

A PEC 33 é constitucional?

Vanessa Reichert

RESUMO

O presente estudo objetiva, ainda que de forma sumária, analisar criticamente a constitucionalidade da Proposta de Emenda Constitucional número trinta e três do ano de dois mil e onze (PEC 33/2011), que altera a quantidade mínima de votos de membros dos tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis e aprovação de súmula vinculante; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação do Poder Legislativo, além de vedar, em qualquer hipótese, a suspensão da eficácia de Emenda à Constituição por medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal. A proposta ainda prevê que no caso de o STF declarar inconstitucionalidade de Emendas à Constituição, essas não produzirão mais efeito imediato e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se, contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia a uma consulta popular. Os itens que foram propostos no presente trabalho podem ser considerados hipoteticamente como filtros de constitucionalidade da PEC 33/2011 que com base em uma análise doutrinária, ao final demonstram que a referida proposta não resiste a esta filtragem, se revelando, portanto inconstitucional. As respostas buscadas à pergunta que se expressa no título do trabalho estão longe de despontar um esgotamento do assunto. Ao contrário, as críticas são sucintas, mas não deixam de contribuir para o debate acadêmico, que é exatamente o que se propõe.

Palavras-chave: PEC 33/2011. Controle de constitucionalidade. Separação de Poderes. Supremo Tribunal Federal.

Is the “PEC 33” constitutional?

ABSTRACT

The present study has the objective, although in a brief way, to review the constitutionality of the Proposed Constitutional Amendment number thirty-three in the year two thousand and eleven (PEC 33/2011) which alters the minimum number of votes of members of the courts to declare unconstitutionality of laws and to approval binding precedent; conditions the effect of binding precedents approved by the Supreme Court for approval of the Legislature, and seal, in any case, the suspension of the Amendment to the Constitution for injunctive relief by the Supreme Court. The proposal also provides that if the Supreme Court declares unconstitutional Amendments of the Constitution, they do not produce more immediate effect and will be forwarded to the National Congress which, manifesting itself, contrary to the court order, shall submit the dispute to a referendum. Items that have been proposed in this study can be considered, as hypothetically, constitutionality filters of PEC 33/2011 that based on a doctrinal analysis, the end demonstrate that the proposal does not withstand this filtering, unfolding therefore unconstitutional. The answers to the question expressed in the title are far from being a depletion of the subject. Rather, the

Vanessa Reichert é Mestranda em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) – São Leopoldo/RS. Vinculada à Linha de Pesquisa 1: Hermenêutica, Constituição e Concretização dos Direitos. Graduada em Direito pela Universidade Luterana do Brasil (ULBRA/Canoas). Advogada. E-mail: vanessa.reichert.adv@gmail.com

Direito e Democracia	Canoas	v.14	n.1	p.151-168	jan./jun. 2013
----------------------	--------	------	-----	-----------	----------------

criticisms are succinct, but do not fail to contribute to the academic debate, which is exactly what is proposed.

Keywords: PEC 33/2011. Control of constitutionality. Separation of Powers. Supreme Court.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o fito de realizar uma análise crítica sobre a Proposta de Emenda Constitucional nº 33/2011, de autoria do Deputado Federal Nazareno Fonteles e outros.

Tal proposta pretende alterar a quantidade mínima de votos de membros dos tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis e aprovação de súmula vinculante. Pretende também, condicionar o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação do Poder Legislativo, além de vedar, em qualquer hipótese, a suspensão da eficácia de Emenda à Constituição por medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal. Ainda, a proposta prevê que no caso de o STF declarar inconstitucionalidade de Emendas à Constituição, essas não produzirão mais efeito imediato e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se, contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia a uma consulta popular.

No ponto inicial do estudo, pretende-se descrever de forma detalhada os artigos da Constituição Federal que seriam alterados com a aprovação da Emenda, confrontando o texto atual com o texto proposto e expor de forma sumária os argumentos utilizados para a justificação de tal proposta.

O objetivo do estudo é debater acerca da constitucionalidade da referida Proposta de Emenda à Constituição. A pergunta que se pretende responder está insculpida no título do presente trabalho.

Nessa perspectiva, pretende-se abordar no item dois do estudo a questão da supremacia constitucional, confrontando tal questão com a proposta de controle da modificação desta Carta por um só poder, qual seja, o Poder Legislativo.

Em seguida, pretende-se abordar a separação de poderes, cláusula pétreia insculpida no § 4º do artigo 60 da Constituição Federal, e o controle judicial de constitucionalidade, trazendo conceitos, fundamentos e entendimentos da doutrina a respeito destes pontos confrontando-os com a PEC 33, a fim de verificar a sua constitucionalidade, como dito.

