

O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE E A PEC 33

Marina do Nascimento Ferreira¹

RESUMO: O poder constituinte derivado é o instituto jurídico ao qual se atribuiu a função de realizar modificações na Constituição Federal, documento normativo hierarquicamente mais elevado no Brasil. A propositura de emendas à Constituição da República compete aos parlamentares federais no exercício de sua função típica legislante. O controle concentrado de constitucionalidade das leis, por sua vez, é realizado exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, ao atuar em sua típica função jurisdicional. Os procedimentos em análise exemplificam a separação dos poderes estatais e as atribuições conferidas constitucionalmente a cada um pelo poder constituinte originário. Nesse contexto, o presente trabalho abordará a Proposta de Emenda Constitucional 33, que pretende alterar significativamente a relação de equilíbrio existente entre os poderes ao conferir ao poder legislativo a prerrogativa de aprovar decisões proferidas pelo poder judiciário acerca da inconstitucionalidade de Emendas à Constituição, o que configura evidente violação aos preceitos jurídicos da separação dos poderes e do sistema de freios e contrapesos.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição. Poder constituinte. Emenda constitucional. Controle de constitucionalidade. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: The derived constituent power is the legal institution to which was assigned the function to make changes in the Constitution, the highest normative document in Brazil. The filing of amendments to the Constitution of the Republic is a responsibility of federal legislators in exercising their typical function. The concentrate control of constitutionality of laws is performed exclusively by the Supreme Court, while acting in his typical judicial function. The procedures under review exemplify the separation of state powers and the duties conferred by the Constitution to each one by original constituent power. In this context, this paper will study the Proposed Constitutional Amendment 33, which seeks to significantly alter the equilibrium

¹ Advogada. Assistente jurídico no escritório Humberto Theodoro Jr. Sociedade de Advogados. Especialista em Direito Constitucional.

between the powers by giving to the legislative power the prerogative to approve decisions made by the judiciary power about the unconstitutionality of amendments to the Constitution, which sets clear violation to the legal precepts of separation of powers and to the system of checks and balances.

KEY-WORDS: Constitution. Constituent power. Constitutional amendment. Constitutional control. Supreme Court.

1. INTRODUÇÃO

O estudo das modificações realizadas na constituição mostra-se de grande importância, tendo em vista ser esta a norma de hierarquia mais elevada no ordenamento jurídico brasileiro. As disposições constantes na Carta Magna influenciam diretamente a vida de cada um dos cidadãos, nos diferentes âmbitos. Desse modo, as modificações realizadas no texto constitucional devem ser revestidas de cautela.

No caso da proposta de emenda constitucional 33, após seu estudo detalhado, fica evidente a inconveniência da medida, tendo em vista sua interferência em um dos pilares do estado democrático de direito brasileiro: a separação dos poderes. Essa interferência acarreta consequências negativas de diferentes ordens, na medida em que a quebra da estrutura de separação dos poderes, com a interveniência de um poder no exercício das funções típicas de outro, leva ao desequilíbrio e à insegurança jurídica. No caso exposto, a perda da força do poder judiciário, em face da necessidade de aprovação de algumas de suas decisões pelo poder legislativo, é extremamente prejudicial e pode causar grave instabilidade entre os poderes estatais, enfraquecendo as instituições e seu regular funcionamento.

Entender e analisar a fundo o tema exposto propicia uma maior compreensão sobre o funcionamento das instituições, além de uma verificação sobre a legalidade das medidas propostas, bem como se tais medidas são apropriadas e condizentes com o que se espera da atuação dos poderes estatais.

2. CONSTITUIÇÃO E REFORMA

2.1 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Constituição é o conjunto de normas escritas ou costumeiras que traz a organização dos elementos essenciais do Estado. Trata-se do compilado de dispositivos que regula a forma de Estado e de governo do país, seu sistema de governo, o modo de aquisição e exercício dos poderes estatais, a instituição de seus órgãos, os limites de sua ação e os direitos e garantias individuais e coletivos, dentre outros aspectos estruturais do país. Deve a constituição trazer em si os elementos integrantes do Estado, quais sejam a soberania, a finalidade, o povo e o território.

Os doutrinadores classificam as constituições conforme elementos que as distinguem entre si. A constituição brasileira de 1988, atualmente em vigor, singulariza-se por ser uma constituição escrita, codificada, promulgada, dogmática, analítica, formal, dirigente e rígida.

Nesse momento, cumpre-nos destacar a característica da rigidez da constituição federal do Brasil. Rígidas são aquelas constituições que exigem, para sua alteração, um processo legislativo mais dificultoso do que o processo de alteração das normas não constitucionais. Isso confere à constituição a característica da supremacia sobre todas as demais leis, além de lhe atribuir maior estabilidade, haja vista que, para se alterar um dispositivo constitucional, deve-se observar um procedimento diferenciado e mais qualificado.

