através do sentimento que cada indivíduo teria de pertencer ao grupo. Desse modo, é possível haver instituições, dentro do corpo de organização do Estado, que podem proferir decisões contramajoritárias.

Essas decisões contramajoritárias seriam tomadas por um órgão legitimado pelo regime democráticos, em situações peculiares, a fim de garantir melhor proteção ao *status* dos cidadãos (MENDES HUBNER, 2008, p. 53). Desse modo, seriam decisões que teriam o intuito de permitir que todo cidadão seja tratado por igual consideração e respeito, independente de qual grupo possa pertencer dentro da sociedade.

Ao Poder Judiciária caberia proferir essas decisões contramajoritárias, visto que apresentaria um corpo técnico de juízes que não estariam submetidos a vontade da maioria, visto que não são escolhidos pelo povo. Ocorre que, o fato de não ter sua legitimidade validada por meio da vontade popular, os juízes não teriam total liberdade de proferir suas decisões, devendo estar baseado, para tanto, em argumento de princípio.

O Poder Legislativo e Executivo seriam aqueles que deveriam proferir decisões de acordo com o interesse de seus eleitores, mas não só isso. Não poderiam extrapolar no seu exercício político, os limites legais, de forma que se baseariam em

alguns momentos em argumentos de princípios e em outros, na maioria deles, em argumentos de política.

Desta forma, ao contrário do que é sustentado por aqueles que entendem pela legitimidade da PEC 33/2011, o juiz ao proferir uma decisão, ainda que contramajoritária, estaria se baseando em argumento de princípio, o qual justifica “a decisão política mostrando que esse respeita um direito moral do indivíduo”. Contrapondo-se ao argumento de política que só poderá ser utilizado pelo legislador, baseando-se apenas na perseguição de um objetivo coletivo MENDES HUBNER, 2008, p. 36)<sup>14</sup>.

O argumento de princípio teria respaldo no texto constitucional, a qual apresentaria em seu conteúdo uma abstração que abriria espaço para entendimentos controversos<sup>15</sup>. É estrutura, em que há previsão de inúmeros princípios, que submete juízes “a um controle mais transparente e efetivo: devem justificar suas decisões por meio de argumentos de princípios que possam ser criticados pela comunidade jurídica e pela opinião pública” (MENDES HUBNER, 2008, p.42).

O ponto crucial de Dworkin é a crítica de qualquer método de interpretação pré-estabelecido ao juiz, que, ao invés de garantir segurança a sociedade, estabelece maior poder ao magistrado. Isso porque, o conteúdo da decisão estaria protegido pela estrutura rígida do método. Decisões baseadas em argumentos com fundamento em princípios jurídicos (os únicos limitadores do poder dos juízes) abriria espaço para que esse fosse constantemente discutido, de forma que, sendo um mau argumento, acabaria por ser insustentável pelas críticas.

Juízes devem ser avaliados por critérios intelectuais. Devem elaborar os melhores argumentos que puderem. O teste de transparência e sinceridade impõe que decidam apenas com base em argumentos que sustentariam em público.

Desse modo:

Quando juízes ultrapassam decisões políticas já tomadas, desde que fundamentados em argumentos de princípio, não estaria legislando. O argumento de princípio triunfa sobre decisões majoritárias, pois tem por fundamento um direito moral. Esse é intangível, inatacável, insubmisso a

---

<sup>14</sup> Vale ressaltar que o legislador não está adstrito ao argumento de política (*policy*), mas também poderá valer-se do argumento de princípios.

<sup>15</sup> Muito embora Ronald Dworkin afirme que os textos abertos da Constituição permite interpretações múltiplas de seu conteúdo, é por meio dessa estrutura que será possível uma melhor controle das decisões judiciais.

decisões da maioria. Levar direitos a sério exige tê-los como trunfos (right as trumps) perante a maioria. Um trunfo, nesta concepção, não se permuta, não se negocia nem se barganha, mas se respeita (MENDES HUBNER, 2008, p. 37)

Assim, o juiz, uma vez baseando-se nos princípios previstos na Constituição, mesmo que tenha no conteúdo de sua decisão caráter contramajoritário, não estaria usurpando a função do legislativo. Isso porque, decisões de princípio não dependem do tipo de legitimação subjacente à decisão majoritária” (MENDES HUBNER, 2008, p. 38).

Defender uma comunidade governada por princípios, que não toma decisões apenas com base em argumentos de policy e de bem-estar coletivo, mas antes pensa no indivíduo como membro moral, merecedor de igual consideração e respeito, é a ambição da teoria jurídica de Dworkin (MENDES HUBNER, 2008, p. 39)

Neste sentido, o judiciário tem legitimidade de atuar no controle de constitucionalidade, de forma a garantir a execução das leis.

O Tribunal, ao praticar a revisão judicial da legislação, dará a necessária proteção da minoria contra a maioria (qualificada por vezes, como tirânica”), a ser feita por um órgão imparcial, distanciado das causas políticas e preparado tecnicamente para tal função (GIANNETTI. 2016, p. 130).

A PEC 33/2011 engessa a atuação do Poder Judiciário, isso porque estabelece regras que retira sua atribuição como ente que interpreta as leis e aplica o direito tendo como base a Constituição Federal. Desse modo, enfraquece o texto de nossa Carta Constitucional, permitindo que ela seja constantemente modificada sob a vontade cambiante da maioria, sem haver a segurança do bom argumento e o respaldo dos princípios constitucionais garantidores dos direitos individuais na democracia.



### 3 ASPECTOS PRINCIPAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DO BRASIL

O controle de constitucionalidade corresponde a um mecanismo desenvolvido durante a ascensão do Estado Moderno com o intuito de garantir que a lei fundamental seja respeitada.

A Constituição é uma conquista da modernidade. Proporcionou uma forma de desacelerar a política e imprimir-lhe um tempo diferenciado, um itinerário decisório mais cadenciado que consiga preservar direitos individuais. O controle de constitucionalidade surgiu como um possível mecanismo para assegurar a supremacia da Constituição (MENDES, 2008, p. 148)

Luís Roberto Barroso (2009B, p. 01) afirma que duas são as razões da necessidade de existência de um controle de constitucionalidade: a supremacia e rigidez constitucionais. A supremacia constitucional revela-se através da determinação de que o seu conteúdo seja “o fundamento de validade de todas as demais normas”. Assim, nenhum ato jurídico pode ser considerado como válido se for contrário a constituição.

Um dos fundamentos do controle de constitucionalidade é a proteção dos direitos fundamentais, inclusive e sobretudo os das minorias, em face de maiorias parlamentares eventuais. Seu pressuposto é a existência de valores materiais compartilhados pela sociedade que devem ser preservados das injunções estritamente políticas (BARROSO, 2009B, p. 02)

A rigidez constitucional representa instituto importante, tendo em vista que, com um requisito mais elaborado para estabelecer emendas à constituição, quando comparado a aprovação das leis infraconstitucionais, será possível estabelecer um parâmetro para se declarar a constitucionalidade de um ato<sup>16</sup>.

Tanto o judiciário, quanto o legislativo e o executivo, realizam o controle de constitucionalidade, muito embora cada um o exerça através de formas e momentos distintos. No sentido moderno de separação de poderes, pode-se dizer inclusive, que

---

<sup>16</sup> Luís Roberto Barroso, em *Direito Constitucional Contemporâneo*, afirma que a rigidez constitucional resulta do papel da Constituição, o qual apresenta duas funções principais: a primeira diz respeito a sua atribuição de veicular consensos mínimos os quais tem em vista a dignidade das pessoas e o bom funcionamento do regime democrático que poderiam ser comprometidos em razão de maiorias políticas ocasionais. “Esses consensos elementares, embora possam variar em função das circunstâncias políticas, sociais e históricas de cada país, envolvem garantias de direitos fundamentais, e a separação e a organização dos Poderes constituídos e a fixação de determinados fins de natureza política ou valorativa” (BARROSO, 2011, p. 91).

as atribuições de cada uma das três esferas que compõem o Estado teriam em vista, em última análise, a guarda dos preceitos previstos na Constituição de forma a torná-los efetivos no âmbito social.

Tal preceito torna-se ainda mais evidente com a introdução de uma Constituição Social<sup>17</sup>, a qual estabelece programas que devem ser perseguidos pelo Poder Público. Desse modo, as normas constitucionais estabelecem atribuições para que os órgãos do Estado efetivem o conteúdo nelas previstas a fim de garantir a execução dos Direitos Fundamentais<sup>18</sup>.

A nossa Constituição, conhecida como Constituição Cidadã, apresenta tais nuances. Além de nela prever as chamadas normas programática, estabelecendo uma série de programas que devem ser executados por meio dos atos do Poder Público, a fim de garantir as bases reputadas importantes para a sociedade, apresenta texto de conteúdo aberto, com o intuito de permitir que os seus preceitos fundamentais possam permear todos os atos do Estado, mesmo aqueles que não puderam ser previstos objetivamente pela Assembleia Constituinte. Desse modo, é possível afirmar que os atos do Poder Público, por mais discricionários que possam ser, são balizados

---

<sup>17</sup> Importante ressaltar que a primeira Constituição Social no Brasil foi a de 1934, promulgada no primeiro governo de Getúlio Vargas. Foi através dela que introduziu em nosso país as normas programáticas, as quais versam sobre políticas públicas, devendo ser garantidas através da atuação do Poder Público. O modelo adotado pela Carta Política de 1934, o qual foi reincorporado no nosso ordenamento pela Constituição de 1988, teve como principal influência a Constituição de Weimar na Alemanha em 1919 e a Constituição Mexicana de 1917. Muito embora sejam as pioneiras quanto a previsão de direitos sociais, foram tímidas no que diz respeito ao reconhecimento da eficácia de tais direitos, de forma que entendiam que se tratavam tão-somente de meras intenções políticas ou ideológicas, tendo em vista a exigência de uma atuação positiva do Poder Público para que fossem efetivadas. Essa concepção começou a ser questionada em razão do pensamento do italiano Vezio Crisafulli diante “das disputas em torno da concretização da Constituição Italiana de 1947” (BERCOVICI, p. 09). A mudança de entendimento quanto a efetividade das normas programáticas, de modo que poderiam ser exigidas, foi por meio do jurista brasileiro, José Afonso da Silva, fazendo surgir a “Doutrina Brasileira da Efetividade” (BERCOVICI, p. 10). Para melhor aprofundamento acerca do tema da efetividade das normas programáticas, é recomendada a leitura dos artigos: “Estado Intervencionista e Constituição Social no Brasil: O Silêncio Ensurdecedor de um Diálogo entre Ausentes”, BERCOVICI, Gilberto; “Os Direitos Sociais na Constituição de Weimar como Paradigma do Modelo de Proteção Social da Atual Constituição Federal Brasileira”, AUAD, Denise; Estado, Constituição e Direitos Sociais, HERRERA, Carlos Miguel.

<sup>18</sup> Vale mencionar aqui as ideias do professor José Afonso da Silva (2012), o qual em seu artigo “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, afirma que todas as normas constitucionais são jurídicas, de forma que apresentam eficácia, variando apenas o grau que possui no que diz respeito a dependência ou não de uma atuação do Poder Público para que tenham plena efetividade. Desse modo, como todas as normas constitucionais apresentam eficácia, ainda que reduzida, nasce para não só o legislador, mas também para todos os entes que compõem o Estado a obrigação de atuar de forma a garantir a sua aplicabilidade.

pelos preceitos de nossa Constituição, de forma que, caso exceda aos limites estabelecidos, devem ser reputados inconstitucionais.

Desse modo, precipuamente é dada ao Poder Executivo, por meio de execução de programas sociais, e ao Poder Legislativo, através de edição de leis que possam dar maior densidade normativa aos textos constitucionais, a efetividade de tais preceitos previstos na nossa Constituição Federal de 1988<sup>19</sup>.

Ocorre que, não houve só o aumento nas atribuições desses dois poderes. Diante de uma quantidade maior de regramento, a Assembleia Constituinte Originária sentiu a necessidade de aumentar as formas de acesso ao Poder Judiciário<sup>20</sup>. Desse modo haveria uma maior garantia da efetividade de tais direitos caso estes não fossem devidamente exercidos pelo Executivo ou Legislativo. Dentre os mecanismos que possibilitaram uma maior atuação do Poder Judiciário está a jurisdição constitucional, a qual expandiu as nuances através da introdução de dois modelos desenvolvidos pelos Estados Unidos e pela Europa continental, respectivamente, os quais já tinham sido adotados pelo nosso sistema de controle de constitucionalidade pelas constituições anteriores, apesar de, com a Constituição de 1988, haver uma ampliação de tais formas de jurisdição, permitido a viabilidade de uma maior número de casos fosse objeto de análise pelos tribunais.

Além disso, a própria extensão normativa da Constituição bem como o seu conteúdo aberto, em que encontram previstos princípios os quais devem ser levados em conta no momento do julgamento, resultou na necessidade de uma nova forma de proferir as decisões dos Tribunais. Isso porque a aplicação das normas

---

<sup>19</sup> A introdução dos direitos sociais e a obrigatoriedade de sua efetividade faz que seja necessário delimitar o campo de atuação de cada um dos Poderes do Estado. Desse modo, quanto ao poder legislativo, “seja o legislador constitucional ou o ordinário, podemos apontar que sua principal tarefa nesse mister é a delimitação jurídica dos direitos sociais. Essa é uma tarefa essencial, pois as políticas públicas estão atreladas ao princípio da legalidade, já que o Poder Executivo, mesmo dotado de poder discricionário, deve pautar seus atos nos comandos normativos”. Desse modo, é preciso que o legislativo realize a densidade normativa necessária das normas de conteúdo aberto, cuja estrutura, em razão de suas nuances vagas, não teriam a possibilidade de sua efetivação por meio de um ato direto do Poder Executivo.

<sup>20</sup> Dentre as inovações introduzidas pela Constituição Federal de 1988 no que diz respeito ao controle de constitucionalidade, Luís Roberto Barroso aponta as seguintes: “a) ampliação da legitimação ativa para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade (art. 103); b) a introdução de mecanismos de controle de inconstitucionalidade por omissão, como a ação direta com esse objeto (art. 103, §2º) e o mandado de injunção (art. 5º, LXXI); c) a recriação da ação direta de inconstitucionalidade em âmbito estadual, referida como representação de inconstitucionalidade (art. 125, §2º); d) a previsão de um mecanismo de arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º); e) a limitação do recurso extraordinário às questões constitucionais (art. 102, III)” (BARROSO, 2009 A, p. 65).

constitucionais, por meio dessa nova formatação assumida pela Constituição Federal de 1988, exige que o jurista seja pragmático. Ou seja, através da análise do caso concreto e tendo como base as normas constitucionais (as quais podem tratar-se tanto de regras quanto de princípios) deverá dizer o direito.

Ora, a inserção – ou o resgate – da facticidade se dá através dos princípios, que, para além do causalismo-explicativo de caráter ôntico, vai se situar no campo do acontecer de caráter ontológico (não clássico). Regra e princípio não são coisas separadas, que existam em se e por si. Nem tampouco os princípios são “mandados de otimização” ou “meros” “postulados”. É preciso entender que entre regra e princípios há apenas uma diferença de caráter compreensivo, isto é, uma diferença que no plano da hermenêutica filosófica é chamada de “diferença ontológica”. Daí o equívoco de se dizer que no conflito de regras está-se diante de um “tudo ou nada” (equívoco que é repetido na doutrina há muito tempo sem maiores questionamentos) ou que uma regra afasta a outra, e que no conflito entre princípios ocorre uma ponderação (afinal, quando é que se pondera?). Isso (somente) seria possível se uma regra fosse aferível sem o princípio, isto é, isso (somente) seria possível se uma regra pudesse ser interpretada sem recursos aos princípios, que representam a razão prática do direito (STRECK, 2008, p. 293)

Desse modo, o novo regramento constitucional, passou a exigir do judiciário uma posição mais criativa no momento de seu julgamento. Isso porque, as normas nele previstas, para apresentar efetividade necessária, precisam ser contextualizadas com o fato, bem como levar em consideração as bases principiológicas da nova Carta Política. Assim, além da extensão dos meios de acesso ao Judiciário, no que diz respeito ao controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, houve também uma ampliação substancial do seu poder de dizer o direito.

Com isso, com uma possibilidade de maior poder dado ao judiciário pelas razões acima expostas, bem como a permanência e a abrangência de um arquétipo jurisdicional<sup>21</sup> em que os tribunais teriam o monopólio de decidir por último a constitucionalidade de lei ou ato do Poder Público, além da adoção de um modelo misto de controle de constitucionalidade, fez que os juízes ocupassem um protagonismo no âmbito das decisões políticas relevantes na sociedade.

O problema que deve ser levado em consideração, nesse contexto é que diferente do Brasil, nos países originários do modelo jurisdicional de controle de constitucionalidade por meio dos Tribunais, houve ao longo de seu aperfeiçoamento,

---

<sup>21</sup> Neste caso, a adoção inicial pelo Brasil do modelo de controle de constitucionalidade por meio dos tribunais, como detentores da última palavra a respeito de tal atribuição a uma norma ou ato do Poder Público, deu-se de forma tímida através da Constituição de 1891. Inicialmente só haveria a previsão de um modelo americano difuso e incidental, sem haver, contudo, a vinculação de tais decisões, ou seja, não haveria o instituto do *stare decisis*

amplo debate acadêmico acerca de quem deveria interpretar a Constituição. Assim, as premissas básicas adotadas tanto pelo continente europeu quanto pelos tribunais norte americano, resultaram de uma evolução pragmática em razão da experiência vivenciada por cada um deles.