Diante dessa lógica, por fim, discorre-se acerca da defesa da Constituição pelo Supremo Tribunal Federal como defesa da democracia, trazendo, desta forma, uma abordagem crítica acerca da democracia.

As respostas buscadas estão longe de despontar um esgotamento do assunto. Ao contrário, o objetivo do trabalho é, de forma sucinta, apontar críticas à referida Proposta de Emenda Constitucional e contribuir para novos debates acadêmicos.

2 CONFRONTAÇÃO ENTRE OS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS ATUAIS E A PROPOSTA DE NOVO TEXTO

Conforme dito, a Proposta de Emenda à Constituição número 33 do ano de 2011 pretende limitar os poderes dos tribunais, especialmente do Supremo Tribunal Federal (STF), submetendo algumas decisões da Corte ao Congresso Nacional, inclusive. Caso ocorra a aprovação da PEC 33, três artigos da Constituição serão alterados.

O primeiro ponto tocado pela PEC 33 diz respeito ao artigo 97 da Constituição Federal (1988, sublinhou-se). Veja-se a redação atual do referido artigo:

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.

Caso a PEC 33 seja aprovada, serão necessários os votos de **quatro quintos** dos membros dos tribunais ou dos membros do respectivo órgão especial para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. Ou seja, a proposta aumenta o número mínimo de votos para declaração de inconstitucionalidade. O requisito deixa de ser maioria absoluta e passa a ser 80% (oitenta por cento) dos membros dos tribunais. No caso do STF, será necessário o voto de nove ministros e não mais seis para que sejam declaradas inconstitucionalidades.

A segunda alteração proposta pela Emenda se refere ao artigo 103-A e seus parágrafos da Constituição Federal (1988), senão veja-se a redação atual:

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.

§ 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.

§ 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.

§ 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.

Se aprovada, a PEC 33 (2011, p.1-2) alteraria por completo a redação do supracitado artigo e seus parágrafos, veja-se:

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

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

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

§ 3º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

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

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

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

Vê-se que a proposta aumenta de dois terços para quatro quintos o número de votos necessários para aprovação de súmula vinculante, isso equivale a nove de onze ministros no caso do STF, mas a mudança mais radical que a PEC prevê, neste ponto, diz respeito à submissão da aprovação do efeito vinculante das súmulas pelo Congresso Nacional.

Além disso, o artigo 3º da PEC 33 (2011, p.2, 3) propõe a alteração do artigo 102 da Constituição Federal de 1988 que passaria a vigorar acrescido dos 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.(NR)

Da leitura da transcrição do texto da proposta, observa-se que caso ocorra a aprovação da PEC 33, ficará vedada, em qualquer hipótese, a suspensão da eficácia de Emenda à Constituição por medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal. Além disso, a proposta prevê que decisões do STF que declarem a inconstitucionalidade de emendas à constituição não produzem mais efeito imediato e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia a uma consulta popular.

Todas as proposições trazidas pelo texto da PEC 33 chamam a atenção, porém a que mais se destaca é exatamente a última que citamos. De acordo com o projeto, as decisões de mérito proferidas pelo STF nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade deixariam de possuir imediato efeito vinculante e eficácia contra todos e seriam encaminhadas ao Congresso Nacional que no prazo de noventa dias poderia se manifestar de forma contrária a decisão, ocasião em que teria obrigatoriamente que submeter a matéria à consulta popular.

A justificativa exposta na PEC 33 (2011, p.13) para tais mudanças tão radicais e passíveis de inúmeras críticas, conforme se abordará adiante, abrange basicamente a condenação do “ativismo judicial”, das decisões ativistas, que representariam grave violação ao regime democrático e aos princípios constitucionais da soberania popular e da separação de poderes. Nessa linha de argumento, os deputados enumeram casos que consideram de ativismo explícito e dentre eles se encontra o da extensão da vedação do nepotismo ao Poder Executivo e Legislativo, “por meio de súmula vinculante, após o julgamento de um único caso” e “a verticalização das coligações partidárias, estabelecida por Resolução do TSE” (PEC 33, 2011, p.4).

A justificativa refere ainda que “há muito o STF deixou de ser um legislador negativo, e passou a ser um legislador positivo. E diga-se, sem legitimidade eleitoral [sic]” (PEC 33, 2011, p.5).