Conforme lição de Alexandre de Moraes,

O legislador constituinte de 1988, ao prever a possibilidade de alteração das normas constitucionais através de um processo legislativo especial e mais dificultoso que o ordinário, definiu nossa Constituição Federal como rígida, fixando-se a ideia de supremacia da ordem constitucional. (...) A alterabilidade constitucional, embora se possa traduzir na alteração de muitas disposições da constituição, sempre conservara um valor integrativo, no sentido de que deve deixar substancialmente idêntico o sistema originário da constituição.²

Nesse viés, vale salientar que as inovações e alterações legislativas comuns se dão pelo rito previsto nos artigos 61 e seguintes da constituição federal por meio de projetos de lei, enquanto a alteração da constituição ocorre pela apresentação de propostas de emendas constitucionais, conforme previsão do artigo 60, que seguem

² MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 28ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 691.

procedimento diferenciado e apresentam peculiaridades que serão analisadas a seguir.

Para aclarar tal situação, a rigidez constitucional da CF/88 está prevista no art. 60, que, por exemplo, em seu §2º estabelece um quorum de votação de 3/5 dos membros de cada Casa, em dois turnos de votação, para aprovação das emendas constitucionais. Em contraposição, a votação das leis ordinárias e complementares dá-se em um único turno de votação (art. 65), com quorum de maioria simples (art. 47) e absoluta (art. 69), respectivamente para lei ordinária e complementar.

2.2 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Embora a forma mais comum de alteração da constituição seja o exercício do poder constituinte, tem-se admitido a figura da mutação constitucional como legítima forma de modificação da carta magna.

Reforma constitucional seria a modificação do texto constitucional, através das emendas constitucionais, enquanto procedimentos estabelecidos pelo poder constituinte originário, de forma a alterar, suprimir ou acrescentar artigos ao texto constitucional original.

As mutações, por sua vez, não seriam alterações materialmente perceptíveis, mas sim um processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual ocorre alterações no significado e sentido interpretativo do texto constitucional. A transformação não está no texto, em si, que permanece inalterado, mas na interpretação da regra enunciada.

De acordo com Pedro Lenza,

As mutações constitucionais, portanto, exteriorizam o caráter dinâmico e de prospecção das normas jurídicas, por meio de processos informais. Informais no sentido de não serem previstos dentre aquelas mudanças formalmente estabelecidas no texto constitucional.³

As mutações ocorrem em função do desenvolvimento de uma nova visão social e jurídica predominante acerca de determinado tema ou norma. Dessa forma, a lei vigente passa a ser incompatível com a realidade, seja em razão de práticas estatais contrárias ao texto constitucional, da impossibilidade do exercício de direitos

³ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 16ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 144.

constitucionalmente garantidos ou da própria interpretação jurisprudencial e doutrinária que se dá ao conteúdo normativo dos dispositivos que se avaliam.

Nos termos dos ensinamentos do Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes,

Ocorre que, por vezes, em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Como a norma não se confunde com o texto, repara-se, aí, uma mudança da norma, mantido o texto. Quando isso ocorre no âmbito constitucional, fala-se em mutação constitucional. A nova interpretação há, porém, de encontrar apoio no teor das palavras empregadas pelo constituinte e não deve violentar os princípios estruturantes da Lei Maior; do contrário, haverá apenas uma interpretação inconstitucional.⁴

Por conseguinte, mantém-se o texto constitucional, não havendo supressão ou adição na redação das normas, mas uma reinterpretação da norma. Promove-se, assim, uma verdadeira atualização do ordenamento jurídico, de modo a trazer o direito para mais perto da realidade social sem, todavia, modificar o texto, que permanece o mesmo.

Cumpra salientar que a mutação constitucional é um fenômeno excepcional, sendo certo que a carta magna brasileira, para ser efetivamente modificada como previu o legislador originário, deve seguir o rito descrito para a apresentação e aprovação das propostas de emenda constitucional, por meio da atuação do poder constituinte derivado, mecanismo legal adequado para este fim.

2.3 PODER CONSTITUINTE E REFORMA DA CONSTITUIÇÃO

Poder constituinte é o poder de se criar ou alterar uma constituição. Conforme lição de Pedro Lenza,

O poder constituinte pode ser conceituado como o poder de elaborar (e neste caso será originário), ou atualizar uma Constituição, mediante supressão, modificação ou acréscimo de normas constitucionais (sendo nesta última situação derivado do

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 230.

originário).⁵

Para a doutrina moderna, a titularidade do poder constituinte pertence ao povo, sendo certo que a titularidade não se confunde com exercício, o qual está reservado a ente diverso do povo. O exercício democrático do poder constituinte é sua forma legítima, em que há promulgação da constituição federal pela assembleia ou convenção constituinte, democraticamente escolhida. O exercício autocrático é o poder constituinte usurpado, que alça poder sem participação popular e outorga uma nova constituição.

Havendo um choque entre o conteúdo da Constituição em vigor e a realidade social ou sociedade, ocorrerá uma interrupção de continuidade da ordem jurídica posta, o que acarretará diferentes fenômenos.

Com isso, pode-se verificar a convocação de Assembleia Nacional Constituinte e elaboração de uma constituição, diante da manifestação do poder constituinte originário; mutação constitucional, pela qual atribui-se um novo sentido interpretativo ao texto constitucional; reforma constitucional, por meio de emendas constitucionais, diante da manifestação do poder constituinte derivado reformador; ou outorga constitucional, com a imposição de nova constituição por um poder autoritário.