É certo que, no Brasil, o controle de constitucionalidade foi introduzido de forma expressa pela Constituição de 1891, em norma positiva que implicava inequivocadamente a fiscalização incidental e difusa das normas infraconstitucionais. Não se sujeitou, assim à polêmica doutrinária que marcou sua criação nos Estados Unidos. Nem tampouco se verificou aqui, por razões múltiplas, o debate ideológico que acompanhou sua implantação na Europa<sup>22</sup> (BARROSO, 2009 A, p. 52).

Desse modo, diferente do que ocorreu nos países que deram origem a tal sistema de controle, não houve no Brasil uma discussão quanto a legitimidade do Poder Judiciário como uma espécie de “guardião da constituição”. Por esse motivo, e em razão de o Controle de Constitucionalidade de nosso país ser considerado um dos mais complexos e abrangentes do mundo (isso porque resulta da importação de dois modelos, que muito embora privilegie a decisão judicial, são considerados antagônicos no que concerne ao seu procedimento) o lugar que tem ocupado o Poder Judiciário, como detentor da última palavra quanto a constitucionalidade dos atos do Poder Público, vem sendo questionado.

Assim, não seria por outra razão que foi proposta a PEC nº 33/2011, a qual já foi analisada no capítulo anterior. O referido projeto tem como finalidade modificar procedimentos de atuação do Poder Judiciário, mais especificamente do STF, no exercício da jurisdição constitucional. Utiliza, portanto como principal argumento para tais alterações, o protagonismo que o Judiciário vem alcançando na política brasileira.

Como foi constatado, tal projeto de emenda à Constituição, de autoria do Deputado Nazareno Fonteles, tem em vista limitar os atos do Poder Judiciário, submetendo inclusive as principais decisões do STF ao aval do Poder Legislativo. Diante disso, faz suscitar um questionamento que já há muito vem permeando, não só a doutrina brasileira, acerca de quem teria a legitimidade de exercer a atividade jurisdicional: um corpo técnico e imparcial de juizes ou um congresso nacional afeito

---

<sup>22</sup> No caso da Europa foi presenciado o debate de quem deveria ser o guardião da Constituição. Essa discussão foi travada entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. Enquanto o primeiro acreditava que quem deveria dar a última palavra quanto a interpretação da Constituição deveria ser o chefe do Poder Executivo, Hans Kelsen propunha a criação de um tribunal constitucional que teria esta como única atribuição.

a vontade da maioria que o elegeu sendo a sua manifestação exercício inequívoco de soberania nacional?

Antes de adentrar acerca de seu conteúdo, porém, é imprescindível o estudo acerca do regime de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, levando-se em conta alguns pontos de evolução de tal sistema através da promulgação da Constituição Federal de 1988. Vale ressaltar que os tópicos a seguir não têm a intenção de esgotar todas as formas de controle exercido pelo Poder Legislativo e Judiciário, mas tão-somente estabelecer os pontos centrais para que possamos chegar a uma conclusão quanto a viabilidade do referido projeto.

### 3.1 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO DIREITO BRASILEIRO

A jurisdição corresponde a “uma das maiores manifestações da soberania do Estado” (SAMPAIO, 2002, p. 21). Como será analisado com melhor fundamento no capítulo quatro do presente trabalho, por meio dos pensamentos de Mauro Cappelletti, em sua concepção formal pressupõe um conflito de posições ou interesses<sup>23</sup> quanto a proteção da ordem jurídico-constitucional, que deve ser resolvida por um órgão do Estado, o qual deve ser provocado pelas partes interessadas, a fim de resolver o conflito suscitado de forma neutra.

No que diz respeito ao conceito de jurisdição quanto a matéria a ela suscitada, haveria dois tipos que devem ser considerados: a jurisdição ordinária e a jurisdição constitucional. A primeira é considerada residual, de forma que corresponderá àquelas situações que se encaixam nas premissas acima prescritas, cuja divergência em destaque, não teria como objeto norma constitucional como parâmetro.

O objetivo que pretendemos nos ater nos tópicos que seguem são os pontos cruciais acerca da jurisdição constitucional, a fim de estabelecer as premissas

---

<sup>23</sup> Termo utilizado por José Adércio Leite Sampaio (2002, p. 22), visto que a provocação do judiciário não necessariamente pressuponha uma lide, ou seja um conflito de interesses, mas sim uma divergência quanto ao entendimento acerca de como deve efetivar as leis previstas. Tal situação será melhor ilustrada diante do controle concentrado de constitucionalidade, por meio da ação direta, em que não há em seu objeto um conflito de interesses, mas sim uma divergência quanto a interpretação da norma.

básicas que permitam uma análise crítica da PEC nº 33 de 2011. Desse modo, José Adércio Leite Sampaio (2002, p. 23) afirma que:

A conciliação de critérios formais e materiais, a nosso ver, pode ser conseguida com a identificação de jurisdição constitucional como uma garantia da Constituição, realizada por meio de órgão jurisdicional de nível superior, integrante ou não da estrutura do Judiciário comum, e de processos jurisdicionais, orientados à adequação da atuação dos poderes públicos aos comandos constitucionais, de “atividade do poder do ponto de vista da Constituição”, com destaque para a proteção e realização dos direitos fundamentais.

Como já dito anteriormente, o Brasil importou dois modelos distintos de controle de constitucionalidade: o americano e o europeu, ou austríaco. A adoção de um controle misto fez-se presente de forma evolutiva ao longo das inúmeras constituições adotadas pelo nosso país.

O modelo difuso foi o primeiro a ser introduzido pela Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, tendo como influência inequívoca do modelo norte-americano<sup>24</sup>. A partir de então o controle difuso de constitucionalidade passou a ser previsto nas diversas constituições ao longo da história do nosso país.

Foi na Carta de 1934, por meio da ação denominada representação interventiva, que foi introduzido um modelo de controle concentrado de constitucionalidade no Brasil. Apesar de ser muito aquém àquele adotado pelos seus fundadores, nos países continentais europeus<sup>25</sup>, trata-se de um ponto inicial, ainda que bastante tímido, para o que hoje pode ser considerada o principal modelo de jurisdição constitucional adotado no Brasil. O professor Geovane Peixoto afirma que tal ação direta correspondeu ao “primeiro passo para a inserção de mecanismo alheio ao sistema de jurisdição constitucional vigente, no sentido de se aproximar do modelo europeu continental” (2013, p. 165).

---

<sup>24</sup> Muito embora, como será desenvolvido ao longo do trabalho, guarde certas peculiaridades que fez, de início ter o judiciário uma influência mínima no tocante da vida política da sociedade Brasileira. Isso deu-se em razão da não importação do *stare decisis* desenvolvido no judiciário norte-americano. Ou seja, não havia que se falar em vinculação de precedentes, de forma que os efeitos da jurisdição exercida nessa época tinham efeitos tão-somente *inter partes*, muito em razão de uma visão já ultrapassada de divisão de poderes entre o Judiciário e o Legislativo.

<sup>25</sup> Tratava-se da situação em que o STF julgaria a constitucionalidade de lei que decretasse a intervenção da União ao Estado que não respeitasse os princípios sensíveis. Essa ação tinha como único legitimado o Procurador-Geral da República. Não se tratava, portanto, de uma atuação judiciária típica visto que não era destinada a solucionar litígio entre as partes (BARROSO, 2009, p. 153).

Foi com EC nº 16/1965 a Constituição de 1946<sup>26</sup>, que incorporou definitivamente o modelo concentrado de constitucionalidade. Através da referida emenda houve a introdução de uma representação de ação direta, cujo legitimado só poderia ser o Procurador-Geral da República<sup>27</sup>.

A partir deste momento, o Brasil passou a ter de forma muito clara um sistema misto ou eclético de jurisdição constitucional, que coordena tanto o sistema difuso (norte-americano) como o concentrado (europeu continental), este último exercido por duas ações específicas para essa finalidade, a representação genérica (hoje ação direta de inconstitucionalidade – ADIN) e a representação interventiva, ambas de competência do Supremo Tribunal Federal – STF (PEIXOTO, 2013, p. 166).

Foi, porém com a Constituição Federal de 1988 que houve uma ampliação de maneira significativa dos mecanismos de proteção judicial, e conseqüentemente, o controle de constitucionalidade das leis (MENDES, 2012, p. 1150). As previsões da Carta Política atual, não só garantiram a permanência de um modelo misto de controle de constitucionalidade, mas também estabeleceram regramentos que permitiram ao judiciário, principalmente o STF, a sua consolidação como órgão político capaz de influenciar de forma mais efetiva a vida social dos brasileiros.

Como verá através da análise de cada um dos modelos de controles adotados pela Carta atual, nos tópicos que seguem, perceberá que a Constituição atual permitiu que o modelo concentrado de jurisdição ocupasse uma posição central, de forma a viabilizar uma maior uniformização das decisões dos tribunais, garantindo uma segurança jurídica no âmbito processual que antes de 1988 não tinha. Em razão disso, portanto, o controle difuso passa a ter um papel coadjuvante<sup>28</sup>, já que as

---

<sup>26</sup> Vale ressaltar que entre as Constituições de 1934 e de 1946, houve a Carta de 1937 a qual, segundo Gilmar Ferreira Mendes (2012, p. 1136), traduziu “um inequívoco retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade”. Além de não prevê o modelo concentrado de constitucionalidade que foi consagrado pela constituinte anterior, estabeleceu que poderia o Chefe do Executivo submeter uma decisão acerca de inconstitucionalidade de lei, por um Tribunal, a análise do Parlamento, em razão do necessário “bem-estar do povo” ou “à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta” (MENDES, 2012, p. 1136). Havendo o reconhecimento da validade da lei pelo Parlamento, através do voto de 2/3 de cada uma das Câmaras, tornaria insubsistente a decisão do Tribunal.

<sup>27</sup> Neste sentido, Gilmar Ferreira Mendes afirma que: “A implantação do sistema de controle de constitucionalidade, com o objetivo precípua de “preservar o ordenamento jurídico da intromissão de leis com ele inconvenientes”, veio a somar aos mecanismos já existentes um instrumento destinado a defender diretamente o sistema jurídico objetivo” (2012, p. 1142).

<sup>28</sup> Gilmar Ferreira Mendes (2004, p. 158) menciona por exemplo a ampliação do rol dos legitimados para propor ação direta de constitucionalidade (art. 103). Antes da Constituição de 1988, o único legitimado para provocar o STF no controle concentrado e abstrato de constitucionalidade seria o Procurador Geral da República. Nesse sentido o jurista afirma que: “Tal fato fortalece a impressão de que, com a introdução desse sistema de controle abstrato de normas, com ampla legitimação e, particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, pretendeu o



demandas acerca da constitucionalidade de normas ou atos normativos já estariam sendo atendidas por meio das ações diretas pelo STF.

### 3.1.1 Controle de Constitucionalidade difuso

Corresponde a um controle jurisdicional em que qualquer juiz ou Tribunal poderá realiza-lo nos casos concretos que examinarem.

Por tratar-se de atribuição inerente ao desempenho normal da função jurisdicional, qualquer juiz ou tribunal, no ato de realização do Direito nas situações concretas que lhes são submetidas, tem o poder-dever de deixar de aplicar o ato legislativo conflitante com a Constituição (BARROSO, 2009, p. 94)

Vale mencionar que esse modelo de controle jurisdicional tem suas raízes no *Judicial Review* norte-americano. Muito embora trate-se de um controle consagrado em razão da prática jurisprudencial, sendo introduzido no âmbito dos tribunais dos Estados Unidos a partir do *leading case Marbury versus Madison*, deve-se considerar a previsão na Carta Constitucional desse país as chamadas “cláusulas de supremacia” (*supremacy clause*) que determina a supremacia da Constituição (PEIXOTO, 2013, p. 160).

Desse modo, é possível dizer que se assemelha a previsão das cláusulas pétreas e no próprio sentido da rigidez constitucional do nosso ordenamento jurídico. Assim, mesmo que não houvesse previsão expressa do controle difuso de constitucionalidade pelos tribunais do nosso país no ordenamento jurídico pátrio, haveria mesmo assim um entendimento implícito de não aplicação do direito contrário ao conteúdo da Constituição Federal pelos juízes.

Assim, vale mencionar um trecho do livro O Federalista<sup>29</sup>, o qual reconhece a necessidade de o judiciário intervir na atuação do Poder Legislativo a fim de garantir a efetividade da Constituição que apresenta as peculiaridades acima expostas:

---

constituente reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidental”.

<sup>29</sup> Muito embora tenha a sua origem anterior a promulgação da Constituição americana, a obra O Federalista, é um clássico que reúne artigos escritos por Alexander Hamilton, Jame Maisson e Jonh, os quais tinham como única finalidade a ratificação da referida carta política. Desse modo, corresponde aos principais traços do constitucionalismo norte americano e que pode ser aproveitado em certa medida à nossa Constituição Federal de 1988, como no caso mencionado no presente trabalho.

A completa independência dos tribunais é particularmente essencial numa Constituição limitada. Por Constituição Limitada entendo uma Constituição que contém certas exceções especificadas à autoridade legislativa; tais como, por exemplo, que não deva aprovar leis de suspensão dos direitos civis, leis com efeito retroativo, e semelhantes. As limitações desta natureza não podem, na prática, ser preservadas de nenhuma outra maneira além dos tribunais, cujo dever será declarar nulos todos os actos contrários ao teor manifesto da Constituição. Sem isso, todas as ressalvas de direitos ou privilégios particulares não valeriam nada.

(...)

Não existe nenhuma posição que dependa de princípios mais claros do que a que sustenta que todos os actos de uma autoridade delegada, contrários ao teor da delegação sob a qual são exercidos, são nulos. Por conseguinte, nenhum acto legislativo contrário à Constituição pode ser válido. Negar isto seria afirmar que o delegado é maior do que quem delega; que o servo está acima do seu senhor; que os representantes do povo são superiores ao próprio povo; que os homens agindo em virtude de poderes concedidos, podem fazer não só o que os poderes não autorizam, mas ainda o que eles proibem (HAMILTON, 2003, p. 477).

Quanto a forma de declarar a inconstitucionalidade por meio difuso pelo juízo monocrático de primeiro grau, existe certa singeleza em relação ao mesmo exercício quando comparada aquela seguida pelos tribunais. Isso porque aquele deverá respeitar ao que está previsto no artigo 97 da CF/88<sup>30</sup>.

Desse modo, não poderá um juiz monocraticamente ou órgão fracionário, exceto o órgão especial de acordo com o princípio da reserva do plenário, declarar a inconstitucionalidade alegada pelas partes no processo por meio incidental. Para tanto, deverá submeter o questionamento de sua validade, tendo como parâmetro a Constituição Federal, ao tribunal do qual faz parte ou ao Órgão especial já citado<sup>31</sup>.

Vale ressaltar que é dada ao juízo monocrático e ao órgão fracionário a possibilidade de declarar a constitucionalidade da norma objeto de controle incidental, sem a necessidade de provocar o Plenário ou órgão fracionado. Do mesmo modo ocorre no que concerne a declaração de inconstitucionalidade, caso a matéria tenha sido discutida anteriormente por aqueles dois pertencentes ao próprio tribunal ou em

<sup>30</sup> Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

<sup>31</sup> Prevê o art. 93 da CF/88: “XI – nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno” (redação dada pela EC. nº 45, de 2014).

hipótese de já haver entendimento favorável pelo STF, seja por meio de via incidental ou principal de controle de constitucionalidade.

### 3.1.1.1 O controle difuso e o meio incidental de questionar a constitucionalidade

O controle de constitucionalidade difuso, a princípio, será incidental. Ou seja, “é exercido no desempenho normal da função jurisdicional, que consiste na interpretação e aplicação do Direito para a solução de litígios” (BARROSO, 2009A, p. 89). Ou seja, trata-se de um controle provocado por via de exceção, visto que o objetivo principal da demanda não é necessariamente a declaração de inconstitucionalidade, mas sim a pacificação de um conflito. “Quer dizer, as partes pretendem acertar judicialmente uma determinada relação jurídica, que, contudo, depende do exame prévio da questão constitucional, que ostenta caráter prejudicial.

Assim, sempre será precedido de uma demanda, de forma que a alegação de inconstitucionalidade diz respeito a uma norma que deveria ser aplicada no caso objeto do processo. Desse modo, se o juiz encarregado de julgar a disputa, analisando de forma prévia a questão da validade da lei questionada, entender que esta é contrária as bases constitucionais, deverá afastar a sua aplicação sobre o fato em destaque.

Com isso, “o lesado por meio da lei ou ato inconstitucional não o ataca diretamente. A lei ou o ato normativo, *em tese*, não o prejudica. Por isso, aguarda a sua execução concreta mediante ato executório de autoridade ou mediante processo judicial”, momento em que será então arguida a inconstitucionalidade da lei ou ato do Poder Público (SILVA, 2011, p. 131).

Em razão de o controle difuso sempre ocorrer em razão de um litígio, os legitimados para exercer o controle de constitucionalidade incidental serão as partes do processo. Além disso, poderá ser alegada pelo Ministério Público, quando seja parte ou oficie como *custos legis*, além de o terceiro que possa intervir legitimamente nas hipóteses previstas no CPC (assistente, litisconsorte, oponente). Como a validade de uma norma consiste em uma questão de interesse público, também poderá ser suscitada no âmbito processual pelo juiz ou tribunal, de ofício, na hipótese de as partes terem silenciado a respeito.