Seguindo essa lógica, é possível extrair a seguinte afirmação do texto:

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 cabe ao povo dizer o que é a Constituição. (PEC 33, 2011, p.5)

Nesse norte, os deputados signatários da proposta em debate seguem a sua justificativa nos seguintes termos:

Precisamos, pois, resgatar o valor da representação política, da soberania popular e da dignidade da lei aprovada pelos representantes legítimos do povo, ameaçados pela postura ativista do Judiciário. Restabelecer o equilíbrio entre os Poderes é, pois, o objetivo central da presente proposição. (PEC 33, 2011, p.5-6)

Para eles, “a súmula vinculante vem sendo utilizada pelo STF como um ‘cheque em branco’ posto à disposição pelo Poder Legislativo. Seu uso não está em consonância com o texto constitucional e, portanto, deve passar por ajustes” (PEC 33, 2011, p.6).

A crítica à postura do Poder Judiciário prossegue, expondo-se que este tem “aplicado princípios constitucionais a todo tipo de situações concretas, demonstrando pouco apreço aos textos legais e adotando uma dogmática fluida, com elevado grau de liberdade” (PEC 33, 2011, p.13). E segue: “Acha-se sempre um princípio constitucional, até então pouco difundido, pronto a fundamentar uma nova decisão impregnada de valor moral. É o verdadeiro império do *panprincipiologismo*” (PEC 33, 2011, p.13), utilizando o termo cunhado pelo Professor Lenio Streck.

Concluem os deputados signatários que a PEC 33 pretende “fomentar o diálogo institucional mediante a valorização do papel do Poder Legislativo, muito caro à democracia, e que traz consigo a insubstituível legitimidade da escolha popular” (PEC 33, 2011, p.14).

A par das proposições e dos argumentos justificantes da PEC 33, dedicar-se-á os próximos itens à verificação da constitucionalidade da referida Proposta, apontando os filtros pelos quais deveria passar a aludida PEC para que se revelasse constitucional.

3 SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E O CONTROLE PRÉVIO DE CONSTITUCIONALIDADE REALIZADO PELO PODER LEGISLATIVO

Para iniciar qualquer crítica atinente à referida proposta, faz-se necessário, antes de tudo, ressaltar a posição da Constituição dentro do ordenamento jurídico.

“Constituição não é uma lei como as outras, é uma lei fundamental da nação” (LASSALLE, 1933). Nesse sentido, o renomado doutrinador português Canotilho (2003, p.1147) dispõe que:

A constituição é uma lei dotada de características especiais. Tem um brilho autónomo expresso através da forma, do procedimento de criação e da posição hierárquica de suas normas. Estes elementos permitem distingui-la de outros actos com valor legislativo presentes na ordem jurídica.

Gilmar Mendes se reporta a Kelsen para explicar a supremacia constitucional, senão vejamos:

Visualizado o ordenamento jurídico como uma estrutura hierarquizada de normas, cuja base repousa na *ficção* da norma fundamental hipotética, de que se utilizou Hans Kelsen para descrever a estática e a dinâmica jurídicas e, assim, a própria existência do direito, emerge, nítida, a *supremacia* da Constituição como ponto de apoio e condição de validade de todas as normas jurídicas, na medida em que é a partir dela, como dado de realidade, que se desencadeia o processo de produção normativa [...]. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p.58)

Na lição de José Afonso da Silva (2010, p.45) falar em supremacia da constituição significa que:

[...] a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estrutura deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.

“O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição” (SILVA, 2010, p.46). Clèmerson Merlin

Clève (2000) acentua que a compreensão da Constituição como Lei Fundamental implica não apenas o reconhecimento de sua supremacia na ordem jurídica, mas, igualmente, a existência de mecanismos suficientes para garantir juridicamente (eis um ponto importante) apontada qualidade. Simplificando tais apontamentos, pode-se dizer que nenhum sentido haveria em afirmar e proclamar a supremacia da Constituição se essa pudesse ser livremente modificada por uma só pessoa ou um só órgão, enfim, pela conveniência de maiorias eventuais (COSTA, 2013).

“A supremacia da constituição repousa na técnica de sua reforma (ou emenda), que importa em estruturar um procedimento mais dificultoso para modificá-la” (SILVA, 2010, p.63). É daí a necessidade do controle de constitucionalidade das leis (ordinárias, complementares, etc.) e precipuamente das emendas à constituição (COSTA, 2013).

Nesse sentido, Kildare Gonçalves Carvalho (2010, p.381) afirma que:

[...] o controle de constitucionalidade, técnica de limitação de poder, através da submissão dos poderes instituídos, visa garantir, por vários mecanismos, a supremacia material e formal da Constituição sobre as leis e os atos do governo e da administração.

No caso de uma emenda constitucional, tema que interessa ao presente trabalho, o controle de constitucionalidade ocorre antes e/ou depois de sua promulgação, por órgãos de natureza política ou jurídica (COSTA, 2013).