2.4 O PODER CONSITTUINTE ORIGINÁRIO

O poder constituinte originário é o poder de se criar uma constituição. Também denominado de inicial, inaugural, genuíno ou de primeiro grau, é aquele poder que instaura uma nova ordem jurídica, rompendo por completo com a ordem jurídica precedente. Através dele, busca-se criar um novo Estado, diverso daquele que vigorava em decorrência da manifestação do poder constituinte precedente.

Tal poder apresenta algumas características essenciais que definem seu exercício e o diferenciam do poder constituinte derivado. Trata-se de um poder considerado inicial, visto que faz surgir uma nova ordem jurídica, rompendo com a ordem anterior, sendo o produto de seu trabalho – a constituição – o documento que inaugura o Estado do ponto de vista jurídico. É um poder autônomo, pois não se subordina a nenhum outro poder existente, cabendo apenas a quem o exerce definir a estruturação da nova constituição. É incondicionado, não estando vinculado a condições prévias de forma ou

⁵ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 16ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 183.

conteúdo. Em termos procedimentais, não sofre condicionamentos impostos pela ordem anterior, já que regras que existiam não existem mais. É, por fim, ilimitado juridicamente, já que não tem que respeitar os limites postos pelo direito anterior.

Além disso, alguns doutrinadores atribuem outras características especiais ao poder constituinte originário. Entendem que se trata de um poder permanente, porque não desaparece quando da conclusão de seu trabalho – a elaboração da Constituição –, seguindo com seu titular, o povo, em estado de latência ou hibernação, podendo ser exercido novamente quando ocorrer uma situação tal que justifique e requeira a quebra abrupta da ordem jurídica. Afirmam, ainda, ser um poder inalienável, vez que nunca poderá ser retirado de seu verdadeiro titular, mesmo que muitas vezes o seu exercício seja usurpado de forma ilegítima.

Importante salientar que, para a corrente jusnaturalista, o poder constituinte originário não seria totalmente autônomo, já que tal poder deveria respeitar as normas de direito natural. Além disso, a doutrina predominante admite a existência de certas restrições ao poder constituinte originário, não sendo ilimitado de forma absoluta, devendo ele ser estruturado e obedecer a padrões e modelos de conduta espirituais, culturais, éticos e sociais (por exemplo, as revoluções se limitam pelos fatores sociais que as desencadearam).

Aponta-se também como limite a vedação do retrocesso, significando que direitos já consagrados não poderiam ser suprimidos nem mesmo por uma nova Constituição (teoria do efeito catraca ou “*effect cliquet*”). Admitem-se, ainda, as convenções e tratados internacionais dos quais o Brasil é parte como fatores de restrição à ampla atuação do poder constituinte e, por fim, um limite intrínseco à sua própria existência: a vontade do povo, que confere legitimidade ao seu exercício.

Cumprе ressaltar que duas são as formas de expressão do poder constituinte originário: a outorga, caracterizada como declaração unilateral do agente revolucionário; e a assembleia nacional constituinte, que nasce da deliberação da representação popular.

2.5 O PODER CONSTITUINTE DERIVADO

Sendo a vontade do povo passível de mudança, o poder constituinte originário prevê a possibilidade de se alterar o que foi positivado à luz da vontade da época em que foi criada a constituição. O poder constituinte derivado, portanto, é o poder de se

modificar a constituição para adaptá-la ao que se deseja concretizar no momento atual.

O poder constituinte derivado é criado e instituído pelo originário. Desse modo, ao contrário do poder originário, que é ilimitado, incondicionado, inicial, o poder derivado deve obedecer às regras estabelecidas pelo originário, sendo, por isso, um poder limitado e condicionado.

Na constituição federal de 1988, foram instituídos três formas de poderes derivados: o revisor, o decorrente e o reformador.

O poder derivado revisor consistiu em uma única revisão da Constituição de 1988, como um todo, realizada cinco anos após sua promulgação, para atualizar e adequar a Constituição às realidades que a sociedade apontasse como necessárias, não sendo possível fazer nova revisão. Nos termos do artigo 3º do ADCT, “*A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.*”

O poder derivado decorrente, por sua vez, é o poder de instituir e modificar as constituições estaduais. Permite ao estado-membro criar sua própria ordem constitucional, com obediência à ordem constitucional nacional, em decorrência da capacidade de auto-organização estabelecida pelo poder constituinte originário. Saliente-se que o exercício do poder constituinte derivado decorrente foi concedido às Assembleias Legislativa (ou Câmara Legislativa, no caso do Distrito Federal).

O poder derivado reformador, por fim, tem a capacidade de modificar a Constituição Federal, por meio do procedimento específico das emendas constitucionais, estabelecido pelo poder originário. Ressalte-se que o poder constituinte derivado reformador deve respeitar as limitações circunstanciais, processuais, formais e materiais impostas pelo constituinte originário analisadas a seguir.

2.6 A EMENDA CONSTITUCIONAL E SUAS LIMITAÇÕES

A emenda constitucional é o mecanismo por meio do qual se altera o texto constitucional. De acordo com Pedro Lenza, “as emendas constitucionais são fruto do trabalho do poder constituinte derivado reformador, por meio do qual se altera o trabalho do poder constituinte originário, pelo acréscimo, modificação ou supressão de

normas”⁶.