O objeto do controle de constitucionalidade incidental é amplo, de forma que “poderá ser exercido em relação a norma emanada dos três níveis de poder, de qualquer hierarquia, inclusive as anteriores à Constituição” (BARROSO, 2009A, p. 92).

O controle de constitucionalidade incidental pode ser realizado por meio de recurso, ou por meio de uma ação proposta pelo lesado em razão da aplicação de uma norma ou um ato inconstitucional. Isso porque esse tipo de jurisdição:

Abrange qualquer defesa oposta a uma lesão ou ameaça de lesão a direito, pouco importando, hodiernamente, se essa defesa é realizada passivamente, ou sejam pelo interessado resistindo no polo passivo de alguma ação contra ele intentada, ou se ela se dá numa ação proposta pelo interessado, em posição ativa, atacando, desde logo, o ato violador a direito seu, já praticado ou simplesmente ameaçado de ser praticado, com fundamento em lei ou ato normativo inconstitucional (CUNHA JÚNIOR, 2014, p. 110)

Quando se dá em razão de uma posição ativa, por meio de uma ação proposta pelo interessado, o controle incidental normalmente suscita a violação de garantias ou direitos constitucionais, de forma que geralmente são utilizados os remédios constitucionais: i) ação popular; ii) mandado de segurança; iii) ação civil pública e iv) mandado de injunção.

O STF também poderá exercer o controle difuso de constitucionalidade por meio do Recurso Extraordinário (RE), muito embora o seu cabimento só será possível caso seja reconhecida a repercussão geral o qual deverá ser demonstrada pelo recorrente, nos termos do §3º do art. 102 da CF/88<sup>32</sup> introduzido pela PEC 45/2004. Tal medida teve em vista reduzir o enorme número de recursos extraordinários submetidos ao Pretório Excelso, bem como prestigiar a qualidade de seus julgados, “ressaltando sua característica de Corte formadora de precedentes aos demais órgãos do Poder Judiciário” (BARIONI, 2005, p. 721)<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> § 3º 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. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

<sup>33</sup> Oportuno citar neste caso interessante artigo acerca da produtividade do STF: “A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial “à brasileira” de Marcos Paulo Veríssimo, o qual demonstra por meio de estudos estatísticos a aparente produtividade do Pretório Excelso. Isso porque deve-se levar em conta o número de casos julgados em sede de Recurso Extraordinário, o qual teve a sua admissibilidade negada ou em casos que houveram o julgamento por amostragem, de forma que o número de acórdãos produzidos pelo Tribunal é de fato a real demonstração da produtividade do Tribunal. Desse modo, é possível demonstrar que as técnicas de repercussão geral e o sobrestamento de processos análogos acaba por aproximar o STF a um modelo dos Tribunais Constitucionais europeus. Isso porque, além de restringir as matérias por ele analisadas, os efeitos de sua decisão, em razão de apresentar relevância que vai além do interesse das partes acaba vinculante os demais

### 3.1.1.2 Os efeitos do controle difuso de constitucionalidade e o poder vinculante das decisões do STF em sede de Recurso Extraordinário: um controle difuso concentrado?

Quanto aos efeitos do controle difuso de constitucionalidade, como se trata do reconhecimento de uma nulidade, a sua declaração sempre terá efeito *ex tunc*, muito embora possa aplicar de forma subsidiária a modulação dos seus efeitos, prevista nas leis 9.868 e 9.882/99 que tratam das ações diretas para a realização de controle concentrado ADIN, ADC e ADPF, no artigo 27<sup>34</sup> e 11<sup>35</sup> respectivamente<sup>36</sup>.

Tais dispositivos apresentam conteúdo muito semelhante. A sua aplicação no controle difuso traz a possibilidade aos tribunais de realizarem a modulação dos efeitos de suas decisões em razão da “segurança jurídica” ou de “excepcional interesse social”, desde que haja a concordância de dois terços dos seus membros.

---

tribunais, os quais veem-se obrigados a seguir o seu entendimento acerca de matérias frequentemente questionadas no âmbito judicial.

<sup>34</sup> Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

<sup>35</sup> Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

<sup>36</sup> Vale destacar, portanto que não há previsão expressa quanto a modulação dos efeitos em declaração de inconstitucionalidade no âmbito do controle difuso incidental, sendo resultada da jurisprudência do STF, através do Recurso Extraordinário nº 197917. Este foi impetrado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra a decisão do tribunal do estado de São Paulo, cuja discussão girava em torno do caso do número de vereadores do município de Mira Estrela, o qual contrariava a previsão do inciso IV do art. 29 da Constituição quanto aos critérios adotados para estabelecer a quantidade dos chefes do legislativo em âmbito municipal, ultrapassando as limitações previstas no referido dispositivo constitucional. Desse modo, o Relator Ministro reconheceu pela inconstitucionalidade do dispositivo municipal, afirmando que o número de vereadores na Câmara do município de Mira Estrela é inconstitucional. Ocorre que, em razão do interesse público, seria mais adequado realizar a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para que a alteração do dispositivo inconstitucional só produzisse efeitos na próxima eleição. Dentre os votos do presente caso, vale destacar a do Ministro Gilmar Mendes o qual afirmou em seu voto que: “embora a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, tenha autorizado o Supremo Tribunal a declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados, é lícito indagar sobre a admissibilidade do uso dessa técnica de decisão no âmbito do controle difuso” (STF, 2002, p. 40). Desse modo, reconheceu o Ministro que “no sistema de controle americano, demonstra, pelo menos, que o controle incidental não é incompatível com a ideia de limitação de efeitos na decisão de inconstitucionalidade” (STF, 2002, p. 44).

Por ser incidental, ou seja, a alegação de inconstitucionalidade difusa se dá por via de exceção, de forma que o objetivo principal da demanda é a resolução da lide e não a declaração de nulidade da lei ou ato normativo; a declaração de inconstitucionalidade nesse tipo de controle operará efeitos *inter partes*.

Muito embora haja um movimento liderado pelo Ministro Gilmar Mendes<sup>37</sup>, para que os efeitos de tais decisões tenham eficácia *erga omnes* ainda hoje, faz-se necessário um ato do Senado Federal para que, nos termos do inciso X do art. 52 da CF/88, “suspenda” a lei declarada inconstitucional pelo STF.

Trata-se, como será visto de forma mais aprofundada em momento oportuno no presente trabalho, de dispositivo cuja origem data da Constituição de 1934, época em que a percepção de separação de poderes não permitia que uma decisão do Poder Judiciário operasse efeitos além dos limites do que foi analisado no processo. Tal entendimento encontra-se ultrapassada hoje em razão da adoção do controle concentrado de constitucionalidade exercido pelo STF, o qual, no âmbito das ações diretas, opera efeito *erga omnes*.

A impossibilidade de tal efeito no controle difuso de constitucionalidade, ocorre em razão do modelo de *civil law* adotado no nosso país. Desse modo, muito embora trate-se do primeiro meio de jurisdição constitucional adotado pelo nosso país em razão da influência do direito norte-americano, a sua introdução inicial não logrou em relevante impacto na vida social da população.

A não importação do *stare decisis* presente nos países do *common law* no Brasil nos faz deparar com a situação esdrúxula de o sistema jurídico aceitar “a possibilidade de existência de leis ou atos normativos inconstitucionais para uns e constitucionais para outros” (CUNHA JÚNIOR, 2014, p. 155).

Ocorre que, a maior utilização das vias judiciais pela população, juntamente com o poder vinculante das decisões do STF no âmbito dos demais tribunais, bem

---

<sup>37</sup> Trata-se do entendimento levantado pelo Ministro de que, em razão da evolução do instituto do controle de constitucionalidade, que vem cada vez mais viabilizando o seu efeito *erga omnes*, bem como a nova estrutura da Constituição Federal que prevê conceitos abertos; a aplicabilidade do inciso X do art. 52 da Carta Política restaria inaplicável, de forma que sua previsão do texto do referido diploma resulta de uma questão histórica. Isso porque, essa atribuição dada ao Senado Federal está prevista desde a Constituição de 1934, só não tendo o seu regramento contemplado na Constituição de 1937. Para melhor aprofundamento acerca do assunto ler: O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional (Gilmar Ferreira Mendes, 2004).

como do juiz monocrático ao pleno ou órgão especial do qual faz parte; acarreta na discussão da possibilidade de um controle “difuso abstrato” de constitucionalidade.

Isso porque, cada vez mais o nosso ordenamento vem prestigiando o valor dos precedentes nos tribunais, havendo inclusive a introdução de um regramento quanto a vinculação destes pelo novo CPC. Desse modo, Fredie Didier (2010, p. 482-3) afirma que:

Nada impede, porém, que o controle de constitucionalidade seja difuso, mas abstrato: a análise da constitucionalidade é feita em tese, embora por qualquer órgão judicial. Obviamente, porque tomada em controle difuso, a decisão não ficará acobertada pela coisa julgada e será eficaz *inter partes*. Mas a análise feita é em tese, que vincula o tribunal a adotar o mesmo posicionamento em outras oportunidades.

(...)

O STF, ao examinar a constitucionalidade de uma lei em recurso extraordinário, tem seguido esta linha. A decisão sobre a questão da inconstitucionalidade seria tomada em abstrato, passando a orientar o tribunal em situações semelhantes.

Com isso, o poder vinculante de tais decisões, nas questões pontuadas acima, dá ao STF uma posição que muito se assemelha ao Tribunal Constitucional Europeu. Isso ainda fica mais evidente com a instituição das Súmulas Vinculantes por meio da EC nº 45/2005. A referida emenda deu a possibilidade de o Tribunal editar enunciado cuja vinculação vai além do âmbito do judiciário, de forma que vinculará inclusive o Poder Público. Trata-se, portanto, de ato do Poder Judiciário de natureza normativa estranho ao exercício jurisdicional. Isso porque, muito embora o conteúdo de sua decisão seja limitado, poderá ser editado de ofício pelo STF, desde que atingida o quórum previsto para a sua aprovação.

### 3.1.2 Controle Concentrado de Constitucionalidade

O controle de constitucionalidade Concentrado é realizado apenas pelo STF, por meio de ação direta, e pelos Tribunais<sup>38</sup> de Justiça dos Estados e do Distrito

---

<sup>38</sup> A viabilidade de realizar controle de constitucionalidade concentrado pelos Tribunais estaduais e distrital decorre da previsão constitucional do §2º do art. 125, combinado com o art. 25, bem como em razão do princípio da simetria, de modo que estes devem garantir a efetividade das suas constituições. Os referidos dispositivos estabelecem respectivamente que: “cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão”; “os Estados

Federal<sup>39</sup>. Neste caso, corresponde ao um questionamento principal do objeto da demanda, sendo classificado para tanto como uma espécie de controle de constitucionalidade por via de ação direta ou principal.

Diferencia-se da modelo incidental visto que a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo do Poder Público corresponde questão principal da demanda. Desse modo, Luís Roberto Barroso afirma que trata-se de uma atividade jurisdicional atípica, visto que não há um litígio ou uma situação concreta que deve ser solucionada através da aplicação de lei pelo órgão julgador. “Trata-se de um processo objetivo, sem partes, que não se presta à tutela de direitos subjetivos, de situações jurídicas individuais” (2009 A, p. 154).

Não há, aqui, o desígnio voltado à resolução de alguma controvérsia ou litígio travado entre as partes definidas em um caso concreto. Há, tão-somente, a defesa objetiva da Constituição, pelo exame de compatibilidade vertical entre uma lei ou um ato normativo do poder público e a norma fundamental (CUNHA JÚNIOR, 2014, p. 176).

Em razão de as ações diretas serem consideradas objetivas, visto que não existe um caso concreto que lhe dê respaldo, de forma que não haveria que se falar em direito subjetivo a ser defendido, vale pontuar duas consequências de tal fato, o qual será relevante para o desenvolvimento do presente trabalho: o órgão judiciário competente, muito embora esteja adstrito ao pedido, não está limitado a causa de pedir determinada pelos legitimados; além disso não há que se falar em um terceiro subjetivamente interessado.

De fato, no controle abstrato de constitucionalidade dos atos normativos do poder público, o pedido delimita o objeto da ação, de modo que o Supremo Tribunal Federal só pode apreciar os atos normativos questionados. Mas, por outro lado, o órgão judiciário competente é livre para examinar as normas constitucionais que hão de servir de parâmetro da fiscalização da constitucionalidade, não estando, portanto, condicionado pelos fundamentos do pedido, deduzidos pelo requerente, tendo em vista que a causa de pedir, nas ações diretas, é aberta (CUNHA JÚNIOR, p. 178)

Muito embora, porém, não haja a possibilidade de um terceiro intervir no processo de ação direta em razão de interesse subjetivo, poderá fazê-lo caso

---

organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”.

<sup>39</sup> O presente trabalho irá ater-se tão somente ao controle concentrado abstrato realizado pelo STF, visto que corresponde ao ponto central de controvérsia quanto a constitucionalidade da PEC nº 33/2011, a qual pretendemos analisar criticamente. O controle exercido pelos Tribunais Estaduais e do Distrito Federal decorre do princípio da simetria, de forma que realizarão um controle em razão da proteção da efetividade das respectivas constituições estaduais e distritais.



apresente um interesse objetivo da demanda. É chamado *amicus curiae*, o qual terá a sua participação condicionada à aprovação do relator. Este o admitirá por meio de um juízo de verificação entre a relevância da matéria e da representatividade do postulante<sup>40</sup>.

A Constituição Federal de 1988, como já mencionado anteriormente, ampliou e aperfeiçoou o controle de constitucionalidade concentrado abstrato, de forma que não só estendeu o rol de legitimados para provocar o STF, mas também criou outras espécies de ação direta, além daquelas duas previstas na constituição anterior. Desse modo, possibilitou a ampliação do paradigma para o exercício da jurisdição constitucional.

Além disso, deu a possibilidade de ampliar os efeitos da decisão do Superior Tribunal. Isso porque, uma vez fortalecendo as vias de controle direto, a decisão do Pretório Excelso terá cada vez mais efeito *ex tunc*, visto que um controle abstrato da norma evitará que hajam demandas incidentais acerca da aplicação de normas eivadas de vício as quais permaneceriam vigente em razão das restritas possibilidades que tinha outrora de provocar o Tribunal. Com tudo isso, houve a aproximação do Superior Tribunal brasileiro com os Tribunais Constitucionais europeus (CUNHA JÚNIOR, 2014, p. 167).

O controle de constitucionalidade abstrato concentrado poderá ser realizado pela provocação dos respectivos legitimados das seguintes ações diretas: i) ação direta de inconstitucionalidade por ação (ADIN por ação); ii) ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADIN por omissão); iii) ação direta de inconstitucionalidade interventiva (ADIN interventiva); iv) ação declaratória de constitucionalidade e v) arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

ADIN genérica, como já visto anteriormente foi criada pela EC nº 16/65, durante a vigência da Constituição de 1946. A nossa carta política atual a manteve,

---

<sup>40</sup> O §2º do artigo 7º da Lei nº 9.868/99 prevê que: “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”. Muito embora trate-se de um dispositivo previsto na lei que regula apenas o procedimento da ADIN genérica, há o entendimento que a participação de um terceiro interessado objetivamente na demanda será possível em todos os meios de ação direta, visto que viabiliza a participação da sociedade nas decisões do Tribunal.

prevendo no artigo 102 I, alínea a, que compete originariamente ao STF processar e julgar ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

A grande inovação dada a esse instituto foi a ampliação dos legitimados para promover a ação. Antes da Constituição Federal de 1988, apenas o Procurador-Geral da República poderia propor essa ação. Hoje o artigo 103 do diploma normativo atual determina que poderão propor ação direta de inconstitucionalidade: o Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa da Assembleia Legislativa do Estado ou Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical e entidade de classe de âmbito nacional.

A ADIN genérica tem em vista a defesa genérica de todas as normas constitucionais. Apesar de um extenso parâmetro, o seu objeto é restrito, de forma que só poderá exercer controle apenas sobre ato normativo do poder público e lei estadual. Desse modo, é passível de ADIN genérica todos os atos previstos no art. 59 da CF/1988<sup>41</sup>.

No que concerne as emendas constitucionais, o parâmetro de seu controle é mais restrito em relação aos outros que fazem partes do objeto da ADIN genérica. Isso porque, em razão do Poder Constituinte derivado, será possível a modificação do conteúdo do texto originário da Carta Política, excetuando aquelas matérias arroladas pelo art. 60, §4º da CF/1988<sup>42</sup>.

Além disso, a Constituição Federal de 1988, introduziu a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, que tem como objeto a omissão do poder público para efetivar alguma previsão constitucional, a qual dependerá do seu ato. Desse modo, o § 2º do artigo 103 do referido diploma normativo afirma que uma vez declarada a inconstitucionalidade por omissão, deverá o STF dar ciência ao Poder

---

<sup>41</sup> Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções. Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

<sup>42</sup> § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

competente para a adoção das medidas necessárias e, tratando-se de órgão administrativo, para fazê-lo no prazo de trinta dias.

É evidente que esse dispositivo definidor da ação direta de inconstitucionalidade por omissão deve ser interpretado conjuntamente com outros preceitos fundamentais, que revelam, segundo defendemos, um direito fundamental à efetivação da constituição (CUNHA JÚNIOR, 2014, p. 227).