O controle preventivo, de caráter político, inicia-se no âmbito do próprio Poder Legislativo. O cenário é a tramitação legislativa e a finalidade eliminar eventual inconstitucionalidade da proposta legislativa. Cabe ao Presidente da Casa Legislativa e às Comissões Parlamentares, em especial as denominadas de “Constituição e Justiça”, que examinam e emitem parecer sobre a constitucionalidade ou não do projeto (CARVALHO, 2010). Este controle poderá ainda, ser realizado pelo plenário de qualquer das casas legislativas, quando houver rejeição de qualquer projeto em votação por inconstitucionalidade.

Portanto, ao menos em tese, nenhuma emenda constitucional (ou qualquer lei ou ato normativo) é aprovada pelo Poder Legislativo sem que seja emitido um parecer prévio sobre a sua constitucionalidade. Ademais, vale lembrar que os parlamentares tem o direito de participar de um processo legislativo íntegro e, conseqüentemente, a não ver deliberada uma emenda que seja tendente a abolir cláusula pétrea. Diga-se que qualquer deputado federal ou senador possui legitimidade para impetrar mandado de segurança junto ao Supremo Tribunal Federal para impedir votação de emenda que considere inconstitucional (COSTA, 2013).

Assim faz-se necessário destacar, por mais óbvio que isso possa parecer, que nenhum projeto (de lei, de emenda constitucional, etc.) é aprovado pelo Poder

Legislativo se este considerá-lo inconstitucional. Portanto, a primeira ressalva a ser feita à PEC 33/2011 é de ordem lógica. “Por que uma emenda constitucional declarada inconstitucional pelo STF deveria ser novamente apreciada pelo Congresso Nacional, se este já se posicionou pela sua conformidade com a Constituição?” (COSTA, 2013).

Sem dúvida, é possível afirmar que é justamente a fragilidade desse controle prévio realizado pelo próprio Poder Legislativo que justificaria essa nova apreciação prevista na PEC em comento. No entanto, é essa mesma fragilidade que confirma a necessidade do controle de constitucionalidade que é realizado pelo Poder Judiciário. Esta não é uma questão de ordem apenas conjuntural – que levaria em conta apenas as condições específicas do Poder Legislativo em nosso país –, mas sim um aspecto que envolve as bases da Teoria do Estado Moderno (COSTA, 2013).

Diante de tais aportes, mesmo que sucintos, depreende-se que a PEC 33 não encontra alicerce que a justifique, pelo contrário, a proposta se revela incompreensível quando analisada sob a ótica da supremacia constitucional e do controle prévio de constitucionalidade realizado pelas casas legislativas.

Submeter o controle de constitucionalidade das leis à “confirmação” pelo poder legislativo é uma rechaço indiscutível da Constituição que, neste caso, estaria passível de modificação, a qualquer tempo, pelo entendimento de maiorias eventuais, exatamente o contrário do que se depreende de toda a lógica constitucional, especialmente do controle de constitucionalidade que visa justamente coibir essas mudanças antidemocráticas que atentam a supremacia constitucional.

A partir deste filtro hipotético, pode-se dizer ainda que a PEC 33/2011 é inconstitucional, pois atinge o “núcleo normativo que protege a autonomia dos sistemas jurídico e político” (NEVES, 2012, p.155), alicerce do Estado Democrático de Direito. Tal argumento, na verdade serve também, e especialmente, de base para a crítica do item que se adentrará.

4 SEPARAÇÃO DE PODERES, CLÁUSULA PÉTREA E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE JUDICIAL

Inicialmente, deve-se destacar que o exame da constitucionalidade material de uma proposta de emenda constitucional deve partir da análise do § 4º do artigo 60 da Constituição Federal de 1988,¹ que pode ser chamado de “núcleo imodificável na via da emenda” (SILVA, 2010, p.67).

Assim, faz-se necessário ressaltar, que não pretende a PEC nº 33/2011 alterar a forma federativa de Estado, os direitos e garantias individuais e o voto direto, secreto, universal e periódico. Entretanto, no que concerne à separação entre os poderes, cláusula pétrea

¹ 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. BRASIL. Constituição (1988). (grifou-se) **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 ago. 2013.

insculpida no artigo 60, § 4º, inciso III, da Constituição Federal, a situação é bastante diferente (COSTA, 2013), conforme veremos adiante.

Diga-se antes de tudo, que a importância deste princípio pode ser avaliada a partir de uma simples leitura de um trecho clássico da obra de Montesquieu (1962, apud MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p.219), um dos seus formuladores:

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.

Conforme Montesquieu (1996), a divisão de poderes é necessária para que cada poder freie o outro, impeça o abuso por parte do outro. O objetivo é evitar a concentração de poder e, em última análise, o absolutismo (COSTA, 2013).