Diferentemente da legislação ordinária, para se modificar a constituição seguem-se normas e um rito diferenciados, consequência de sua rigidez. Além disso, o poder reformador encontra limites previstos na legislação que devem ser observados a fim de se garantir a validade das emendas. Trata-se das limitações expressas ou explícitas (formais, circunstanciais e materiais) e das implícitas.

Quanto às suas limitações formais, relativas aos termos procedimentais do processo legislativo, observa-se no artigo 60 que o rol de legitimados para sua propositura, o quorum de aprovação, a forma de promulgação e a possibilidade de nova reforma diferenciam-se da legislação ordinária.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;
II – do Presidente da República;
III – de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

(...)

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

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

(...)

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Pela leitura dos dispositivos, observa-se, primeiramente, que o rol de legitimados para propor emendas constitucionais é mais restrito que o daqueles que detém legitimidade para propor leis ordinárias e complementares. Logo, havendo proposta de emenda por qualquer pessoa diversa daquelas taxativamente enumeradas, ocorrerá vício formal subjetivo apto a ensejar inconstitucionalidade.

O quórum de propositura e de aprovação é qualificado, o que indica a relevância do procedimento. Dessa forma, após apresentada a proposta por qualquer dos

⁶ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 16ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 578.

legitimados, cada casa do Congresso Nacional – Câmara dos Deputados e Senado Federal – a aprecia e vota em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, 3/5 dos votos dos respectivos membros.

Ressalte-se que, embora se discuta a possibilidade de iniciativa popular no tocante às emendas constitucionais, a doutrina majoritária e o Supremo Tribunal Federal já firmaram entendimento no sentido de não ser possível, vez que normas constitucionais excepcionais devem ser interpretadas restritivamente.

Acerca do procedimento de aprovação das propostas de emenda constitucional, cumpre destacar que, conforme lição de Pedro Lenza,

No tocante ao processo legislativo, interessante notar que o texto aprovado por uma Casa não pode ser modificado pela outra sem que a matéria volte para a apreciação da Casa iniciadora. O CN tem utilizado a técnica da PEC Paralela, ou seja, a parte que não foi modificada é promulgada e a parte da PEC modificada volta para reanálise, e como se fosse uma nova EC, para a Casa iniciadora. A não observância deste requisito formal caracterizará o vício da inconstitucionalidade.⁷

Em relação à promulgação da emenda, esta será realizada pelas Mesas da Câmara e do Senado. Iniciado o processo de alteração da Constituição por emenda, discutido, votado e aprovado, em cada Casa, o projeto será encaminhado diretamente para promulgação, inexistindo sanção ou veto presidencial.

No tocante às limitações circunstanciais, verifica-se que o constituinte originário vedou a alteração do texto constitucional, em determinadas circunstâncias, em função da gravidade e anormalidade presentes. Logo, a constituição não pode ser alterada em situações de fragilidade e instabilidade política do país, nos termos do artigo 60, parágrafo 1º da Constituição Federal, segundo o qual “*A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.*”

No que tange às limitações materiais, o poder constituinte originário estabeleceu algumas vedações em relação ao conteúdo das propostas de emenda. Com isso, são vedadas quaisquer modificações que pretendam suprimir ou reduzir as chamadas cláusulas pétreas, tendo sido estabelecido um núcleo intangível. Ressalte-se que tais cláusulas não são absolutamente imutáveis, podendo ser alteradas somente no sentido

⁷ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 16ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 579.

de se incluir novos direitos.

Nos termos da Constituição:

Art. 60. (...)

§ 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.

Cumprе ressaltar que, além das cláusulas pétreas explícitas no artigo 60, parágrafo 4º, existem outros tipos de limitações em relação à promulgação de emendas constitucionais, consideradas limitações implícitas. Tais limitações pretendem garantir a efetividade das cláusulas pétreas. Assim, vedada a edição de emenda constitucional para abolir o art. 60, §4º e modificar as cláusulas cuja abolição era vedada. Além disso, verifica-se a impossibilidade de se alterar tanto a titularidade do poder constituinte originário como a titularidade do poder constituinte derivado reformador.

Sobre o tema, Alexandre de Moraes entende

(...) ser implicitamente irreformável a norma constitucional que prevê as limitações expressas (CF, art. 60), pois, se diferente fosse, a proibição expressa poderia desaparecer para, só posteriormente, desaparecer, por exemplo, as cláusulas pétreas. Além disso, observa-se a inalterabilidade do titular do Poder Constituinte derivado-reformar, sob pena de também afrontar a Separação dos Poderes da República.⁸

2.7 A PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL 33

A proposta de emenda constitucional (PEC) número 33 proposta pelo deputado federal Nazareno Fonteles no ano de 2011, nos termos de sua ementa, “Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição”.

A PEC em questão, dentre outros aspectos, altera dispositivos acerca da

⁸ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 28ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 697.

realização do controle de constitucionalidade das leis, passando a submeter as decisões do Supremo Tribunal Federal ao controle do Congresso Nacional.