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem como legitimados para a sua propositura os mesmos da ADIN genérica, estando arrolados no art. 103 da CF/1988. Quanto ao objeto da referida ação, trata-se de qualquer omissão do poder público competente para dar plena efetividade as normas constitucionais de eficácia limitada, de acordo com a classificação das normas constitucionais adotadas pelo Professor José Afonso da Silva, as quais já foram mencionadas no início do presente trabalho.

Desse modo, de acordo com o já exposto, o ADIN por omissão, veio a dar efetividade a um Constituição que visa garantir a manutenção de um Estado social, através de meio adequado para garantir a efetividade das normas dirigentes<sup>43</sup>.

A inconstitucionalidade por omissão, portanto, opera no campo da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, em especial daquelas que demandam integração legislativa ou material dos órgãos de direção política, entre as quais figuram as normas programáticas definidoras de direitos sociais, muito comum nas Constituições dirigentes. Essa categoria jurídica de inconstitucionalidade por omissão, presente no direito brasileiro desde a vigente Constituição (1988), reforça significativamente a imperatividade da Lei Fundamental, conferindo-lhe força normativa e prevalência mesmo em face das omissões indevidas do poder público (CUNHA JÚNIOR, 2014, p. 234)

A Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva, por seu turno, trata-se da primeira ação direta introduzida no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Constituição de 1934. Trata-se de uma forma de controle excepcional em que resulta na intervenção da União nos Estados e Distrito Federal, na hipótese de violares os chamados princípios sensíveis previstos.

---

<sup>43</sup> Diante desse contexto vale ressaltar a discussão quanto a viabilidade de utilização de medida cautelar na ADI por omissão, de modo que houve o entendimento inicial do STF de que não caberia no âmbito da referida ação dieta, sob o fundamento que tal instituto não guardava compatibilidade com a sua natureza, visto que tinha como finalidade apenas dar ciência da mora ao poder omisso. Ocorre que com o acréscimo do art. 12-F à Lei nº 9.868/99, passou a ser previsto a utilização do instituto da liminar no âmbito da ADIN por omissão nos seguintes termos: “em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, o Tribunal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, observado o disposto no art. 22, poderá conceder medida cautelar, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 (cinco) dias”.

Desse modo, a intervenção federal por meio da ação direta de inconstitucionalidade interventiva ocorrerá tendo em vista as seguintes hipóteses: i) manter a integridade nacional; ii) repelir invasão estrangeira ou de unidade da Federação em outra; iii) pôr termo a grave comprometimento da ordem pública; iv) garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação; v) reorganizar as finanças da unidade da federação.

Com isso, muito embora não tenha esgotado todas os regramentos das ações diretas, há de perceber que as inovações introduzidas pela Constituição Federal de 1988, como a ADI por Omissão, bem como a ampliação do rol dos legitimados para ajuizar as ações diretas, têm como finalidade precípua a garantia da efetividade dos direitos fundamentais. Desse modo, o desenvolvimento de um aparato complexo para realizar a jurisdição constitucional pelos tribunais, seja no âmbito do controle concentrado ou difuso de constitucionalidade, tem como ponto central a garantia de que tais direitos previstos na Constituição Federal de 1988, não passem de meras recomendações políticas.

Muito embora seja inegável a relevância da matéria, restou no tópico que se encerra, estabelecer as premissas básicas das ações diretas previstas no ordenamento jurídico, em razão da inconveniência acerca da extensão resultante do possível prolongamento do assunto no presente trabalho, de modo a desviar a finalidade central do capítulo: o de demonstrar a relevância da jurisdição constitucional exercida pelo Poder Judiciário, em razão de uma Constituição Social que apresenta inúmeras normas programáticas as quais deveriam ser executadas, primariamente, pelo Poder Público, mais especificamente por meio do Legislativo, através da edição de leis que lhe daria maior densidade normativa, bem como pelo Poder Executivo através de atos concretos que viabilizem a sua efetivação no âmbito social.

### 3.2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EXERCIDO PELO PODER LEGISLATIVO DE ACORDO COM O ART. 49, V DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Dentre os mecanismos previstos na Constituição Federal de 1988<sup>44</sup>, que viabiliza o controle de constitucionalidade pelo Poder Legislativo, existe aquele disciplinado no art. 49, V do referido diploma normativo<sup>45</sup>. É por meio desse regramento constitucional que há permissão ao Congresso Nacional, privativamente, sustar os atos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa.

Muito embora possa sustar o ato do Poder Executivo, não poderá no momento de realização de controle, “invadir esfera de reserva administrativa do Executivo ou disciplinar matéria cuja iniciativa seja a ela reservada” (BARROSO, 2009 A, p. 74). Há de observar, portanto, que se trata de um controle repressivo realizado pelo Congresso Nacional, muito embora não tenha em tal hipótese o privilégio da última palavra, podendo o seu ato ser objeto de controle de constitucionalidade por ação direta, em que o STF julgará o seu ato por último.

Questionamento há quanto a possibilidade de ampliar a hipótese de sustação dos atos do STF pelo Congresso Nacional, quando entender que a decisão do Excelso Pretório foi além das previsões constitucionais. Utiliza-se como fundamento para tanto, que ao Poder Legislativo foi dada a atribuição típica de editar leis, de forma que, assim como exerce o controle dos atos do Poder Executivo de acordo com o dispositivo já citado acima, não haveria motivo para não desempenhar atribuição análoga sobre os atos do Poder Judiciário. Instituiria, desse modo, uma

---

<sup>44</sup> Além daquele previsto no art. 49, o qual o presente trabalho pretende estudar, existem: i) o pronunciamento da Comissão de Constituição e Justiça, a qual realiza um controle preventivo de constitucionalidade de projeto de lei ou emenda constitucional em momento anterior do início de sua tramitação nas casas legislativas; ii) rejeição do veto do Chefe do Executivo, ainda que tenha como fundamento a inconstitucionalidade do projeto de lei, devendo para tanto seguir o procedimento previsto no art. 60, §4º da CF/88; iii) juízo prévio acerca das medidas provisórias, as quais não poderão tratar de determinados assuntos arrolados no art. 62, §1º, estando prevista tal possibilidade no §5º do mesmo dispositivo, ambos disciplinados na Resolução n. 1, de 8 de maio de 2002; iv) aprovação de emenda constitucional superadora da interpretação fixada pelo STF, salvo às matérias protegidas por cláusulas pétreas, no momento do exercício do poder constituinte derivado, observando os demais requisitos do processo legislativo dos parágrafos do art. 60 da Constituição Federal de 1988; v) possibilidade de propositura de ação direta por órgão legislativo, visto que o art. 103 da CF/88 arrola como uns dos legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade as Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e da Assembleia Legislativa; vi) assiste a possibilidade de revogar lei inconstitucional de forma que terá efeito ex nunc, diferenciando-se da declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário, o qual terá efeito ex tunc, visto que atingirá o plano da validade e não da existência, como é o caso da primeira hipótese (BARROSO, 2009, p. 67-76).

<sup>45</sup> Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

espécie de controle repressivo por parte do Poder Legislativo sobre os atos do Poder Judiciário.

Desse modo, vale mencionar a PEC nº 33/2011, a qual, como foi visto no capítulo anterior tem o intuito de introduzir mudanças no procedimento de atuação do Poder Judiciário, de modo a enfraquecer o seu exercício em contraposição à atividade do Poder Legislativo.

Essa tentativa fica mais evidente no art. 3º da referida proposta, a qual tem o intuito de adicionar restrições no controle de constitucionalidade abstrato do STF, quando o objeto da ação direta for uma emenda à Constituição. Como já demonstrado de forma exaustiva, as alterações propostas teriam em vista submeter a eficácia geral da referida decisão ao aval posterior do Congresso Nacional. Na hipótese de não haver convergência de entendimento, esse conflito seria resolvido por meio da consulta popular, de modo que seria a vontade da maioria que iria determinar o juízo de constitucionalidade do conteúdo normativo mais relevante no contexto de um Estado Democrático de Direito, visto que diz respeito a um regramento constitucional.

O principal argumento para a legitimidade de mudança tão relevante no âmbito da jurisdição constitucional, é a previsão do inciso X do artigo 52 da Constituição Federal, o qual estabelece a competência privativa do Senado Federal de “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Trata-se de um dispositivo que tem sua origem na Constituição de 1934, a qual, como foi visto anteriormente, introduziu o modelo de controle de constitucionalidade difuso no Brasil. A introdução de tal possibilidade deu-se em razão da não importação do modelo americano do instituto do *stare decisis*, de forma que, o primeiro entendimento acerca da previsão constitucional, a qual perdurou até a previsão constitucional atual foi de que “o ato do Senado emprestava eficácia genérica à decisão definitiva”. Desse modo, “a suspensão tinha o condão de dar alcance normativo ao julgado da Excelsa Corte” (MENDES, 2004, p. 150).

Tal atribuição dada ao Senado Federal, correspondeu a um grande avanço à época de sua instituição pela Constituição de 1934 e as seguintes. Essa relevância, porém, como verá mais adiante, perdurou até o momento em que passou a ser consagrado o modelo concentrado de constitucionalidade pela Constituição Federal

de 1988. Isso porque, não havia a possibilidade de o STF estender os efeitos de sua decisão a todos, só podendo produzi-los entre as partes componentes do processo. Desse modo, Gilmar Ferreira Mendes (2004, p. 152) conclui que o entendimento prevalente acerca do ato do Senado Federal no que diz respeito a “suspensão da execução da lei”:

Importava na extensão dos efeitos do aresto declaratório da inconstitucionalidade, configurando, inclusive, instrumrmento de economia processual. Atribuía-se, pois, ao ato do Senado caráter ampliativo e não apenas paralisante ou derogatório do diploma viciado. E, não fosse assim, inócuo seria o instituto com referência a maioria das situações formadas na vigência da lei declarada inconstitucional.

Desse modo, houve o entendimento, o qual perdurou até o momento em que foi possível a aplicação do referido instituto<sup>46</sup>, isso porque o ato de “suspensão” pelo Senado Federal de lei ou ato normativo seria uma forma de ampliar os efeitos da decisão do STF para além do caso concreto que resultou na declaração incidental da lei ou ato normativo. Com isso, passou a ser considerado um instrumento de economia processual por meio do qual estendia uma decisão de declaração de inconstitucionalidade pelo STF que teria efeito *inter partes*, para toda a sociedade.

Ocorre que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o referido dispositivo, muito embora previsto na Carta Política atual por meio da vontade da Assembleia Constituinte Originária, passou a ter eficácia reduzida, em razão das novas peculiaridades introduzidas pela nova ordem constitucional.

Como já foi demonstrado anteriormente no presente trabalho, houve não só a previsão pela Constituição Cidadã de um controle abstrato por meio de ação direta de constitucionalidade, mas também a sua ampliação. Diante de sua peculiaridade de ter efeito *erga omnes*, o instituto do controle incidental passou a ter papel secundário no âmbito das decisões do STF.

A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se quebrasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes – hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até

---

<sup>46</sup> Como será visto mais adiante, a instituição de Constituições cujo conteúdo apresenta textos de conteúdo mais aberto, introduziu uma nova forma de interpretar os normas do referido diploma, sendo possível a declaração de inconstitucionalidade de determinado ato, sem necessariamente retirar o paradigma (lei ou ato normativo) objeto do controle do ordenamento.

mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, de valer tão-somente para as partes? (MENDES, 2004, p. 155).

Desse modo, Gilmar Ferreira Mendes conclui que, em razão da evolução do próprio instituto do controle abstrato das normas, de forma que passou a dar maior poder ao STF, bem como a possibilidade dada ao Tribunal de suspensão liminar do efeito das normas, como já visto anteriormente, faz crer que a previsão do art. 52, inciso X da CF/1988 “assenta-se hoje em razão de índole histórica” (2004, p. 155).

Além disso, em razão da própria estrutura do Constituição Federal de 1988, a qual apresenta textos de conteúdo aberto, permeada por princípios, como foi mencionado anteriormente, acaba por impossibilitar muitas vezes atuação do Senado Federal como agente capaz de dar eficácia erga omnes a declaração, pelo STF, de inconstitucionalidade por via incidental. Isso porque, muitas de decisões proferidas nessa modalidade de controle, não apresentam a necessidade da retirada do texto do ordenamento. São casos em que a declaração limita “a fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta” (MENDES, 2004, p. 155).

Desse modo, Gilmar Ferreira Mendes (2004, p. 155-6) cita uma das referidas situações possíveis: quando o STF “afirma que dada disposição há de ser interpretada dessa ou daquela forma, superando, assim, entendimento adotado pelos tribunais ordinários ou pela própria administração”; ou quando “adota uma interpretação conforme à Constituição, restringindo o significado de uma dada expressão literal ou colmatando uma lacuna contida no regramento ordinário”; também existem os “casos de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, nos quais se explicita que um significado normativo é inconstitucional sem que a expressão literal sofra qualquer alteração”.

Assim, o Senado Federal estaria adstrito a situações, cada vez mais raras em razão do controle abstrato de constitucionalidade, de exercer a suspensão pela declaração de inconstitucionalidade do STF, nas situações escassas em que haveria o reconhecimento de incompatibilidade de lei ou ato normativo à Constituição Federal.

Diante dessa nova estrutura normativa da Constituição, a qual faz nascer a necessidade de uma atuação positiva do juiz para que possa aplicar o direito, é



aprovada pelo Poder Legislativo, a Emenda Constitucional nº 45/2004. Dentre uma série de medidas que vieram a realizar uma reforma do judiciário, foi introduzido ao nosso ordenamento o instituto da Súmula Vinculante, cuja competência cabe ao STF editar seus enunciados a fim de viabilizar, dentre outras garantias, a segurança jurídica através da uniformização da jurisprudência e economia processual. Isso porque, com a ampliação dos meios de acesso de justiça por meio da Carta Política de 1988, o Supremo Tribunal, viu-se com um número cada vez maior de demandas.

Luís Roberto Barroso (2009, p. 80) afirma que:

Existe, ainda uma outra razão de grande relevância a inspirar a idéia de um respiro mais amplo e profundo aos precedentes judiciais. É que a interpretação jurídica, nos dias atuais, está longe de ser compreendida como uma atividade mecânica de revelação de conteúdo integralmente contidos nos textos legislativos. Especialmente quando eles se utilizam de termos polissêmicos, de conceitos jurídicos indeterminados ou de princípios gerais. Nessas situações, o intérprete desempenha o papel de co-participante do processo de criação do Direito, dando sentido a atos normativos de textura aberta ou fazendo escolhas fundamentadas diante das possibilidades de solução oferecidas pelo ordenamento.

Desse modo, há de concluir que o dispositivo do inciso X do artigo 52 da Constituição Federal, que já tinha a sua aplicabilidade comprometida em razão da nova forma de interpretar o direito, a qual resultou também em um controle de constitucionalidade que muitas vezes não resultaria na declaração de inconstitucionalidade de uma lei, mas tão-somente ao seu modo de aplicação no caso concreto, passou a ter um outro obstáculo que comprometeria a sua efetividade: a introdução da emenda à Constituição número 45/2005. Dentre outras medidas que tiveram o intuito de permitir um melhor funcionamento do exercício do Poder Judiciário, em razão do número de demandas que deveriam ser julgadas, foi introduzido o instituto das Súmulas Vinculantes. Por meio delas, o STF passou a ter a faculdade, diante de reiteradas decisões acerca de matéria constitucional que suscita polêmica doutrinária atual, editá-las, de forma que terá efeito vinculante não só perante o judiciário, mas também ao Poder Público.

Desse modo, como a PEC nº 33/2011, com base no “protagonismo assumido pelo Poder Judiciário” também pretende limitar a eficácia do enunciado das Súmulas Vinculantes, submetendo-a ao aval posterior do Congresso Nacional, vale analisar os regramentos básicos de tal instituto, para que possa, em momento

oportuno, com o entendimento das bases necessárias para a sua aprovação, poder analisa-la criticamente.

### 3.3 SÚMULA VINCULANTE

O instituto da Súmula Vinculante foi introduzido no ordenamento brasileiro através da Emenda Constitucional nº 45/2004, por meio do qual foi adicionado na Constituição Federal de 1988 o artigo 103-A<sup>47</sup> que prevê o procedimento para edição de seus enunciados. Por meio dele passou a ser conferido ao STF “o poder de determinar à Administração Pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário a observância compulsória da jurisprudência da Corte em matéria constitucional (BARROS, 2009, p. 79).

A Súmula Vinculante resulta de uma crescente valorização da jurisprudência no Direito contemporâneo. É possível afirmar dois dos principais motivos que justificaram a introdução do desse instituto no ordenamento brasileiro: a quantidade das demandas judiciais as quais aumentaram de forma significativa a partir da Constituição Federal de 1988 e “a expressiva quantidade de demandas em torno do mesmo objeto, de uma mesma controvérsia jurídica, como por exemplo a constitucionalidade de um plano econômico ou da cobrança de um tributo” (BARROSO, 2009, p. 80).

Assim:

---

<sup>47</sup> Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

A súmula vinculante permite a enunciação objetiva da tese jurídica a ser aplicada a todas as hipóteses que envolvam questão idêntica. Como consequência, contribui para a celeridade e eficiência na administração da justiça, bem como para a redução do volume de recursos que chega ao STF (BARROSO, 2009, p. 80).

Desse modo, ela foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com o intuito de garantir a igualdade no julgamento das partes, permitindo, com isso maior segurança jurídica. Isso porque traz maior previsibilidade do que será julgado pelo Tribunal.