Diga-se que a partir de Montesquieu (1962, apud MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p.219), o princípio da separação dos poderes adquiriu o status de uma forma que virou substância no curso do processo de construção e de aprimoramento do Estado de Direito, a ponto de servir de pedra de toque para se dizer de legitimidade dos regimes políticos, como se infere do célebre artigo XVI da *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 Août 1789*, em que se declara que não tem constituição aquela sociedade em que não estejam assegurados os direitos dos indivíduos, nem separados os poderes estatais.

Conforme explicita Bonavides (2010), o Brasil, ao decidir pela forma republicana de governo, aderiu ao princípio da separação de poderes na melhor tradição francesa – a de Montesquieu – com explicitação formal desde a Constituição republicana de 1891.

Na Constituição Federal de 1988, esse princípio que está estampado no seu art. 2º, em que se declara que são Poderes da União – independentes e harmônicos – o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, é de tamanha importância que possui o *status* de cláusula pétrea, protegido, portanto, frente a emendas, reformas ou revisões que tentem aboli-lo da Lei Fundamental (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010), conforme dito no início deste item.

Deve-se dizer que o significado precípua das cláusulas pétreas, está em prevenir um processo de erosão da Constituição. Tais cláusulas tem a missão de inibir qualquer tentativa de abolir o projeto básico da Constituição. Pretende-se, com elas, evitar que a sedução de apelos próprios de certo momento político destruam um projeto duradouro (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010).

Assim, sabido que a separação de poderes é cláusula pétrea insculpida na Constituição Federal de 1988, “a emenda que suprima a independência de um dos

poderes ou que lhe estorve a autonomia é imprópria” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p.299), assim como é o caso da proposta de emenda que aqui se debate.

No mesmo sentido, José Afonso da Silva (2010, p.67) assegura que “atribuir a qualquer dos Poderes atribuições que a Constituição só outorga a outro importará tendência a abolir o princípio da separação de Poderes”. Deste modo, “as competências constitucionalmente fixadas não podem ser transferidas para órgãos diferentes daqueles a quem a Constituição as atribuiu” (CARVALHO, 2010, p.183) e, portanto a PEC 33/2011 não pode subsistir, pois atenta contra este princípio mor insculpido na Constituição Federal de 1988, uma vez que retira autonomia e competência do judiciário, outorgadas pela Carta Política, e transfere ao Poder Legislativo.

Nesse sentido, deve-se destacar o trecho que se extrai da obra de Marcelo Neves (2012, p.155), senão vejamos:

[...] é bom observar que o Estado Democrático de Direito não exclui transformações, mediante os seus próprios procedimentos, de regras procedimentais do jogo e direitos fundamentais que lhe são preliminares. No entanto, essas mudanças não podem atingir o núcleo normativo de que dependem a continuidade da esfera pública pluralista e a **autonomia dos sistemas jurídico e político**. Por isso é que se impõem limitações constitucionais expressas e implícitas ao próprio poder reformador. (grifou-se)

Diga-se que é inconcebível possibilitar a limitação e retirar a autonomia da mais importante e grave missão constitucional do Supremo Tribunal Federal, qual seja, a guarda da Constituição, conforme texto expresso no art. 102 da Constituição Federal de 1988, que estabelece ser competência da mencionada Corte, o exercício da jurisdição constitucional (MORAES, 2013).

O Supremo Tribunal Federal não pretende ser o “arquiteto constitucional”, como referido pela Comissão de Constituição e Justiça, função esta exercida pela Assembleia Nacional Constituinte, mas jamais poderá recusar sua mais importante competência, de ser o guardião da Constituição (MORAES, 2013).

Deve-se dizer que a ideia de controle de constitucionalidade está relacionada à supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico (conforme mencionado no item 2 deste estudo) e, portanto, “as limitações ao poder de reforma teriam reduzido efeito prático se não se admitisse o controle jurisdicional da observância das restrições que o constituinte originário impôs ao poder constituído” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p.297). Toda modificação constitucional, feita com desrespeito do procedimento especial estabelecido (iniciativa, votação, quórum, etc.) ou de preceito que não possa ser objeto de emenda, padecerá de vício de inconstitucionalidade formal ou material, conforme o caso, e assim ficará sujeita ao controle de constitucionalidade pelo Judiciário, tal como se dá com as leis ordinárias (SILVA, 2010).

Releve-se que a controvérsia trazida pela PEC 33/2011 retoma a antiga e superada discussão entre Carl Schmitt e Hans Kelsen,² exposta por este em artigo publicado em 1930 (Quem deve ser o guardião da Constituição?), em que defendeu a existência de uma Justiça constitucional como meio adequado de garantia da essência da Democracia, efetivando a proteção de todos os grupos sociais – proteção contra majoritária – e contribuindo com a paz social, evitando assim a ideia de “maioria toda poderosa”, que surgiria se a ideia de Carl Schmitt prevalecesse com a atribuição exclusiva do Presidente do Reich, eleito por toda a nação, como intérprete final da Constituição (MORAES, 2013).