A PEC 33 foi apresentada em 25 de maio de 2011. Em conformidade com o rito previsto para a propositura da espécie normativa, foi proposta na Câmara dos Deputados e deliberada pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania desta casa. Recentemente, os deputados federais Carlos Sampaio e Roberto Freire impetraram mandado de segurança para suspender sua tramitação alegando inconstitucionalidade da emenda. O ministro do Supremo Tribunal Federal Dias Toffoli negou os pedidos de liminar por entender não estar presente o requisito do *periculum in mora* no caso.

Atualmente, sua tramitação encontra-se suspensa em razão da falta de designação de comissão especial responsável por analisar o mérito da proposta e elaborar parecer a ser submetido ao plenário da Câmara, a fim de dar prosseguimento regular ao projeto.

Para melhor compreender e avaliar criteriosamente as propostas de modificações trazidas pela PEC 33 e seus consequentes resultados estruturais no funcionamento do país, é necessário, antes, estudar a atual conjuntura do controle de constitucionalidade no Brasil, análise que se dará a seguir.

3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

3.1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

O controle de constitucionalidade é o instrumento criado pelo legislador constituinte originário, por meio do qual se controlam os atos normativo, com vista a assegurar a supremacia do texto constitucional e a higidez do ordenamento jurídico.

A ideia de controle pressupõe a noção de um escalonamento normativo, no qual a Constituição ocupa o grau máximo na relação hierárquica, mostrando-se como norma de validade para as demais normas do ordenamento. Conforme lição de Alexandre de Moraes, “Controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais”. (MORAES, 2012. p. 637).

O controle em questão apresenta como principais premissas quatro aspectos a se destacar. Primeiramente, deve-se verificar a existência de uma constituição escrita e rígida, que ocasiona a supremacia formal do texto constitucional sobre todo o

ordenamento jurídico. Além disso, deve haver a percepção de que todos os diplomas extraem seu fundamento de validade do texto constitucional, de modo que devam respeitar aquilo que estiver previsto na Carta Maior. Ainda, observa-se a identificação de um órgão competente para análise da relação de parametricidade, que consiste na compatibilidade entre as normas ordinárias e o parâmetro, qual seja, a constituição. Por fim, a necessidade de que haja a previsão de consequência jurídica para a inobservância das normas constitucionais, adotando o Brasil a teoria da nulidade como regra e teoria da anulabilidade como exceção.

De acordo com os ensinamentos de Alexandre de Moraes,

Em primeiro lugar, a ideia de um escalonamento normativo é pressuposto necessário para a supremacia constitucional, pois, ocupando a constituição a hierarquia do sistema normativo é nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo. Além disso, nas constituições rígidas se verifica a superioridade da norma magna em relação àquelas produzidas pelo Poder Legislativo, no exercício da função legiferante ordinária. Dessa forma, nelas o fundamento do controle é o de que nenhum ato normativo, que lógica e necessariamente dela decorre, pode modificá-la ou suprimi-la.⁹

Cumprido destacar a existência do princípio da presunção de constitucionalidade das leis, que parte da premissa de que, se a constituição é a norma suprema, significa que os poderes públicos (legislativo, executivo e judiciário) retiram suas competências legislativas deste documento legislativo, presumindo-se que agiram de acordo com ela.

A presunção de constitucionalidade é apenas relativa e aceita prova em contrário, daí admitir-se a própria existência do controle de constitucionalidade. Contudo, se não existisse essa presunção, não haveria imperatividade. Para que a norma seja imperativa, ou seja, para que todos a obedeam, é preciso haver a garantia de que, enquanto não se provar que ela é incompatível com a constituição, ela é obrigatória e deve ser observada. Essa presunção é reforçada pelo controle preventivo de constitucionalidade das leis, que será analisado posteriormente.

3.2 ATUAÇÃO DOS PODERES NO CONTROLE PREVENTIVO E REPRESSIVO

⁹ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 28ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 635.

A depender do momento em que for realizado, o controle pode ser classificado como preventivo ou repressivo. Preventivo é aquele que recai sob espécie normativa ainda em fase de elaboração, sendo realizado durante o processo legislativo de formação do ato normativo. Isso impede que a norma integre o ordenamento e passe a gozar da presunção relativa de constitucionalidade. Normalmente, este controle é político e ocorre antes da norma violar a Constituição. No controle repressivo, por sua vez, a norma já está, ao menos, promulgada. Ocorre depois que a violação já se consumou.

O poder legislativo faz o controle preventivo de Constitucionalidade por meio da atuação da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ). Trata-se de comissões permanentes das casas legislativas, responsáveis pela análise da regimentalidade, juridicidade e constitucionalidade dos projetos de lei. Atuam na fase constitutiva durante o ato de deliberação, de forma que todos os projetos de lei passam por elas em uma análise prévia de constitucionalidade. No caso do Congresso Nacional, como são duas casas, há dois controles, um na CCJ da Câmara dos Deputados, outro na CCJ do Senado Federal.

Havendo parecer negativo das Comissões de Constituição e Justiça, declarando a inconstitucionalidade do projeto, regra geral, este será considerado rejeitado e arquivado definitivamente. Em situação excepcional, pode a Comissão oferecer emenda corrigindo o vício.