Esse instituto veio a permitir, portanto, uma uniformização jurisdicional, principalmente no âmbito do controle difuso de constitucionalidade exercido pelo STF. Isso porque, como já foi visto anteriormente no presente trabalho, muito embora tenha sido importado tal modelo jurisdicional pelos tribunais norte-americanos, o Brasil não trouxe com ele o instituto do *stare decisis*.

Assim, apesar de haver um procedimento no âmbito da declaração inconstitucionalidade incidental que privilegia sobremaneira a decisão do Supremo Tribunal Federal<sup>48</sup>, esse modelo de controle restou por não apresentar relevante força. Como já foi citado anteriormente, o referido sistema, o qual não leva em consideração de forma devida os precedentes, resta por permitir que a lei viciada seja afastada no caso suscitado no âmbito do processo litigioso, porém ainda continua a vigor e produzir eficácia fora dele, mesmo com a nulidade reconhecida.

Desse modo, a Súmula Vinculante veio a viabilizar uma maior uniformidade no âmbito jurisprudencial. Assim, por meio dela, é possível que o STF possa editar decisões jurisdicionais reputadas relevantes resultantes de relevante controvérsia, de forma a torna-las vinculantes não só perante o Poder Judiciário, mas também à administração pública.

As súmulas vinculantes têm como objeto: a validade, interpretação ou eficácia de uma determinada norma. Esta, poderá ser tanto o texto de uma lei editada por qualquer um dos entes federativos, de forma que o enunciado da súmula vinculante dirá respeito aos modos de interpretação adotados pelo STF permitindo que a sua aplicação seja conforme aos preceitos da Constituição Federal de 1988; ou

---

<sup>48</sup> Vale lembrar que é dada ao juiz monocrático ou órgão fracionado declarar a inconstitucionalidade por via incidental sem a necessidade de levar o caso ao pleno ou órgão especial, na hipótese de tratar-se de matéria já pacificada pelo STF ou pelo próprio tribunal o qual pertença.

poderá dizer respeito a um dispositivo da própria Carta Política, de forma que, o enunciado será um meio utilizado pelo Superior Tribunal para editar o seu entendimento quanto ao significado de determinados termos indeterminados presentes em seu texto, dando-lhe maior materialidade.

### **3.3.1 Requisitos e Procedimento para Edição de Enunciado de Súmula Vinculante**

Os requisitos procedimentais da Súmula Vinculante são aqueles previsto no art. 103-A e parágrafos da Constituição Federal. Desse modo, elas serão editadas, revistas ou canceladas por meio da aprovação de dois terços dos Ministros do STF (necessidade de oito ministros), por iniciativa própria ou mediante provocação de um dos legitimados arrolados no art. 103 da CF/88, o qual prevê quem poderá propor ação direta de constitucionalidade.

Além daqueles previstos no citado dispositivo, a Lei nº 11.417/2006, cuja aprovação deu-se a fim de permitir uma melhor regulação do procedimento necessário para o funcionamento do referido instituto, ampliou o rol de legitimados, de forma que o art. 3º do diploma normativo em questão prevê que: “São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmulas vinculantes: XI – os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares”.

Além disso, o §1º do mesmo artigo prevê que “o Município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não produzirá a suspensão do processo”.

Além da restrição quanto aos legitimados para propô-la perante o Superior Tribunal, há também uma limitação material. O enunciado da Súmula Vinculante só poderá ser editado quando houver reiteradas decisões do STF sobre questões constitucionais consideradas relevantes que suscitem controvérsias entre órgãos judiciais ou entre estes e a Administração Pública.

### 3.3.2 Eficácia de Enunciado de Súmula Vinculante

A Súmula Vinculante “apenas confere eficácia geral a uma linha de decisão estabelecida na Corte, que presumivelmente seria reproduzida em todo e qualquer caso similar que chegasse ao STF” (BARROSO, 2009, p. 85).

Ela irá, portanto, vincular qualquer órgão do Poder Judiciário, inclusive os tribunais, os quais deverão seguir obrigatoriamente o seu entendimento no momento em que estiverem realizando suas atividades típicas de jurisdição. O STF, inclusive, estaria vinculado ao próprio enunciado por ele editado, de forma que, só poderá contrariar o seu conteúdo no momento que resolver cancelá-la ou reformulá-la, necessitando para tanto do preenchimento dos requisitos procedimentais já analisados para a sua edição.

Além do Poder Judiciário, a edição da Súmula Vinculante também vinculará o Poder Legislativo e Executivo. Desse modo, caso um dos entes venha a desrespeitar algum dispositivo de seu enunciado, caberá Reclamação Constitucional perante o STF.

No que diz respeito aos efeitos temporais de enunciado de Súmula Vinculante, será em regra *ex nunc*. Isso porque não poderá confundir a decisão que deu origem a súmula e o próprio ato de sua criação pelo STF. Há, porém, a possibilidade de o Superior Tribunal decidir pela modulação dos efeitos da súmula editada, de acordo com a previsão do artigo 4º da Lei nº 11.417/2006. Será preciso, para tanto, a aprovação de 2/3 dos Ministros.

### 3.3.3 Súmula Vinculante e a sua natureza normativa

A Súmula Vinculante apresenta certa natureza normativa, tendo como resultado de sua criação a interpretação ao texto constitucional pelo STF no exercício jurisdicional. Desse modo, dá ao Superior Tribunal a possibilidade de editar verdadeiramente normas jurídicas que teriam eficácia geral, muito semelhante ao efeito das decisões no controle concentrado de constitucionalidade.

Há de perceber que ela distancia da natureza jurisdicional, visto que, muito embora exista um rol de legitimados para propor a edição de seu enunciado, o próprio Pretório Excelso poderá *ex officio* iniciar o procedimento de sua aprovação. É o que afirma Elival da Silva Ramos, de forma que enxerga nesse instituto um instrumento de ativismo judicial sem muita necessidade, por ser contrário a natureza do Poder Executivo no âmbito de sua atribuição típica, visto que realiza a edição de tais enunciados ao arrepio do princípio da inércia da jurisdição e da inafastabilidade (2015, p. 311), sem, contudo, viabilizar o principal o objetivo da introdução de tal instituto.

Muito embora não tenha a limitação no que concerne a autonomia dada para de ofício dar início ao procedimento de sua edição, há limitações no que tange a escolha do conteúdo, devendo tratar-se de matéria resultante de decisões reiteradas do tribunal, que preencha os requisitos do §1º do art. 103-A. Desse modo, o grau de discricionariedade dada ao Superior Tribunal para a edição da Súmula Vinculante é bastante restrito, no que concerne a criação das leis pelo Poder Legislativo.

Desse modo, apesar de tratar-se de uma atividade atípica, inegável é que a edição das Súmulas Vinculantes viabiliza o exercício do controle jurisdicional de constitucionalidade, mais especificamente aquele exercido por via incidental pelo STF. Corresponde, portanto a uma forma de permitir uma uniformidade da jurisprudência dos tribunais de modo a garantir segurança jurídica aos administrados bem como um tratamento isonômico no âmbito de efetivação dos direitos fundamentais.

#### 4 ANÁLISE CRÍTICA DA PEC Nº 33/2011

Como pode ser analisado de acordo com o que foi desenvolvido no capítulo anterior, a discussão quanto a viabilidade da PEC nº 33/2011 perpassa pela legitimidade do STF como detentor da última palavra acerca da interpretação da Constituição.

Isso nos remete a dois pontos considerados cruciais pelo Deputado Nazareno Fontelles, autor da referida proposta, que justificaria a aprovação de medidas que viriam a enfraquecer a atuação do poder judiciário: a judicialização das relações sociais e o ativismo judicial.

Luís Roberto Barroso denomina a judicialização das relações sociais como sendo “judicialização da vida”, afirmando que seria um fenômeno mundial que teve maior força, nos países ocidentais, durante o final da Segunda Guerra Mundial. “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” (2008, p. 03).

No Brasil a judicialização da vida resultou de fatores peculiares marcados pela história do nosso país. Luís Roberto Barroso (2008, p.03) aponta três situações que contribuíram para tanto: a redemocratização do país que teve como ponto crucial a promulgação da Constituição de 1988, de forma que permitiu o fortalecimento do Poder Judiciário como órgão autônomo em relação aos outros dois poderes, bem como deu a sociedade possibilidade de exigir as demandas necessárias para efetivação de seu direito, seja em razão da expansão institucional do Ministério Público que deixou de ter sua atuação restrita a esfera penal, bem como o crescimento da Defensoria Pública

Isso porque, com as previsões contidas na nova Carta Constitucional, “o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou e um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes”. Além disso, o ambiente democrático permitiu que a população pudesse ter maior consciência dos seus direitos, de forma que se viu livre para dirigir-se ao Poder Judiciário, a fim de exigir a sua garantia, tendo o auxílio dos órgãos acima citados para tanto.

Além disso, como já foi mencionado pelo próprio deputado autor da PEC nº 33/2011, o extenso regramento dado a Constituição Federal de 1988 permitiu que matérias antes discutidas apenas no âmbito do Legislativo e Executivo fossem contempladas pelo Poder Judiciário. Esse, por sua vez, só seria chamado para decidir quando provocado. Essa condição para que possa atuar, por si só já seria uma limitação dessa esfera de poder.

Além da extensão da Carta Constitucional de forma a contemplar uma infinidade de matérias relevantes para a sociedade, foi instituído um modelo peculiar de controle de constitucionalidade brasileiro, sendo o mais abrangente do mundo. Este como foi demonstrado no segundo capítulo acumula tanto características do controle norte americano quanto o europeu. Desse modo permite aos tribunais realizarem o controle difuso de constitucionalidade bem como deu ao STF o *status* de Corte Constitucional capaz de declarar a inconstitucionalidade em abstrato de normas e atos normativos do Poder Público.

Esse modelo adotado pela Constituição Federal de 1988, não foi por acaso. Decorre de uma experiência anterior que o nosso país enfrentou em razão de um longo período de Ditadura Militar. Assim, houve, de forma proposital, não só um extenso regramento de matérias essenciais para que pudéssemos viver em uma sociedade justa e solidária, pautada em uma Carta Política dirigente, mas também estabeleceu um maior poder ao Judiciário, a fim de evitar que o Legislativo e, principalmente, o Executivo exercessem de forma demasiada o poder.

Há de concluir, portanto, que a judicialização das relações sociais decorre de uma opção política do legislador originário. Não há, desse modo, em razão de uma atuação do Poder judiciário de forma mais ativa na vida social, um desequilíbrio da separação de poderes. Ao revés, essa esfera de poder foi ocupando, cada vez mais, o centro das decisões políticas de forma proposital, sob o fundamento de ser composto por um corpo técnico de magistrados que não estão vinculados a nenhum seguimento social, visto que apresentam o benefício da vitaliciedade, não dependendo da aceitação de uma opinião muitas vezes dotada de paixões momentâneas do povo para permanecer no seu posto.

Além disso, muito embora o sistema brasileiro guarde certas peculiaridades quanto as atribuições do Poder Judiciário, principalmente no que concerne ao sistema de controle de constitucionalidade, a sua maior atuação nas decisões políticas da



sociedade decorre de um fenômeno global. Diante das atrocidades ocorridas durante a Segunda Guerra começou a ser questionado quem teria a legitimidade de dizer a lei. Dúvida não tinha da importância da Constituição para a manutenção do Estado. O ponto crucial da discussão, no entanto seria quem teria legitimidade para garantir a sua efetivação.

A memória dos acontecimentos recentes não permitia mais conceber o cumprimento dos objetivos de um sem a concomitante efetivação do outro. Diga-se mais claramente: não poderia haver democracia sem um rígido esquema constitucional que impedisse o abuso das decisões majoritárias, assim como uma Constituição não democrática seria um embuste a dissimular um regime autoritário (MENDES, 2008, p. 08)

Assim, existe de um lado a soberania popular, pautada pela vontade da maioria, a qual, muitos pensadores têm ideia simplista ser a genuína democracia. Ocorre que decisões que fossem tomadas apenas levando como base esse critério, acarretaria uma insegurança ao Estado em razão do perigo de eventuais abusos que a maioria poderia exercer sobre os demais. Desse modo, interessante é destacar o pensamento de Luís Roberto Barroso (2008, p. 11/12):

A Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância de poder. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos.

Desse modo surge a judicialização das relações sociais, que tem como peculiaridade permitir que Juízes, os quais não representam a vontade popular, visto que não são eleitos pelo povo, decidam acerca de pontos relevantes do Estado. Assim, tomam para si uma atribuição que outrora era exclusiva aos poderes Legislativo e Executivo.

Muitos questionamentos existem acerca dessa estrutura de organização política. Isso porque de fato o Poder Judiciário, não sendo composto por representantes do povo, poderia ter a faculdade de proferir decisões contramajoritárias em razão da defesa técnica do que está previsto constitucionalmente.

Aqueles que defendem a PEC 33/2011, tentam desconstruir esse entendimento que tende a garantir não só um controle procedimental, mas também substancial de uma decisão. Questionam, para tanto, o fato de que, mesmo que uma decisão do Juiz fosse tecnicamente mal fundamentada, não haveria outra via capaz de revisá-la. Assim, rechaçam qualquer controle de conteúdo, desde que houvesse a legitimidade quanto aos direitos da sociedade por aqueles que de fato o exerceriam.

Ou seja, como não seria possível estabelecer uma segurança extrema de que a decisão do Juiz seria justa, tendo em vista que não haveria uma outra via para que pudesse proteger a sociedade das más fundamentações; o correto seria retirar como pano de fundo o cuidado quanto ao controle de conteúdo, para tão somente estabelecer um procedimento que seria considerado o mais justo em razão de maior aceitação social. Desse modo, será a decisão correta aquela que tiver maior grau de legitimidade dentro de uma sociedade.

Ocorre que esse pensamento não coaduna com a razão da criação de Constituição no estado moderno. Temos que ter em mente que o Brasil é um país plural, seja em razão da história de sua formação, em que pessoas de diferentes nacionalidades dirigiram-se para esse novo mundo recém descoberto, relacionando-se com os que já aqui viviam, cuja cultura já era bem diversificada; seja pelo fato de ser um dos maiores países em extensão do mundo, de forma que, em cada região apresenta costumes diferentes.

Há aqui, muito embora estejamos de fato diante de um Estado composto por um único povo, uma sociedade diversificada. Inúmeros interesses então constantemente colidindo. É indispensável que haja um corpo técnico, livre das influencias diretas das paixões humanas para não pacificar conflitos que são presentes em toda em qualquer sociedade, mas estabelecer uma decisão final. Essa decisão, porém, deverá ser pautada em alguns preceitos, devendo como finalidade última garantir a liberdade do indivíduo e sua dignidade.

Desse modo, há de analisar alguns fatores que poderão ser desencadeados caso a PEC 33 de 2011 seja aprovada. Os tópicos a seguir buscam analisar as influências que poderiam acarretar a modificação do texto constitucional para que possamos concluir pela sua viabilidade ou não no Estado brasileiro.

#### 4.1 ENFRAQUECIMENTO DO PODER JUDICIÁRIO

As medidas que têm em vista modificar a atuação do Poder Judiciário através da PEC nº 33/2011, como já foi analisado, teriam como escopo o seu enfraquecimento, sob o argumento de que esse vem alcançando um protagonismo que faz atrofiar o exercício dos outros dois, sendo de forma mais intensa a limitação do exercício do Poder Legislativo.

Nesse caso, vale relembrar o que foi suscitado pelo autor do Mandado de Segurança nº 32036, o Deputado Carlos Sampaio, quanto a modificação do quórum de oitenta por cento para aprovação de enunciado de Súmula Vinculante e declaração de inconstitucionalidade de norma ou ato do Poder Público. Argumenta para tanto que, a exigência de tal percentual de aprovação paralisaria a atuação dos tribunais, principalmente do STF. Isso porque, no caso do Excelso Pretório, seria necessário a concordância de pelo menos oito ministros dos onze que compõem o Tribunal.

Ocorre que dificilmente as reuniões têm a presença de todos os Ministros, de forma que, para aprovação de Súmula Vinculante ou a declaração de inconstitucionalidade de normas ou ato do Poder Público seria necessária a unanimidade.

A alteração do quórum para aprovação de súmula vinculante e declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo para 4/5, ou seja, oitenta por cento, tornaria a atividade do judiciário praticamente impossível de ser exercida. Haveria, portanto, a impossibilidade do exercício pelo Tribunal de atividades típicas a ele atribuída.

Vale ressaltar que até mesmo a edição de enunciado de Súmula Vinculante, muito embora tenham sido introduzidas na Constituição Federal por meio da Emenda Constitucional nº 45, não poderia ter a sua tramitação modificada a tal ponto que a utilização desse instituto se torne impossível.

Tanto o primeiro, quanto o segundo relator da Comissão de Constituição e Justiça alegaram que tal alteração não seria inconstitucional. Isso porque, segundo o relatório já analisado no segundo capítulo do presente trabalho, trata-se de uma atribuição atípica do Poder Judiciário, o qual estaria legislando no momento da utilização de tal instituto. Além disso, alegam que por não decorrer da vontade do

legislador originário, não haveria que se falar em ofensa de separação de poderes em razão de ser resultante de uma criação posterior a edição da Constituição Federal de 1988.

Tal assertiva, porém, não coaduna com as matrizes do constitucionalismo moderno. Como já foi mencionado ao longo do presente trabalho, a Constituição Federal apresenta uma grande extensão normativa, a qual estabelece normas de textura aberta com o intuito de garantir que o magistrado possa, diante de um caso de difícil solução, resolvê-lo baseando-se em tais princípios como trunfos.