Vale ressaltar que com a evolução do Estado Constitucional, com inspiração nas teorias kelsenianas, o Poder Judiciário passou a assumir uma importância cada vez maior nos sistemas de controle entre os poderes. Esse conceito – Estado Constitucional – se consolida após a Segunda Guerra Mundial, conforme explica Luís Roberto Barroso (2012, grifou-se), senão veja-se:

O Estado constitucional de direito se consolida, na Europa continental, a partir do final da II Guerra Mundial. Até então, vigorava um modelo identificado, por vezes, como Estado legislativo de direito. Nele, a Constituição era compreendida, essencialmente, como um documento político, cujas normas não eram aplicáveis diretamente, ficando na dependência de desenvolvimento pelo legislador ou pelo administrador. Tampouco existia o controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário – ou, onde existia, era tímido e pouco relevante. Nesse ambiente, vigorava a centralidade da lei e a supremacia do parlamento. No Estado constitucional de direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica. A partir daí, ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado. Nesse novo modelo, vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal **entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais.**

Nesta perspectiva, diga-se que a Assembleia Nacional Constituinte – assim como todos os ordenamentos jurídicos democráticos pós 2ª Grande Guerra Mundial – consagrou o Poder Judiciário como guardião final do texto constitucional, e o Supremo Tribunal Federal como seu maior intérprete, protegendo essa escolha com o manto da cláusula pétreia da separação de poderes (art. 60, parágrafo 4º, inciso III), a fim de evitar eventual “ditadura da maioria” em detrimento dos direitos fundamentais das minorias (MORAES, 2013), exatamente o que se vislumbra na Proposta de Emenda que ora se debate.

² Sobre o debate entre Kelsen e Schmitt, interessante a leitura do seguinte artigo: VIANELLO, Lorenzo Córdova. La contraposición entre derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidade en Kelsen y Schmitt. *Revista Latinoamericana de Derecho*, v.7, n.7-8, 2007, p.271-292. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/7/cnt/cnt9.pdf>.

Além disso, diga-se que a aprovação da PEC 33/2011 configuraria ostensivo mecanismo de controle externo à atividade do Poder Judiciário, incabível no ordenamento jurídico pátrio, pois possibilitaria ao Congresso Nacional a fiscalização e sustação dos atos normativos editados por aquele poder, além de acarretar direta ingerência do Legislativo no exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (MORAES, 2013).

Vê-se que a PEC 33/2011 não resiste à passagem por este “segundo filtro” proposto no presente trabalho, se revelando inconstitucional também sob esta perspectiva, uma vez que afronta a separação de poderes em diversos aspectos, conforme visto.

5 DEMOCRACIA E DEFESA DA CONSTITUIÇÃO PELO STF

Dando continuidade ao que se expos no final do último item sobre a consagração, pós Segunda Guerra, do poder judiciário como guardião da Constituição, destaca-se que “a previsão de um Tribunal Constitucional como defensor da Constituição é hoje uma exigência democrática” (CARVALHO, 2010, p.405).

A necessidade de uma justiça constitucional, a cargo de Tribunais Constitucionais, corresponde ao declínio da ideia de lei, a partir da constatação de que também o legislador comete erros e abusos (o legislador expressa a vontade popular livremente, mas ele próprio não é soberano, pois soberano é o poder político estatal) que devem ser corrigidos por um órgão autônomo em relação a ele, e que não esteja comprometido com as escolhas políticas dos legisladores (CARVALHO, 2010).

Nesta ótica, o renomado doutrinador Canotilho (2003, p.889) afirma que:

A instituição da fiscalização judicial da constitucionalidade das leis e demais *actos* normativos do Estado constitui, nos modernos Estados constitucionais democráticos, um dos mais relevantes instrumentos de *controle* do cumprimento e observância das normas constitucionais.

Kelsen, ao sustentar a necessidade de um controle de constitucionalidade, a cargo de um Tribunal Constitucional, afirmava que a defesa da Constituição visa justamente evitar sua violação pelo seu defensor, isto é, o Presidente do *Reich* (conforme proposto por Schmitt), cuja legitimidade advém apenas de uma maioria no momento da votação, nada mais garantido. O exemplo histórico é expressivo: em 1933, na Alemanha, ocorreram mutações constitucionais justamente em razão da deformação das concepções originais do texto constitucional de 1919, levadas a efeito por Hitler, então Presidente do *Reich*, como se fosse um poder neutro. Assim, só a justiça constitucional, porque associada ao regime democrático, é capaz de oferecer garantias eficazes contra o risco de esmagamento das minorias e da violação dos direitos fundamentais (CARVALHO, 2010).