Depois de passar pelo controle legislativo, o executivo também exerce o controle através do veto jurídico, que consiste em uma análise de natureza jurídica da compatibilidade do projeto com a constituição. Assim, caso o chefe do executivo entenda ser o projeto de lei inconstitucional poderá vetá-lo, exercendo o controle prévio, antes de o projeto de lei transformar-se em lei.

O poder judiciário, por sua vez, somente poderá exercer o controle preventivo de constitucionalidade quando for impetrado mandado de segurança por um parlamentar (e apenas por parlamentar pertencente à respectiva casa na qual o projeto esteja tramitando) por inobservância do devido processo legislativo constitucional. Logo, a única hipótese de controle preventivo a ser realizado pelo judiciário sobre projeto de lei em trâmite na Casa Legislativa é para garantir ao parlamentar o devido processo legislativo, vedando sua participação em procedimento em desconformidade com as regras constitucionais. O controle, nesse caso, é pela via de exceção, em defesa de direito público subjetivo do parlamentar de participar de um processo legislativo correto.

Em relação ao controle repressivo, a atuação do poder legislativo se dá por meio de competências do Congresso Nacional para agir em determinadas situações previstas na constituição federal de 1988. Inicialmente, o Congresso Nacional pode sustar atos do poder Executivo, nos termos do artigo 49, V da Constituição. Isso porque o presidente edita lei delegada a partir de autorização dada pelo Congresso Nacional, na forma de uma resolução. Caso o presidente descumpra os limites impostos pelo Congresso, este último poderá sustar a lei delegada, por meio de Decreto Legislativo, em um autêntico controle de constitucionalidade.

Além disso, poderá o Congresso Nacional rejeitar medida provisória quando não forem observados os requisitos constitucionais (aspecto formal de relevância e urgência) ou quando o conteúdo da medida provisória for incompatível com a constituição (aspecto material). Apesar de ser feito antes da medida provisória se tornar lei, trata-se de controle repressivo porque a medida provisória produz efeitos a partir da sua edição. Dessa forma, as casas legislativas podem não converter uma medida provisória em lei ao argumento de inconstitucionalidade.

Por fim, a súmula 347 do Supremo Tribunal Federal (STF) estabelece que o Tribunal de Contas, órgão auxiliar do legislativo, ao exercer sua atribuição, pode apreciar se a lei que embasou o ato do poder público é compatível ou não com a constituição. Isso demonstra outra forma de atuação do poder legislativo no controle de constitucionalidade.

O poder judiciário atua, no controle repressivo, de forma difusa ou concentrada. O controle difuso é aquele que pode ser exercido por qualquer juiz ou Tribunal do Poder judiciário, observadas as regras de competência processual. Tal controle verifica-se em um caso concreto e a declaração de inconstitucionalidade ocorre de forma incidental. O controle concentrado, por sua vez, é aquele cuja competência é reservada apenas a um determinado órgão do Poder Judiciário. Se o parâmetro for a Constituição Federal, o controle será necessariamente concentrado no Supremo Tribunal Federal; se o parâmetro for Constituição Estadual, a competência será concentrada no Tribunal de Justiça do Estado.

3.3 INSTRUMENTOS DE CONTROLE CONCENTRADO

O controle concentrado de constitucionalidade pode ser realizado por meio de três instrumentos trazidos pela legislação. Previstas no art. 102, I, a da Constituição

Federal, a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) serve para impugnar atos estaduais ou federais, ao passo em que a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) se restringe a atos federais; já a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), prevista no art. 102, §1º da Constituição, pode ser utilizada para impugnar atos federais, estaduais ou municipais.

O ajuizamento de ADI almeja expurgar do sistema lei ou ato normativo viciado (material ou formalmente), buscando-se sua invalidação. O objeto de tal instrumento, portanto, é a lei ou ato normativo que se mostrarem incompatíveis com o sistema.

Em relação à ADC, observa-se que, mesmo havendo presunção de constitucionalidade das leis, tal presunção é relativa. Nesse sentido, o objetivo desta ação é transformar uma presunção relativa de constitucionalidade em absoluta, não mais se admitindo prova em contrário. Assim, a ADC busca afastar a situação de insegurança jurídica ou incerteza sobre a validade ou aplicação de lei ou ato normativo federal, sendo preservada, com isso, a ordem jurídica constitucional.

Exatamente pelo fato de existir uma presunção de constitucionalidade das leis, ainda que relativa, há um requisito de admissibilidade exclusivo da ADC, previsto no artigo 14, III da lei 9.868/99, que é a existência de controvérsia judicial relevante. Com isso, permite-se à Corte o conhecimento das alegações em favor da constitucionalidade e contra ela, e do modo como estão sendo decididas em um ou em outro sentido.

A ADI e a ADC são ações de mesma natureza. Apresentam caráter dúplice ou ambivalente e em caso de indeferimento do pedido na ADC, os efeitos, se assim decidido pelo STF, seriam os mesmos da hipótese de deferimento da ADI, qual seja, a inconstitucionalidade da lei, nos termos do artigo 24 da lei 9.868/99. Por essa razão, pode ocorrer de uma mesma lei ser objeto de ADI e ADC. Quando ocorre, o STF as reúne e julga as duas em conjunto.