Dessa forma, o Poder Judiciário tem um papel de analisar o caso concreto e aplicar a norma de acordo com as peculiaridades presentes. Desse modo, no momento da interpretação, há criação de normas individualizadas, de acordo com a peculiaridade do problema trazido ao Tribunal. Isso porque, não seria possível que o texto normativo pudesse prever objetivamente todos os possíveis casos que demandariam a atuação do judiciário.

É de Kelsen o esclarecimento de que a função criadora do direito dos tribunais, existente em toda as circunstâncias, surge com particular evidência quando um tribunal recebe competência para produzir também normas gerais por meio de decisões com força de precedentes. Conferir tal decisão caráter de precedente é tão só um alargamento coerente da função criadora de direitos individuais, mas também normas jurídicas gerais, estarão eles em concorrência com o órgão legislativo instituído pela Constituição, e isso significará uma descentralização da função legislativa (MENDES, 2012, p. 1039)

Além disso, no que concerne ao instituto da Súmula Vinculante, muito embora, como já foi mencionado anteriormente, tratar-se de atuação atípica do Poder Judiciário, visto que ela poderá ter sua tramitação iniciada de ofício pelo próprio Supremo, de forma que não apresenta a limitação jurisdicional da inércia, corresponde em verdade a um instrumento limitador<sup>49</sup> do poder de atuação do próprio Poder Judiciário, garantindo maior segurança jurídica e tratamento isonômico.

Além disso, muito embora seja uma atividade fora do exercício jurisdicional, há uma limitação quanto ao conteúdo das Súmulas Vinculantes, devendo obrigatoriamente versar sobre a interpretação e eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e

---

administração pública, que resulte em grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questões idênticas. Desse modo, só poderá ser objeto de súmula vinculante, dispositivos cujas decisões judiciais do STF tornaram-se frequentes em razão de inúmeros casos semelhantes serem levados constantemente ao Pretório Excelso.

Desse modo, trata-se de uma ferramenta, que ao invés de estabelecer um maior poder ao Judiciário, em verdade limita a sua atuação, de forma que sua interpretação acerca de determinada norma estará adstrita ao que está previsto objetivamente na matéria sumulada. Além disso, não se trata de um instituto que vincule obrigatoriamente o legislativo, de forma que poderá ser cancelado o seu enunciado pelo Congresso, bastando para tanto que a norma que lhe deu origem seja revogada pelo legislativo<sup>50</sup>.

A Súmula Vinculante, ao invés de dar maiores poderes ao STF seria uma forma de limitar a sua atuação, garantindo decisões semelhantes a casos parecidos. Desse modo, muito embora a sua criação tenha ocorrido após 1988, e tratar-se de uma atividade atípica do Poder Judiciário, seu instituto foi criado com o intuito não de criar normas simplesmente, de modo a concorrer com a atividade legislativa, mas sim editar interpretações acerca de casos que o Congresso Nacional foi omissos ou o regulou de forma insatisfatório, de modo a resultar em inúmeras demandas que versam sobre um mesmo caso no âmbito do Judiciário. Assim, trata-se de um instrumento necessário para garantir maior celeridade e maior segurança quanto ao conteúdo das decisões.

A limitação para a sua edição acarretaria o enfraquecimento da Jurisprudência dos Tribunais. Desse modo, a aprovação de tal dispositivo da PEC 33/2011 significaria um retrocesso no âmbito processual, indo de encontro com o entendimento da relevância da força dos precedentes nas decisões judiciais.

---

<sup>50</sup> Para melhor esclarecimento, ler o artigo do Professor Victor Nunes Leal, *Passado e Futuro da Súmula do STF*, Revista de Direito Administrativo da FGV. Em passagem interessante acerca do tema, o referido autor afirma que: “Em contraposição, note-se, em primeiro lugar, que a Súmula pode modificar-se, ou perder sua eficácia, total ou parcialmente, quando se altera a norma de direito cuja interpretação nela se traduz. Com o evoluir das reformas constituintes e legislativas, alguns enunciados ficam prejudicados, no todo ou em parte, sem direta interferência do Supremo Tribunal, que apenas registra ou divulga tais conseqüências. Assim, por exemplo, quando se reduziu aos casos de ofensa à Constituição o recurso extraordinário em matéria trabalhista, uma série de súmulas - salvo para fins retrospectivos - deixou de ter utilidade. O mesmo aconteceu em casos de modificações de leis ou decretos” (1997, p. 07).

Da mesma forma ocorre quanto ao condicionamento ao aval do Congresso Nacional de atos importantes do STF, quais sejam; a edição de Súmulas Vinculantes e a declaração de inconstitucionalidade de emendas à Constituição, tendo como agravante neste último caso de que, na hipótese de o Poder Legislativo discordar do Poder Judiciário, o embate seria decidido por meio de consulta popular.

Tais medidas transformariam o Poder Judiciário em uma figura meramente ilustrativa, sendo contrário a toda a evolução natural de um Estado Moderno, que, para garantir a efetividade da Constituição Federal, estabeleceu o Judiciário como ente encarregado de realizar um controle sobre os atos dos demais poderes, com o intuito de que estes não exorbitem as atribuições que foi dada pela Carta Política.

Diante desse contexto, vale apresentar as ideias trazidas por Mauro Cappelletti, cuja obra intitulada “Juizes Legisladores?”, estabelecem as diferenças básicas entre as decisões dos Tribunais e a edição de normas pelo Poder Legislativo.

Desse modo, é inquestionável que, no momento da decisão judicial, haja criação do direito. Ocorre que diverso é o modo como o legislativo e judiciário o faz.

O bom juiz bem pode ser criativo, dinâmico e “ativista” e como tal manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois, a seu entender, se assim agisse deixaria simplesmente de ser juiz (CAPPELLETTI, 1992, p. 74)

Desse modo, o judiciário apresenta duas diferenças básicas no momento da criação do direito, o qual distancia da atuação legislativa: a questão de o juiz ser chamado para decidir uma controvérsia tendo em vista o caso concreto, de forma que teria acesso direto com as partes que compõem a lide; além disso a exigência de uma postura imparcial, de forma a ter certos requisitos mínimos para que sua decisão seja proferida como a ouvida das partes bem como estar destituído de independência externas.

Diante de tais requisitos, portanto, é possível concluir três pontos cruciais quanto ao processo decisório do Poder Judiciário: o juiz não poderá ter interesse pessoal na demanda; a questão do caráter contraditório do processo de forma que deve ser garantido as partes interessadas momento de manifestação quanto a defesa de seu direito; bem como um requisito procedimental capaz de paralisar o judiciário de forma que só poderá manifestar-se quando provocado, a sua inércia (CAPPELLETTI, 1992, p. 75).

Vale ressaltar que tais limitações são apenas procedimentais. Como foi analisado no presente trabalho, a Constituição Federal de 1988 apresenta uma grande extensão normativa, em que estão presente textos cujo conteúdo apresenta caráter aberto. Desse modo, se por um lado, o Poder Judiciário apresenta balizas procedimentais no seu exercício, por outro, em razão de uma escolha da Assembleia Constituinte de 1988, no âmbito substancial, goza de maior liberdade interpretativa.

Assim, dúvida não há que exista um grau de discricionariedade do juiz ao interpretar a lei para proferir uma decisão judicial. Desse modo, muito embora, o poder judiciário exerça uma atividade de revisão na decisão dos outros poderes, tendo como base a sua tecnicidade, a valoração no momento da interpretação do texto é irrefutável.

Elival da Silva Ramos coaduna com tal ideia, de modo que:

Muito embora se possa defender uma política de self-restraint dos tribunais em relação aos órgãos de base do aparato judiciário quando a aplicação da lei envolver a manipulação de conceitos discricionários (como seria o caso de certos conceitos indeterminados e normativos) não se poderia jamais impedir que tribunais revisores substituam o juízo feito pelas instâncias originárias pelo seu próprio, dada a identidade quanto à natureza da função exercida (RAMOS, 2015, p. 125).

Ocorre que, há uma distinção entre a discricionariedade do Poder Legislativo e a do Poder Judiciário, sendo aquela muito mais ampla que esta. Isso porque, ao juiz é exigido uma postura imparcial no sentido de que não poderá no momento de sua decisão deixar-se influenciar por meio de interesses pessoais da lide. Por outro lado, o legislativo, como representante daqueles que o elegeu, poderá, no momento da interpretação valer-se do juízo de conveniência e oportunidade<sup>51</sup>.

Nos casos-limites envolvendo o limiar de conceitos indeterminados ou a opção entre soluções exegéticas discrepantes, metodologicamente fundadas, o juiz, ao contrário do que sucede nas vertentes legislativas e administrativa da discricionariedade, não se guia por critérios de conveniência e oportunidade política e sim por sua própria perspectiva de qual seria a solução justa para o caso, sempre procurando refletir “a consciência jurídica geral”. A repetição do julgamento de casos similares, com a adoção de entendimento prevalente no *leading case*, servirá para dar maior objetividade

---

<sup>51</sup> Vale mencionar, por oportuno que Hans Kelsen também reconhece que tanto o exercício do Poder Legislativo, quando a atividade jurisdicional, comportam grau de discricionariedade, de forma que “encontramos em toda sentença judiciária, em maior ou menor grau, um elemento de exercício de poder. O caráter político da jurisdição é tanto mais forte quanto mais amplo for o poder discricionário que a legislação, generalizante por sua própria natureza, lhe necessariamente ceder”. E conclui: “entre o caráter político da legislação e o da jurisdição há apenas uma diferença quantitativa, não qualitativa” (KELSEN, 2013, p. 250).

àquele critério valorativo, reduzindo, de certo modo, a discricionariedade judicial (RAMOS, 2015, p. 128)

Como pode ser analisado na sua afirmação, vê-se que a vinculação dos precedentes, desse modo, seria um elemento limitador da discricionariedade do Poder Judiciário. Assim, os enunciados de Súmula Vinculante do STF são, em verdade, não um exercício de ativismo judicial, mas sim um mecanismo de *self-restraint* dos Tribunais, como já foi afirmado mais acima no presente tópico.

Além disso, as escolhas a serem feitas pelo Legislador e pelo Poder Judiciário são distintas no momento de uma decisão discricionária. Ao legislativo é dada a possibilidade de realizar a “discricionariedade de mandamento”, de modo que a lei lhe dá a liberdade de escolher, de acordo com o juízo de conveniência e oportunidade a melhor forma de executá-la. “A discricionariedade legislativa decorre da inexistência de parâmetro normativos ou de sua flexibilidade” (RAMOS, 2015, p. 130).

No caso do Poder Judiciário, ao contrário, muito embora goze de uma certa discricionariedade, em razão de textura aberta das normas, não está diante de múltiplas possibilidades de escolhas. “Ao juiz não é dado optar entre diferentes possibilidades de decisão judicial, restringindo-se, pois, a sua discricionariedade ao plano da compreensão do significado dos dispositivos legais (discricionariedade de juízo)” (RAMOS, 2015, p. 128).

Tal ideia coaduna com a técnica de interpretação proposta pelo jurista Ronald Dworkin, ao afirmar que é dado ao Juiz realizar argumentação de princípio, o qual estabelecerá uma única resposta correta, desde que pautada na moralidade. Por outro lado, o Legislador se basearia nos argumentos de política, de forma que, para que sua escolha seja legítima, será necessário o apoio da maioria (MENDES, 2008, p. 37).

Diante do exposto, há de ressaltar que muito embora haja uma maior liberdade do legislador, como já foi analisado, ele não estaria adstrito apenas a vontade de seus representantes, devendo submeter-se aos limites constitucionais. O legislador estaria adstrito, portanto, a previsão constitucional no momento de seu exercício, apesar de apresentar maior liberdade em relação a discricionariedade do Poder Judiciário.



Assim, nesse caso, suas decisões devem se submeter ao crivo dos juízes, para que possam, de acordo com uma interpretação valorativa da norma constitucional julgar se tal escolha seria contrária aos ditames da nossa Carta Maior. Ocorre que essa limitação que não só o Legislativo, mas também o Executivo, sofrem pelo Poder Judiciário não ocorre de maneira aleatória.

Como já foi mencionado ao apresentar as ideias de Mauro Cappelletti, há para o Judiciário uma limitação processual, de forma que só poderá ser chamado para realizar o controle no momento em que for provocado. Além disso, é preciso que o juiz apresente uma postura imparcial diante do caso concreto, de forma que não deverá proferir decisões em razão do seu interesse pessoal, mas sim baseando-se nos princípios da moralidade para que faça uma interpretação que julgar mais justa.

#### 4.2 AUTO REGULAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO

Ao Poder Legislativo é dada a atribuição típica de legislar e de fiscalizar. Como representantes da soberania, visto que seus integrantes são eleitos pelo povo, exercem tais atividades tendo como base o atendimento da vontade daqueles que o elegeram. Ocorre que não é dado ao Congresso Nacional total liberdade nas decisões políticas em razão de representar a maioria, estando adstritos ao que está previsto na Constituição Federal.

Desse modo, o Legislativo exerce a atividade de criar normas que guardem compatibilidade com a Constituição Federal<sup>52</sup>, a fim de atender as demandas da vontade daqueles que o representam. Essa escolha quanto ao conteúdo da lei que poderá vir a ser criada decorre de uma decisão política, como foi apresentado anteriormente no presente trabalho, no momento em que foi analisado o pensamento de Ronald Dworkin.

Vale salientar que o fato de se tratar de um órgão político, não tira a legitimidade, bem como a relevância do Poder Legislativo no âmbito do Estado. Isso porque, como representantes daqueles que o elegeram, suas decisões de fato devem estar pautadas nos interesses pessoais daqueles que o representam, sendo a forma

que os cidadãos têm para garantir que os seus interesses pessoais sejam atendidos pelo Estado.

Mauro Cappelletti coaduna com tal ideia ao afirmar que:

Na minha opinião, ninguém veria qualquer denegação do procedimento legislativo ou administrativo se os legisladores ou administradores estivessem profundamente envolvidos e verdadeiramente interessados como partes, nas matérias por eles reguladas, por representarem pessoas ou grupos, deles se fazem defensores, por não concederem audiência aos interesses de pessoas e grupos contrapostos, por darem enfim, início ao seus procedimentos sem atender ao pedido do sujeito ou grupo interessado (CAPPELLETTI, 1992, p.76).

Ou seja, as escolhas do Poder Legislativo estariam pautadas no argumento de política que tem como base a perseguição de um objetivo coletivo. Desse modo, o papel do judiciário faz-se relevante. Isso porque, trata-se de um órgão composto por membros que não foram escolhidos pelo povo, mas sim selecionados de acordo com o seu conhecimento quanto ao direito.

Nesse caso, cabe ao Judiciário o controle quanto ao conteúdo das leis editadas pelo Legislativo, a fim de que, em razão da vontade daqueles que o elegeram não acabem por suplantam a previsão constitucional.

A PEC 33 de 2011, desse modo, além de enfraquecer o Poder Judiciário, como já foi analisado anteriormente, através da alteração do quórum para edição de enunciado de Súmula Vinculante, bem como a decretação de inconstitucionalidade de lei e ato normativo pelo Poder Público, caso seja aprovada, trará a situação esdrúxula de um legislativo dotado de um poder ilimitado. Isso porque impossibilitará o Judiciário de realizar o controle de constitucionalidade dos atos que exorbitem da previsão da matéria da Carta Maior.

Do mesmo modo, e de forma mais agravante, ocorrerá no que concerne à submissão das decisões do STF quanto a declaração de inconstitucionalidade de emenda à Constituição ao aval do Congresso Nacional, de forma que, caso haja entendimento conflitante, seria tal decisão tomada pela maioria do povo através de uma consulta popular.

Isso porque, essa nova regra, acarretaria não só uma situação em que o Legislativo interviria em uma atribuição típica do Poder Judiciário, como também permitiria uma situação de extrema insegurança para manutenção da ordem do

Estado. Como já foi mencionado anteriormente, dúvida não há da necessidade da proteção da Constituição para manutenção do bom funcionamento do Estado. Isso porque, é necessário estabelecer regras prévias para garantir os princípios básicos.

Não seria adequado transferir, portanto, o poder de fiscal da Constituição para aquele mesmo que é encarregado de efetiva-la. Vale citar, nesse contexto, o que foi suscitado por Hans Kelsen em sua obra, *jurisdição constitucional*, cujo escopo principal seria rebater a teoria de Carl Schmitt, acerca de quem deveria ser o “guardião da constituição”. Enquanto este entendia que deveria ser o chefe do executivo, aquele entendia que quem deveria exercer a jurisdição constitucional seria uma espécie de tribunal constitucional:

Caso se deva mesmo criar uma instituição através da qual seja controlada a conformidade à Constituição de certos atos do Estado – particularmente do Parlamento e do governo -, tal controle não deve ser confiado a um dos órgãos cujos atos devem ser controlados. A função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder. Garantia da Constituição significa segurança de que tais limites não serão ultrapassados. Se algo é indubitável é que nenhuma instância é tão pouco idônea para tal função quanto justamente aquela a quem a Constituição confia – na totalidade ou em parte – o exercício do poder e que portanto possui, primordialmente, a oportunidade jurídica e o estímulo político para vulnera-la. Lembre-se que nenhum outro princípio técnico jurídico é tão unânime quanto este: ninguém pode ser juiz em causa própria (KELSEN, 2013, p. 240).

Além disso, deve-se buscar saber a causa do ativismo judicial em razão de uma atrofia do Poder Legislativo. Como foi mencionado no início do presente trabalho, a Constituição de 1988 é de cunho social. Desse modo por meio dela institucionalizou-se um Estado democrático- social de perfil intervencionista.