Luís Roberto Barroso aponta que o grande papel de um tribunal constitucional, do Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro é justamente o de proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático. “Eventual atuação contra majoritária do Judiciário em defesa dos elementos essenciais da Constituição se dará a favor e não contra a democracia” (BARROSO, 2012).

Frise-se que é característica do Estado Constitucional de Direito a existência de um tribunal constitucional – herança da proposta kelseniana – que tenha a palavra final sobre a interpretação da Constituição. Do mesmo modo, é também fundamental que suas decisões – ao menos aquelas tomadas no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade – assumam um caráter paradigmático em relação a todos os poderes. A unidade da Constituição deve orientar a harmonização da separação dos poderes estatais (COSTA, 2013), e assim preservar a democracia.

Para Canotilho (2003, p.681), o Tribunal Constitucional assume, ele próprio, uma dimensão normativo-constitutiva do compromisso pluralístico plasmado na Constituição e afirma que:

Com a garantia da observância das normas constitucionais conectionam-se relevantíssimas questões político-constitucionais como: (1) defesa das minorias perante a onipotência da maioria parlamento-governo; (2) primazia hierárquico-normativo da Constituição e do legislador constituinte perante a onipotência da maioria parlamento-governo; (3) primazia do dogma tradicional da presunção de constitucionalidade dos actos legislativos; (4) legitimidade do desenvolvimento do próprio direito constitucional através da interpretação dada às normas da Constituição pelos juízes constitucionais. Perante esse cruzamento de questões político-constitucionais, o Tribunal Constitucional poderá desempenhar o papel de “regulador” e determinante da própria identidade cultural da República (Ebsen) e de controlador do “legislador mastodonte e da administração leviathan”.

A par de tudo que já foi exposto, porém de modo a criticar especificamente as justificativas expostas no Projeto de Emenda Constitucional 33/2011 no tocante à alegada ilegitimidade democrática do STF, diga-se que:

[...] a legitimidade do Tribunal Constitucional não é maior, nem menor do que a dos órgãos políticos: advém da Constituição. E, se esta Constituição deriva de um poder constituinte democrático, então ela *há-de ser*, natural e forçosamente, uma legitimidade democrática. (MIRANDA, 2007, p.533)

Ademais, decidir contrariamente à vontade da maioria (representada) – é uma afirmação da verdadeira democracia, vez que a atuação dos tribunais, em geral – e no controle de constitucionalidade das leis, em particular –, é reconhecida, de longa data,

como um mecanismo relevante de contenção das paixões passageiras da vontade popular (BARROSO, 2012).

Ademais, a ampliação do Poder Judiciário, particularmente do Supremo Tribunal Federal, em *terrae brasilis*, tem sido contemporânea da retratação do Legislativo, que passa por uma crise de funcionalidade e de representatividade (BARROSO, 2012).

Vale lembrar ainda, afora todos os argumentos trazidos à baila em relação à separação de poderes, que a “independência dos tribunais é um daqueles *Kampfbegriffe* (“conceitos de luta”) de que está povoado o estado de direito” (CANOTILHO, 2003, p.659) e por óbvio, a democracia. E, nesse sentido, encontra-se mais um argumento contrário à PEC 33/2011, pois esta claramente permite a ingerência do Congresso Nacional em matéria jurisdicional, uma vez que sem o efeito vinculante das decisões proferidas no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, transformar-se-ia o Supremo Tribunal Federal em um tribunal eminentemente consultivo, cujas principais decisões – justamente aquelas proferidas em sede de controle concentrado – não seriam mais do que “pareceres de luxo”, com efeito prático bastante limitado (COSTA, 2013), retirando-se autonomia e poder deste órgão.

No mesmo sentido Alexandre de Moraes afirma que a aprovação final da PEC 33/2011 configuraria ostensivo mecanismo de controle externo à atividade do Poder Judiciário, incabível em nosso ordenamento jurídico, pois possibilitaria ao Congresso Nacional a fiscalização e sustação dos atos normativos editados por aquele poder, além de gerar direta ingerência do Legislativo no exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (MORAES, 2013).

André Ramos Tavares aduz que, caso aprovada a PEC em testilha, “o Congresso se tornará instância revisora das decisões judiciais do STF que controlam o Congresso. Um verdadeiro descalabro caso tenhamos a façanha de implementar a mudança” (TAVARES, 2013).