O último instrumento de controle concentrado, a ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), apresenta como requisito de admissibilidade seu caráter subsidiário, conforme disposto no art. 4º, §1º da lei 9.882/99, podendo ser utilizada apenas quando não existir outro meio eficaz. O STF considera como meio eficaz aquele que tem a mesma imediatividade, amplitude e efetividade da ADPF.

3.4 EFEITOS DA DECISÃO NO CONTROLE CONCENTRADO

O Supremo Tribunal Federal adota o posicionamento de que a lei

inconstitucional é um ato nulo. Isso significa que tal norma não produziu nenhum efeito válido desde a sua edição. Por isso, em regra, a decisão em sede de controle de constitucionalidade pela via concentrada terá efeito *ex tunc*.

Contudo, em que pese a regra no direito brasileiro quanto à inconstitucionalidade ser a adoção da teoria da nulidade, admite-se a “modulação temporal” dos efeitos da decisão. Dessa forma, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, conforme disposto no artigo 27 da Lei 9.868, poderá o STF, pelo voto de 2/3 de seus membros, restringir os efeitos da declaração (efeitos *ex nunc*) ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou outro momento que venha a ser fixado (efeitos prospectivos).

Quanto às partes, a decisão apresenta efeito *erga omnes*, ou seja, atinge todas as pessoas, tanto os particulares quanto os poderes públicos.

Por fim, a decisão apresenta efeito vinculante. A vinculação, todavia, atinge somente os demais órgãos do Poder Judiciário (o STF não fica vinculado à própria decisão) e a Administração Pública de todas as esferas. Prevalece o entendimento de que tal efeito vinculante não pode ser estendido ao Poder Legislativo, que poderá, inclusive, editar nova lei em sentido contrário à decisão dada pelo STF. Entendimento em sentido contrário ensejaria o denominado fenômeno da “fossilização da Constituição”.

4. CONCLUSÃO

Conforme exposto anteriormente, a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 33 “altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição.” No presente trabalho, serão analisadas somente as questões referentes ao controle de constitucionalidade, ou seja, a alteração do número necessário de votos para declaração de inconstitucionalidade das leis e a posterior submissão da decisão sobre a inconstitucionalidade de emendas constitucionais ao Congresso Nacional.

Em relação ao aumento do quórum para declaração de inconstitucionalidade das leis, determina a PEC 33 que o artigo 97 da constituição federal passe a vigorar com a seguinte redação: "Somente pelo voto de quatro quintos de seus membros ou dos

membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou do ato normativo do poder público”; sendo certo que a redação atual do dispositivo prevê que “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”. Tal modificação é proposta com fundamento na justificativa de que

Em primeiro lugar, entendemos salutar o aumento da maioria qualificada para declarar a inconstitucionalidade de lei aprovada no Parlamento. A opinião de apenas seis juízes, por mais cultos que sejam, não pode sobrepor a soberania popular, pois conhecimento jurídico não é fator de legitimação popular. A redação atual do art. 97 da Constituição Federal estabelece o voto da maioria absoluta dos membros dos tribunais como requisito para declaração de inconstitucionalidade de leis. Estamos propondo o aumento de maioria absoluta para quatro quintos dos membros dos tribunais. No caso do Supremo, será necessário o voto de nove ministros e não apenas seis para que seja declarada a inconstitucionalidade de leis aprovadas no Congresso Nacional. Terá de haver nítida e clara homogeneidade no entendimento da Suprema Corte.

Ressalte-se que, atualmente, prevalece a regra da reserva de plenário ou regra da “full bench” (tribunal completo), segundo a qual se o órgão fracionário entender que uma lei é inconstitucional, a questão é submetida ao pleno ou órgão especial do tribunal. Diante disso, os órgãos fracionários, como turmas e câmaras, só poderão declarar sozinhos a constitucionalidade das leis ou atos normativos. A inconstitucionalidade, por sua vez, só pode ser declarada pela maioria absoluta dos membros ou dos membros do órgão especial, que consiste na votação por mais de 50% dos membros.

Na prática, a alteração prevista na PEC 33 dificulta consideravelmente a declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos por parte dos tribunais, visto que passa a exigir quase a unanimidade na votação para tanto. Dessa maneira, diversas leis de caráter inconstitucional terão maior possibilidade de entrar ou permanecer em vigor, na medida em que o quórum extremamente elevado dificulta o controle de constitucionalidade, embaraçando a atuação do poder judiciário no procedimento. Com isso, há um fortalecimento desproporcional do poder legislativo.

No tocante à necessidade de submissão ao Congresso Nacional das decisões de mérito do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade para a

declaração da inconstitucionalidade de uma emenda constitucional, diversos são os motivos que justificam a inadequação da proposta.