Pois bem, o Estado social-democrático, em contraposição ao Estado absenteísta do liberalismo, é um Estado atuante, que a tudo provê e que em tudo intervém. Esse intervencionismo estatal se verifica, especialmente, por meio das funções de governo, legislativa e administrativa (RAMOS, 2015, p. 285)

Assim, em razão de um maior poder dado ao legislativo (e também ao executivo) para que pudesse efetivar as previsões constitucionais, surgiu a necessidade de garantir ferramentas que viabilizassem o controle dos atos de tais poderes políticos, a fim de que não exorbitassem das previsões da Carta Política.

Desse modo, é possível afirmar que o ativismo judicial no Brasil resultou na “necessidade de equilibrar os incrementos de funções dos outros dois poderes,

Legislativo e executivo, com o crescimento do papel do Estado e sobretudo, do *welfare state*" (SAMPAIO, 2002, p. 52)

Essa nova forma de organização estatal trouxe uma Constituição que prevê certas atribuições ao Poder Público a fim de atender aos interesses fundamentais da sociedade. Assim, traz inúmeras atribuições ao Executivo e Legislativo, de forma que o Judiciário atuará no momento em que estes não estejam efetivando o que está previsto constitucionalmente, ou o está fazendo de forma indevida<sup>53</sup>.

Desse modo o Poder Judiciário, muito embora detentor da última palavra quanto a interpretação da norma, por ter sido atribuído a ele a tarefa de fiscalizar os atos políticos dos dois poderes, apresenta limitações de atuação, que foram apresentadas no tópico anterior de presente trabalho, as quais os demais poderes não têm.

Na verdade, nenhum sistema legislativo e administrativo estaria em condições de agir com um mínimo de eficiência se constringido à inércia até o momento em que, de um lado, o sujeito ou grupo interessado lhe promovesse a ação com o próprio pedido, e de outro lado, todos os sujeitos ou grupos em conflito fossem ouvidos, ou tivessem adequada oportunidade para tanto (CAPPELLETTI, 1992, p. 77).

Desse modo, o Poder Legislativo tem o condão de exercer suas atribuições sem a necessidade de ser provocado. Além disso, goza de maior discricionariedade dada pela Constituição Federal, de forma que poderá, dentro do que é previsto no texto legal desta, exercer sua atividade de interpretação. Ele terá a possibilidade de escolha dentro do que é permitido, não precisando para tanto, de uma justificativa técnica como é cobrada ao Poder Judiciário, além disso não é questionada a sua imparcialidade. Ao revés, é aceitável, ou melhor, exigido que exerça tal atribuição em nome do interesse daqueles que representa.

Essa atribuição dada ao legislativo fica mais evidente diante do modelo de Constituição analítica, a qual estabelece uma série de norma com eficácia variada. Há situações, portanto, em que faz-lhe exigir uma atuação positiva para que elas tenham plena eficácia (normas de eficácia limitada), visto que neste caso só produz efeito secundário. Um deles, inclusive seria o nascimento de um "dever do legislador de

---

<sup>53</sup> Para melhor entendimento acerca do assunto, ler "Constitucionalismo Dirigente no Brasil: em busca das promessas descumpridas", de Nelson Camatta Moreira.

editar os atos legislativos necessários à integração de suas prescrições, sob pena de se caracterizar a inconstitucionalidade por omissão” (MENDES, 2015, p. 186).

Por outro lado, existem também as chamadas normas de eficácia contida, as quais produzem os seus efeitos plenamente sem a necessidade de atuação do legislador. Este, porém teria a legitimidade para restringir o seu efeito caso tenha interesse. Se trata, portanto, de uma faculdade a qual poderá fazê-la de acordo com o seu interesse político, pautado na conveniência e oportunidade sem, contudo, precisar de uma justificativa nas bases do Poder Judiciário<sup>54</sup>.

Desse modo, ao legislativo é dado o poder de permitir a efetividade da Constituição bem como poderá, em alguns casos de forma expressa, restringir a eficácia de alguma norma constitucional.

Ocorre que, eventual omissão por parte do legislativo ou uma má interpretação deste, de forma a ir além do que foi previsto constitucionalmente, permite que os legitimados para tanto provoquem o Poder Judiciário para que exerça o controle de constitucionalidade. A ele é dado o poder de proferir a última palavra quanto a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo do Poder Público, muito embora tenha sua limitação procedimental já vista anteriormente para a sua atuação.

Desse modo, há de perceber uma separação bem definida quanto as atribuições do Poder Judiciário e Legislativo. A modificação nos procedimentos para a atuação do Poder Judiciário através da PEC 33 de 2011, ao invés de permitir um reequilíbrio de poder, irá, em verdade transformar os Tribunais em figuras meramente decorativas em detrimento de um legislativo ilimitado, como será analisado no próximo tópico.

#### 4.3 AUSÊNCIA DE LIMITAÇÃO DO ARBÍTRIO DO PODER

Como já foi mencionado no início do segundo capítulo do presente trabalho, a Constituição estabelece as leis fundamentais de um Estado, de forma a limitar o exercício abusivo dos Poderes que o compõe.

---

<sup>54</sup> Para melhor entendimento quanto a classificação das normas constitucionais ler Aplicabilidade das normas constitucionais, 2. Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 72-93.

As normas constitucionais estabelecem as bases institucionais de um país, bem como os princípios que este deve perseguir. A determinação de tais ideais decorre de uma assembleia constituinte originária. Esta tem o dever de estabelecer as regras, de forma prévia, a fim de pacificar eventuais conflitos que poderão surgir na sociedade.

Diante desse contexto, não poderá deixar de citar o pensamento do jurista Elival da Silva Ramos, o qual sintetiza de forma clara a relevância da proteção das bases institucionais previstas na Constituição, mesmo que tal alteração decorra da vontade majoritária:

O Estado democrático nasce sob o signo da juridicização do poder. A teoria do Poder Constituinte se, por um lado, importa no reconhecimento de que a origem do ordenamento jurídico se dá a partir de um ato de soberania, o qual, por conseguinte, não pode ser por aquele limitado ou condicionado, por outro, consubstancia uma proposta de institucionalização do poder, que passa a ser exercido pelos órgãos indicados na Constituição e na forma por ela prescrita (RAMOS, 2015, p. 113).

Desse modo, a Constituição Federal de 1988 resulta do exercício soberano e a sua promulgação deu-se em razão do Poder Constituinte Originário. Este, muito embora não se esgote no momento da edição de uma Constituição, “não costuma fazer-se ouvir a todo momento, até porque não haveria segurança das relações se assim o fossem” (MENDES, 2012, p. 120).

Assim, a instituição de uma nova constituição só será possível em casos excepcionais.

Como o poder constituinte originário traça um novo sentido e um novo destino para a ação do poder político, ele será mais nitidamente percebido em momentos de viragem histórica, exemplificados nas ocasiões em que se forma ex novo um Estado, ou a estrutura deste sofre transformação, ou ainda, quando da mudança de regime político. Nesses casos, percebem-se facilmente as características básicas do poder constituinte originário – a inicialidade, o incondicionamento a formas e a ilimitação pela ordem jurídica prévia (MENDES, 2012, p. 120).

Seria essa, portanto, a razão de a alteração das normas constitucionais apresentar um procedimento mais complexo quando comparado com a edição das demais normas constitucionais.

Com a aprovação da PEC 33 de 2011, a Constituição não só será mais facilmente desrespeitada através do enfraquecimento do poder judiciário, visto que mais dificilmente poderá decretar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo

editado pelo Poder Público; como também apresentará uma inconstante modificação no seu conteúdo.

Isso porque, a alteração do trâmite para decretar a inconstitucionalidade de uma emenda à Constituição, além de ter que apresentar um quórum dificilmente alcançável, caso não seja de acordo com o entendimento do Congresso Nacional, terá como a última palavra a do povo.

Constante alteração nas leis que estabelecem as diretrizes básicas do funcionamento do Estado acarretaria grande instabilidade. Isso porque, por meio da vontade majoritária, possivelmente ocorreriam alterações na Constituição quanto a questões relevantes para a manutenção da ordem dentro de um Estado Constitucional de Direito. Nesse caso, não haveria uma discussão técnica quanto a viabilidade de tal emenda ser inconstitucional por violar não só os trâmites necessário para alterar a Carta Magna, como também ocorreria o perigo de vir a infringir as cláusulas pétreas presentes nela.

Além disso, a alteração do quórum para oitenta por cento na edição de enunciado de Súmula Vinculante, bem como para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, daria maior liberdade a este. Como trata-se de um quórum que dificilmente poderá ser atingido, o legislativo teria maior liberdade de editar leis cujo conteúdo seja considerado inconstitucional.

Assim, pode-se afirmar que tais alterações poderão acarretar em uma instabilidade tamanha que possa até mesmo prejudicar o Estado Democrático de Direito. Isso porque, através do movimento do constitucionalismo, em que ficou convencionado que o Estado deveria submeter-se ao Direito, tem como uma das peças-chave o princípio da separação dos Poderes” (RAMOS, 2015, p. 113).

#### 4.4 O PODER LEGISLATIVO É MAIS INCONSTANTE E MENOS TÉCNICO QUE O PODER JUDICIÁRIO

É inquestionável que há uma atuação indevida do Judiciário, principalmente do STF, nas decisões políticas do Estado. O protagonismo dado aos Tribunais resulta de uma escolha do constituinte originário de dar a essa esfera de

poder maior força através de uma série de inovações já estabelecidas no primeiro tópico do presente capítulo. A essa situação prevista na Constituição é dada o nome de judicialização das relações sociais.

O protagonismo não só do Judiciário, por meio da judicialização das relações sociais, mas também de todos os Poderes que compõem o Estado Moderno, não ocorreu de forma isolada no Brasil. Trata-se de um fenômeno mundial, e decorre de uma transição de um modelo mínimo liberal para um outro chamado social. Desse modo, o Estado trouxe para si atribuições antes não assumidas perante os seus administrados.

A transformação do Estado liberal-democrático em um Estado social-democrático fez com que se alterasse profundamente o modo de expressão institucional do princípio de separação dos Poderes, tanto no que concerne ao elenco de funções estatais, quanto à configuração dos órgãos que as desempenham, bem como em relação à distribuição das funções entre os órgãos e ao modo de seu exercício (RAMOS, 2015, p. 156)

Desse modo, se deve ter em mente que, com o novo modelo constitucional não só o Poder Judiciário, mas todos os três que compõem o Estado, com o modelo de Constituição Social passou a ter maior poder de atuação.

Há de levar em conta, no que concerne as atribuições dadas ao Poder Judiciário, de modo a apresentar maior participação na vida social dos administrados, a diferença entre a sua causa e efeito. O ativismo judicial, o qual corresponde a uma atitude do Poder Judiciário, ou seja, uma “escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance” (BARROSO, 2008, p. 06), não pode ser visto como sendo uma consequência lógica da judicialização das relações sociais, bem como não é adequado, nesse contexto, transformar os Tribunais em verdadeiros vilões que abusam do poder dado pela Carta Política de nosso país.

Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. 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 (BARROSO, 2008, p. 06).

Muitas são as razões do ativismo judicial ocorrer em uma sociedade. No Brasil, porém, ele resulta não de uma má atuação do Poder Judiciário, mas sim da crise política que vivemos atualmente. Interessante notar que o próprio autor da PEC



33 de 2011, o Deputado Nazareno Fontelles afirma que: “por óbvio, devemos reconhecer as deficiências do Poder Legislativo, que tem passado por várias crises de credibilidade” (2011, p. 06).

Desse modo, qualquer alteração que venha acarretar o enfraquecimento do Poder Judiciário em razão de uma crise de omissão do Poder Legislativo seria acabar com um mecanismo de controle que a nossa Constituição trouxe para evitar que, com eventuais situações indesejadas como a que estamos testemunhando agora na política brasileira, o cidadão fique à mercê de um órgão corrompido e destituído de qualquer credibilidade.

A PEC 33 de 2011 pretende, portanto, alterar quem deveria exercer o papel do guardião da Constituição, transferindo do Poder Judiciário para o Legislativo, um dos responsáveis pela crise que estamos passando. Além disso, mesmo que no contexto da política brasileira, não houvesse crise de credibilidade dos órgãos de representação popular, dar ao Legislativo a atribuição de estabelecer a última palavra quanto a interpretação da Constituição é inadequada. Como já mencionado anteriormente, de acordo com os estudos de Ronald Dworkin, este exerce decisão pautado nos argumentos de política, em sua maioria, tendo como base, para tanto, a legitimidade de tais decisões.

O legislativo é composto por deputados e senadores cujo critério necessário para compor o Congresso Nacional seria tão somente a eleição por meio do voto popular. Não há, nesse caso, o estabelecimento de critérios que possam controlar o seu nível de conhecimento técnico das leis. Suas escolhas, portanto, serão pautadas na vontade da maioria que o elegeu, sem nenhum, ou muito pouco, respaldo técnico capaz de garantir a proteção dos princípios constitucionais.

Tais ditames previstos na Carta Maior, como já foi demonstrado anteriormente no presente trabalho, apresenta em seu conteúdo, matérias genuinamente antimajoritárias, estabelecendo previamente as regras do jogo<sup>55</sup> a fim de evitar que a liberdade individual, principalmente daqueles que pertencem a grupos minoritários seja comprometida.

---

<sup>55</sup> O termo jogo refere-se aquele utilizado por Ronald Dworkin, em sua obra “Levando os Direitos a Sério”, ao fazer uma analogia quanto a necessidade de estabelecer regras prévias a fim de garantir os direitos que o cidadão tem contra o Governo.

Desse modo, há de perceber que o Congresso, muito menos o povo, seriam os mais indicados para decidir por último o que seria considerado constitucional ou não. Há neles o problema da inconstância de suas opiniões, seja em razão das paixões momentâneas em virtude de contexto de eventuais crises que poderá desencadear em más escolhas, como também o interesse pessoal<sup>56</sup> que poderia ter em razão de uma decisão política. Nesse contexto, haveria grave perigo de violar os direitos fundamentais tão afeitos em um Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, Mauro Cappelletti afirma que:

Já vimos, de outra parte, como até os poderes “políticos” revelaram notável dose de “incompetência institucional”. Considerem-se, por exemplo, os amplos domínios do chamado direito econômico, nos quais, muito frequentemente, os legisladores têm demonstrado a sua incapacidade de resistir às tentações da demagogia e de saber se empenhar em séria e equilibrada valoração de custos e benefícios. Parece lícito arguir que nessas áreas os juízes seriam menos vulneráveis, tanto às pressões da genérica demagogia eleitoral de caça aos votos, quanto às prioridades mais específicas e concretas, impostas pelos interesses locais ou corporativos, às quais, pelo contrário, os políticos encontram-se, as vezes, inexoravelmente ligados (CAPPELLETTI, 1992, p. 89).

O judiciário, muito embora seja um órgão passível de erro, apresenta um corpo técnico de juízes, os quais gozam da vitaliciedade de seus cargos. Desse modo, não teriam o temor de, no momento da decisão, fazer uma escolha que, muito embora seja adequada, de acordo com os preceitos constitucionais, não apresentaria relevante grau de aceitação pela sociedade.

Há de registrar por oportuno a crítica de Mauro Cappelletti quanto ao reducionismo do Poder Judiciário ao conhecimento estritamente jurídico dos juízes no momento de proferir decisões que reputa relevante para a sociedade:

Não tem possibilidade de desenvolver pessoalmente o tipo de investigações requeridas para uma obra criativa, que não podem se limitar às leis e aos precedentes, e envolvem problemas complexos e dados sociais, econômicos e políticos (1992, p. 87).

Ocorre que, no caso do STF, atualmente, há a participação de segmentos sociais que são ouvidos no momento do julgamento, permitindo assim, não só que as decisões sejam pautadas apenas no conhecimento das leis. Isso é possível em razão

---

<sup>56</sup> O interesse pessoal poderá fazer-se cada vez mais presente a partir do momento em que as normas apresentassem menor grau de abstração. Isso porque seriam mais fácil individualiza-las, permitindo visualizar com maior evidência as vantagens de sua vigência.

da introdução da Lei nº 9882/99, a qual estabeleceu os procedimentos básicos da ADPF<sup>57</sup> de forma que, em seu §1º do artigo 6º viabilizou que no âmbito da referida ação, pudesse o relator “determinar o levantamento de dados de fato relevantes para o exame da questão constitucional discutida na ação”, bem como o §2º do mesmo dispositivo, permite que “o relator, segundo critérios seus, admita a manifestação de interessados no processo”<sup>58</sup>, de modo que permitiu a participação do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade (MENDES, 2002, p. 05).

O que deve ser constatado, desse modo, é que há o entendimento pelo próprio legislador, de ser inevitável “a apreciação de dados da realidade no processo de interpretação e de aplicabilidade da lei como elemento trivial a própria metodologia jurídica”. Desse modo, há de concluir que “a ‘comunicação entre a norma e fato’, que, como ressaltado, constitui condição da própria interpretação constitucional. É que o processo de conhecimento aqui envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos” (MENDES, 2002, p. 03). Assim faz necessário a participação dos interessados nas matérias discutidas no âmbito jurisdicional, ainda que em sede de controle abstrato de constitucionalidade das normas.