Com autoridade, o aludido autor, afirma que a mudança é inconstitucional, afirmando que:

[...] para termos esse modelo precisaríamos não do Congresso, nem do STF, mas de uma “revolução”, certamente encabeçada pelas forças reacionárias rumo ao retrocesso. Viveríamos, então, sob a supremacia do Congresso e suas decisões, não da Constituição democrática e cidadã. E a supressão de direitos humanos por Emenda Constitucional passaria a ser uma prerrogativa do Parlamento. (TAVARES, 2013)

Permitir-se a aprovação da PEC 33/2011 seria o começo da desconstrução do Estado Constitucional brasileiro, e por óbvio, da democracia que o é inerente, porta escancarada para qualquer outra incursão manietada das nossas instituições, ainda fortes (TIBÚRCIO, 2013).

6 CONCLUSÃO

Ferdinand Lassalle na sua obra de 1933 intitulada “O que é Constituição?” já assinalava que “os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder”. Se a PEC 33/2011 for analisada a partir desta célebre constatação, pode-se afirmar que o problema que a circunda é justamente um problema de poder. O legislativo busca através desta proposta, retomar a parcela de poder que entende ser seu.

Nessa perspectiva, também se pode dizer que a defesa ou não da referida PEC pode se relacionar com a defesa de qual dos dois poderes estatais (legislativo ou judiciário) deve ser mais forte e merece ser o palco de concretização das diretrizes constitucionais. Não se defende o ativismo judicial, no sentido de que o juiz possa dizer “qualquer coisa sobre qualquer coisa” (usando a expressão cunhada por Lenio Streck), mas entende-se que essa justificativa da PEC 33/2011 apenas acortina objetivos menos “democráticos”, que não podem prosseguir.

Não se pode ter em mente que a democracia representativa através do poder legislativo é suficiente para os anseios sociais hodiernos e que não pode o poder judiciário interferir em políticas públicas ou julgar “além da lei”, pois as demandas sociais estão muito à frente de uma previsibilidade legislativa, e, para tanto, torna-se necessário aos juízes apresentar as respostas certas, tornando o processo, palco de concretização da democracia participativa, cientes da diferenciação entre judicialização da política e ativismo.

O que se vê com uma análise crítica do referido projeto, é uma tentativa de um parlamento que quer recuperar seu espaço e pôr fim à supremacia judicial, atentando veementemente contra a Constituição.

Isto se depreende da análise realizada ao longo do presente trabalho. Fica clara, a inconstitucionalidade do Projeto de Emenda Constitucional nº 33/2011, tanto pela dissonância com a previsão contida no artigo 60, § 4º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, já que atenta contra a divisão das funções e a harmonia dos poderes constituídos, cláusula pétrea da CF/88, como fundamentalmente, representa um atentado contra a democracia – princípio fundamental da República Brasileira.

A PEC 33/2011 afronta a ordem constitucional vigente e, portanto, não pode subsistir.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciasupremaciajudicial.pdf. Acesso em: 04 ago. 2013.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 ago. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed., Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 16.ed., rev. atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COSTA, Oswaldo Poll. O espírito (antidemocrático) da PEC Nº 33/2011: uma questão de validade e não de vigência. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 108, jan 2013. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12671>. Acesso em 3 ago 2013.

FONTELES, Nazareno e outros. *Proposta de Emenda à Constituição nº 33, de 2011*. Altera a quantidade mínima de votos de membros dos 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&filename=PEC+33/2011. Acesso em: 3 ago. 2013.

LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?* São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933. Tradução de Walter Stöner. Versão para eBook disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/constituicao.html>. Acesso em: 3 ago. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MONTESQUIEU, 1962 apud MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão de poderes, presidencialismo versus parlamentarismo*. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 4ª ed. melhor. São Paulo: Saraiva, 1996.

MORAES, Alexandre de. A PEC 33/2011 cria uma guerrilha institucional inútil. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 26 abr. 2013. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-abr-26/justica-comentada-pec-332011-cria-guerrilha-institucional-inutil>. Acesso em: 3 ago. 2013.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir de Luhmann e Habermas*. Tradução do autor. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

TAVARES, André Ramos. A PEC 33 e seus significados. *Carta Forense*, São Paulo, 03 de jun. 2013. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/a-pec-33-e-seus-significados/11272>. Acesso em: 4 ago. 2013.

TIBÚRCIO, Henrique. A PEC 33 afronta a Constituição. *Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil*, Brasília, 30 de abr. 2013. Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia/25549/artigo-pec-33-afronta-a-constituicao>. Acesso em: 4 ago. 2013.

VIANELLO, Lorenzo Córdova. La contraposición entre derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidade en Kelsen y Schmitt. *Revista Latinoamericana de Derecho*, Vol. 7, n.7-8, 2007, p.271-292. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/7/cnt/cnt9.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2013.