A PEC 33 determina que se acrescente ao artigo 102 da constituição federal, que dispõe sobre a competência do Supremo Tribunal Federal, os seguintes parágrafos:

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

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

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

A justificação para tal alteração, conforme disposto na própria PEC 33, dispõe que

A proposta consiste em submeter ao Congresso Nacional a decisão do STF, que não teria, de imediato, efeito vinculante e eficácia contra todos (“erga omnes”). Somente após a apreciação do Congresso Nacional reconhecendo a inconstitucionalidade defendida pelo Supremo é que operaria o efeito vinculante e a eficácia da decisão judicial. Na hipótese de o Congresso ratificar seu próprio entendimento já esposado anteriormente por ocasião da aprovação da Emenda, ficaria a população automaticamente convocada para opinar sobre o caminho a ser seguido. Assim, havendo divergências entre a posição dos juízes e dos representantes do povo, caberia ao próprio povo a última palavra.

Apesar de ser a justificativa aparentemente justa e coerente com a estrutura de um Estado democrático, por buscar a ratificação de decisões do judiciário por parte dos

representantes do povo e até mesmo do próprio povo, em determinadas situações, referida medida não se mostra adequada.

Inicialmente, verifica-se que a proposta se mostra inconstitucional em seu fundamento, na medida em que a Constituição Federal estabelece a separação de poderes como cláusula pétrea, não podendo ser abolida por meio de emenda constitucional, conforme estudado anteriormente e exposto no artigo 60, parágrafo 4º, inciso III:

Art. 60 § 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.

A submissão das decisões de mérito do Supremo Tribunal Federal ao Congresso Nacional significa uma clara usurpação de função, uma vez que a plenitude das decisões do judiciário, em sede de controle de constitucionalidade, passa a estar submetida ao legislativo. Essa medida fere toda a estrutura organizacional dos três poderes em vigor no país atualmente, visto que permite que um poder passe a intervir abertamente na atuação de outro no exercício de suas funções típicas, enfraquecendo o judiciário e fortalecendo, desproporcionalmente, o legislativo. Tal fato interfere na relação de independência e harmonia entre os três poderes federais, previstas no artigo 2º da Carta Magna: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Além disso, a medida acarretaria outros problemas de natureza política. Isso porque, com a participação de deputados federais e senadores no processo de declaração de inconstitucionalidade de emendas, haveria grande interferência de interesses políticos embasando decisões que deveriam ser tomadas com fundamentos estritamente jurídicos e analisadas somente pelo ponto de vista legal. Na atual conjuntura nacional, é notório que as articulações políticas exercem grande influência em toda a administração pública, verificando-se a imposição de interesses partidários em setores como, por exemplo, no processo legislativo e nas decisões sobre políticas públicas adotadas pelo poder executivo.

Esta realidade poderia se agravar ao se permitir a interferência do legislativo no controle de constitucionalidade, na medida em que interesses restritos de grupos de

poder prevaleceriam sobre a efetiva questão da legalidade das medidas a serem apreciadas. Soma-se a isso o fato de que o desconhecimento jurídico por parte dos parlamentares, que não apresentam formação acadêmica necessariamente na área do direito, poderia ser prejudicial à apreciação correta acerca do julgamento de mérito proferido pelo Supremo Tribunal Federal, este sim composto por ministros de amplo saber jurídico e que dedicaram anos de estudo para estarem, de fato, aptos a julgarem com o necessário discernimento e sob o ponto de vista legal.

Observa-se, ainda, que a PEC determina que a decisão sobre a inconstitucionalidade de uma emenda será submetida ao Congresso Nacional que, dentro do prazo de 90 dias, deve se manifestar contra ou a favor. Havendo discordância entre o entendimento da corte e o do Congresso, prevê-se a realização de um plebiscito, oportunidade em que a matéria seria levada à consulta popular.

Em que pese a louvável atitude de se colocar a questão para apreciação do povo, a democracia no Brasil ainda não se mostra madura o suficiente para que isso ocorra da forma ideal. Nas eleições para os membros de poder, ainda observamos, com frequência, problemas como a compra de votos, a falta de acesso a informações e o desinteresse da população. Em se tratando de uma questão puramente jurídica, os problemas em questão serão demasiadamente intensificados, posto que somente uma parcela pequena da população tem acesso a conhecimentos profundos de natureza jurídica e, conseqüentemente, são poucos os que apresentam efetivas condições de apreciar e votar a questão da constitucionalidade de uma emenda.

Não há dúvidas de que, caso aprovadas, as alterações previstas trarão enorme instabilidade política e insegurança jurídica a todo o país. Estaremos diante de uma forte fragilização da democracia, que pode acarretar conseqüências extremamente negativas ao equilíbrio dos poderes e ao sistema político-jurídico nacional.

Espera-se que haja discernimento e faça-se prevalecer o interesse público e a preservação da democracia quando da decisão acerca da aprovação da PEC 33. A estrutura organizacional do país não deve ser fundamentalmente alterada de modo a causar prejuízo e perdas para a democracia. O enfraquecimento do poder judiciário e o fortalecimento excessivo do poder legislativo que serão causados por uma possível aprovação desta PEC não são recomendáveis para um país que já alcançou tantos avanços no campo jurídico.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos.

BRASIL. Proposta de emenda constitucional nº 33, de 25 de maio de 2011. Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. Disponível em:
http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=876817&file name=PEC+33/2011

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012.