Com isso, contrariamente ao que foi alegado em defesa da PEC 33 de 2011, não seria correta a afirmação que o judiciário não apresentaria legitimidade popular para realizar tais decisões. Isso porque, como já foi afirmado anteriormente, corresponde a um órgão que tem como uma de suas características a inércia. Desse modo, se ele está assumindo um papel de protagonismo em detrimento dos demais poderes, isso se dá em razão de uma falta de credibilidade dos demais para exercer as funções que a eles são dadas.

Além disso, judiciário corresponde a uma instância moral, que, muito embora tenha o caráter contramajoritário, possui legitimidade popular para proferir suas decisões. Isso porque, a sua atuação só é possível no momento de sua provocação por meio dos interessados no litígio:

A expectativa de que a Justiça possa funcionar como instância moral não se manifesta em pressuposições de cláusulas legais, mas também na permanência de uma certa confiança popular. Mesmo quem procura evitar ao máximo a precipitada interferência paterna nos conflitos que ocorrem nos aposentos infantis, seguindo critérios antiautoritários de educação, favorece com maíus obviedade aquela mesma estrutura autoritária quando se trata de

<sup>57</sup> Há previsão semelhante na Lei nº 9.868 (LANDIN), a qual regula o procedimento da ADC e ADIN, no §1º do artigo 9º e do §1º do art. 20

<sup>58</sup> Há previsão semelhante no art. 7º, §2º da LANDIN.

condução de conflitos sociais. A justiça aparece então como uma instituição que, sob uma perspectiva de um terceiro neutro, auxilia as partes envolvidas em conflitos de interesses e situações concretas, por meio de uma decisão objetiva, imparcial e portanto, justa (MAUS, 200, p. 190).

Há de ressaltar também que o STF, aquele que tem o *status* de guardião da Constituição<sup>59</sup>, sendo dado somente a ele a competência para realizar o controle concentrado de leis em tese, é composto por Ministros cuja escolha cabe ao Presidente da República.

Muito embora não seja escolhido diretamente pelo povo, é um órgão político. Isso porque provavelmente os ideais<sup>60</sup> a serem perseguidos pelos seus julgadores guardam compatibilidade com aqueles defendidos pelo chefe do Poder Executivo, o qual foi eleito pelo povo. Desse modo, errôneo é afirmar que o órgão máximo do Poder Judiciário seria destituído totalmente de legitimidade popular.

Nossa Constituição estabelece uma série de regras quanto ao controle de constitucionalidade, de forma a apresentar um modelo extremamente complexo, porém, coerente com o contexto do nosso país, o qual corresponde a uma nação jovem cujos membros da sociedade não apresentam ainda maturidade suficiente para realizar determinadas escolhas. Uma nação que, ao longo de sua história de democracia recente, testemunhou a criação de inúmeras constituições, sejam elas outorgadas ou promulgadas e que ainda carrega as cicatrizes de um longo período de Ditadura Militar.

Desse modo, a Constituição de 1988, ainda que diante de uma crise do Poder Legislativo, seria a mais adequada para garantir a estabilidade que por muito tempo foi perseguida pelo nosso país. Aprovar a PEC 33 de 2011 seria permitir que se instaurasse no Brasil grave instabilidade política, em razão das constantes mudanças nas regras basilares do funcionamento do Estado. Sem um corpo técnico

---

<sup>59</sup> Guardião da Constituição utilizado aqui diz respeito aquele criado por Kelsen, de modo que entende que deveria esse papel ser realizado por um Tribunal Constitucional o qual corresponderia a “um órgão colegiado cujos membros, a ser nomeados de alguma maneira, tenham garantia de independência: uma independência em relação a governo e Parlamento e que chamamos judiciário, porque nas modernas Constituições costuma ser concedidas aos tribunais (aliás, não apenas a estes)” (KELSEN, p. 248).

<sup>60</sup> Muito embora Ronald Dworkin defenda que o juiz, no momento da decisão realize argumentos de princípios, não nega a influência dos ideais que o julgador carrega. O jurista americano entende que as respostas corretas não seriam aquelas destituídas de qualquer influência externa que o julgador possa vir a sofrer, mas sim as que seriam pautadas em bons e honestos argumentos, de forma que não seriam facilmente derrubados.

capaz de fazer valer as regras básicas da Constituição Federal, ainda que contra a vontade da maioria, acarretaria grave perigo para manutenção de um Estado Democrático de Direito.

## 5 CONCLUSÃO

Através da análise feita acerca da PEC nº 33/2011, a qual tem como finalidade alterar o procedimento da atuação do Poder Judiciário no que tange ao seu exercício jurisdicional, foi possível constatar que a discussão central acerca da sua admissibilidade no ordenamento jurídico reflete o contexto de ativismo judicial que o Brasil vem presenciando.

Desse modo, foi constatado que as razões para que o nosso país apresente um judiciário ativista resulta não só de uma influência externa, segundo a qual as decisões judiciais inevitavelmente apresentariam um conteúdo criativo. Isso porque, juízes e tribunais, ao aplicar a norma deve contextualizá-la ao caso concreto.

De acordo com o que foi analisado ao longo do trabalho, o contexto histórico do nosso país também foi fator determinante para que fossem estabelecidas as bases que resultariam em uma posição ativista do Judiciário. Isso porque, durante um curto período republicano, foram presenciadas duas ditaduras, sendo uma dela a Militar a qual precedeu a nossa Carta Política atual. Desse modo, a Constituição Federal de 1988 veio não só restaurar um regime democrático, mas reintroduzir direitos sociais em seu texto, por meio da previsão de normas programáticas, as quais produziram eficácia obrigatoriamente, sendo o seu grau de aplicabilidade definido em razão de sua textura aberta.

Dessa forma, concluiu-se que tais normas programáticas, além de garantirem direitos sociais aos cidadãos, são de observância obrigatória pelo Estado, conforme aduz José Afonso da Silva, constituindo, portanto, um verdadeiro dever imposto à administração pública. Destarte, desta condição resulta não apenas a vinculação do Poder Legislativo, o qual deve aprovar leis que viabilizem maior densidade normativa, necessárias à consecução dos objetivos preconizados nas normas programáticas, como também a vinculação do Poder Executivo, na medida em que cabe a este atuar positivamente de modo a concretizar a prestação de tais direitos, e do Poder Judiciário.

Em razão da previsão de tais normas que resultou nas atribuições dadas ao Poder Legislativo e Executivo, foi estabelecido ao Judiciário, por meio da Carta Política atual, a introdução de certas inovações que viabilizariam um maior acesso à

justiça pela população. Dentre esse novo regramento dado, está ampliação de uma jurisdição constitucional, que anteriormente já apresentava um modelo misto de controle de constitucionalidade, de modo a cumular tanto o meio difuso e concentrado.

Ocorre que a Constituição de 1988 ampliou de forma significativa o modelo concentrado, cujas decisões teriam eficácia *erga omnes*, de modo que resultou em uma posição coadjuvante do modelo abstrato, o qual via de regra, produz efeito *inter partes*. Desse modo, foi percebido que houve de fato uma ampliação dos efeitos das decisões judiciais, os quais passaram a apresentar como principal modelo de controle o concentrado.

Juntamente à ampliação do controle de constitucionalidade, a previsão de normas programáticas, cujo conteúdo carrega caráter aberto tendo a sua aplicabilidade obrigatória, fez que o Poder Judiciário, ao proferir uma decisão judicial, principalmente no que diz respeito aos direitos fundamentais reclamados, tivesse uma maior liberdade quanto ao seu conteúdo.

Ocorre que como sinalizado no presente trabalho, tais atribuições, as quais inequivocamente, foram ampliadas, só poderão ser exercidas pelo Poder Judiciário quando provocado. É que sobre ele, impera o princípio da inércia, de modo que, muito embora apresente certa liberdade para criar o direito, no momento de proferir suas decisões, só poderá fazê-lo diante de uma demanda.

Por outro lado, ao Legislativo, o qual também goza de uma ampla atribuição dada pela Constituição Federal, poderá exercer a sua atividade legislativa a qualquer momento, não precisando para tanto de uma provocação de nenhum membro da sociedade.

Do mesmo modo, no que diz respeito ao grau de discricionariedade de um e do outro para poder exercer a atividade interpretativa do direito, foi evidenciado, ao longo do trabalho, certas diferenças básicas.

Assim, o órgão do Poder Judiciário deverá apresentar uma postura imparcial no momento de apreciar a demanda. Desse modo, ao proferir a decisão, deverá pautar-se em argumentos de princípios, ou seja, das previsões constitucionais, não podendo basear-se em interesses pessoais. Assim, viu-se que, muito embora

apresente um grau de discricionariedade em razão do conteúdo aberto de grande parte das normas constitucionais, esta é menor que a do legislativo.

Como foi mencionado, no trabalho, o legislativo é composto por membros que são escolhidos por meio do voto popular. Desse modo, suas decisões deverão ser pautadas em argumentos de política de forma que poderão basear-se em interesses daqueles que o elegeram para exercer sua atividade, desde que seus atos estejam adstritos às previsões constitucionais.

Assim, diante do que foi analisado quando as diferenças básicas de um e de outro, foi possível concluir que o Judiciário é o mais indicado para exercer a atividade jurisdicional. Isso porque o controle de constitucionalidade, neste caso, tem como base a garantia da efetividade das previsões constitucionais. Ao legislativo não seria adequado tal atribuição visto que é dele a atividade típica de editar normas, de modo que, caso fosse o responsável de realizar a jurisdição constitucional, estaríamos diante de um autocontrole, visto que um dos objetos de seu exercício é a lei por ele editada.

Além disso, o poder discricionário dado ao Legislativo, como foi demonstrado ao longo do trabalho, não guarda compatibilidade com a atividade jurisdicional. Isso porque, neste caso, o controle de constitucionalidade tem como base garantir a efetividade da Constituição Federal, a qual estabelece o direito mínimo necessário para o bom funcionamento do Estado Democrático de Direito, de modo que não poderá ser suprimido por vontade majoritária, sendo que esta tem grande influência nos atos do legislativo.

Desse modo, como foi possível constatar, a aprovação da PEC nº 33/2011 é inconstitucional, visto que desvirtua não só o princípio de separação de poderes, o qual está previsto na Constituição Federal de 1988, de acordo com o inciso III do artigo 60, mas também todas as outras cláusulas pétreas que não podem ser objeto de supressão nem sequer por Emenda à Constituição.



## REFERÊNCIAS

ALBERTAZZI, Henrique Sannes. A dignidade da pessoa humana nas obrigações infungíveis. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UNIFACS**. Jun./2008, v.3, a.9. Disponível em: <[www.revistajuridicaunifacs.com.br](http://www.revistajuridicaunifacs.com.br)>. Acesso em: 19 jul. 2008.

AUAD, Denise. Os direitos sociais na Constituição de Weimar como paradigma do modelo de proteção social da atual constituição federal brasileira. **Revista de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 103, jan./dez. 2008, p. 337-355.

BARIONI, Rodrigo. O Recurso Extraordinário e as questões constitucionais de representação geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JR., Luiz Manoel; FISCHER, Octavio Campos; FERREIRA, William Santos (Coords.). **Reforma do Judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2ª Edição, 2011.

\_\_\_\_\_. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009B.

\_\_\_\_\_. Retrospectiva 2008: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº18, abril/maio/junho, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Retrospectiva 2008 – judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 18, abril/maio/junho, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-18-ABRIL-2009-LUIS%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 04 de mar. de 2016.

BERCOVICI, Gilberto. Estado intervencionista e Constituição Social no Brasil: O Silêncio Ensurdecedor de um Diálogo entre Ausentes. **Revista de Direito Sanit.**, São Paulo: v. 14, jul/out. 2013, n. 2, p. 9-42.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

BRASIL. **Lei 9.868/99**, de 19 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e de ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm)>. Acesso em: 20 abr. 2016.

BRASIL. **Lei 9.882/99**, de 13 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm)>. Acesso em: 20 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 32036/DF. Relator: Ministro Dias Toffoli. 25 abr 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=32036&classe=MS-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M#>>>. Acesso em: 10 maio 2016

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE 579951/RN, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgamento em 20.8.2008, DJe de 24.10.2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=557587>>. Acesso em 22 mar. 2016

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Brasília: STF, 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em 24 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 197.917-8/SP. Disponível em: <[http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RE\\_197917\\_SP-06.06.2002.pdf?Signature=hFQJzJ6fxbqourf0fKGgm3PnEq%3D&Expires=1462928288&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-ash=3549d60145de43acfe497d7ef1c64693](http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RE_197917_SP-06.06.2002.pdf?Signature=hFQJzJ6fxbqourf0fKGgm3PnEq%3D&Expires=1462928288&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-ash=3549d60145de43acfe497d7ef1c64693)>. Acesso em: 10 maio 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 11**: Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. 13 ago 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=94467>>. Acesso em 22 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Proposta de emenda à Constituição nº 33/2011. Autor: Deputado Nazareno Fonteles. Disponível em: .<[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=1D4491AB1DE7FA8E85B890237C365577.proposicoesWeb1?codteor=876817&filename=Tramitacao-PEC+33/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1D4491AB1DE7FA8E85B890237C365577.proposicoesWeb1?codteor=876817&filename=Tramitacao-PEC+33/2011)>. Acesso em: 04 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Relatório do Deputado Espiridião Amin. 2012. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=914386&filename=Tramitacao-PEC+33/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=914386&filename=Tramitacao-PEC+33/2011)>. Acessado em: 05 mar. 2016

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Relatório do Deputado João Campos. 2012. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1046676&filename=Tramitacao-PEC+33/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1046676&filename=Tramitacao-PEC+33/2011)>. Acessado em: 15 mar. 2016

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Decisão do Presidente da Câmara dos Deputados. 26 set 2013. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1143545&filename=Tramitacao-PEC+33/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1143545&filename=Tramitacao-PEC+33/2011)>. Acesso em: 08 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Reclamação do Deputado Marcos Rogério. 08 maio 2013. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1088293&filename=Tramitacao-PEC+33/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1088293&filename=Tramitacao-PEC+33/2011)>. Acessado em: 09 abr. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor. 1999.

COSTA, Fabiano. **Oposição anuncia ações contra PEC que permite vetar decisões do STF**. Brasília: Portal g1.com, 24 abr. 2013. Disponível em: .<<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/04/oposicao-anuncia-acoes-contrapec-que-permite-vetar-decisoes-do-stf.html>>. Acesso em: 04 mar. 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. Controle de Constitucionalidade: teoria e prática. 7.ed.rev.atual e ampl. Salvador: Jus Podivn, 2014.

DIDIER JR., Fredie. O Recurso Extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. In: NOVELINO, Marcelo (coord). **Leituras Complementares de Direito Constitucional**. In Leituras Complementares de Direito Constitucional. NOVELINO, Marcelo (coord.). 3.ed.rev.atual. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 445-460.

GIANNETTI, Leonardo Varella. Judicial review: podemos tirar algum proveito da PEC 33/2011?. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 12, N. 1, jan-abr. 2016, p. 125-126.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Lisboa: Colibri, 2003.

HERRERA, Carlos Miguel. Estado, constituição e direitos sociais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 102, jan./dez. 2007, p. 371-395.

JANSEN, Rodrigo. A Súmula Vinculante como norma jurídica. **Revista de Direito Administrativo**. FGV, São Paulo, v. 240 Abr./jun. 2005, p. 225-264.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo, wmfmartinsfontes, 2013.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Nov. 2000. Disponível em: .<[http://novos estudos.uol.com.br/v1/files/uploads/contents/92/20080627\\_judiciario\\_co mo\\_superego.pdf](http://novos estudos.uol.com.br/v1/files/uploads/contents/92/20080627_judiciario_co mo_superego.pdf)>. Acesso em: 16.04.16.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Súmula Vinculante e EC n. 35/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JR., Luiz Manoel; FISCHER, Octavio Campos; FERREIRA, William Santos (Coords.). **Reforma do Judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINS, Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do Nascimento (Coord). **Tratado de Direito Constitucional**, v. 1. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 158-207.

MENDES, Conrado Hubner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: uma análise das leis 9868/99 e 9882/99. **Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica**, nº. 11, fevereiro, 2002. Disponível na Internet. Acesso em: 09 de maio de 2016

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de**

**informação legislativa.** abr./jun. 2004, v. 41, p. 149-168. Disponível em: .< <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/953>>. Acesso em 05 mar. 2016.

OLIVEIRA, Mariana. **Ministros criticam PEC que autoriza Legislativo a vetar decisões do STF.** Brasília: Portal g1.com, 24 abr. 2013. Disponível em: .< <http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/04/ministros-criticam-pec-que-autoriza-legislativo-vetar-decisoes-do-stf.html>>. Acesso em: 04 mar. 2016.

PEIXOTO, Geovane. **Direitos Fundamentais, Hermenêutica e Jurisdição Constitucional.** Salvador. JusPodivn, 2013.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial.** São Paulo: Saraiva, 2.ed., 2014.

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

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** São Paulo. In:

\_\_\_\_\_. **O Constitucionalismo Brasileiro** (Evolução Institucional). São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. **Poder Legislativo não deve revogar decisões judiciais.** Portal Conjur, 31 maio 2012. Disponível em: .< <http://www.conjur.com.br/2012-mai-31/senso-incomum-problema-ativismo-judicial-nao-resolvido-pec?pagina=2>>. Acesso em 05 maio 2016.

\_\_\_\_\_. A crise paradigmática do direito no contexto da resistência positivista ao (neo)constitucionalismo. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região.** Belém: Tribunal Regional do Trabalho, v. 41, n. 81, jul./dez., 2008, p. 281-312.

VERISSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Revista Direito FGV.** São Paulo, jul-dez. 2008, p. 207-440.