



**A CORTE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA. A HARMONIA E
INDEPENDENCIA DOS PODERES SOB AMEAÇA ANTE A PROPOSTA DE
EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 33/2011**

Carlos Antônio Petter Bomfá¹

SUMÁRIO: 1. APRESENTAÇÃO DO TEMA: A Proposta de Emenda Constitucional nº 33/2011. 2. A HISTÓRIA CONSTITUCIONAL DO BRASIL: considerações a respeito do Poder Judiciário brasileiro. 3. O PODER CONSTITUINTE DERIVADO: os limites ao poder de reforma constitucional. 4. A VISÃO LIBERAL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: O Supremo Tribunal Federal. 5. REFERÊNCIAS.

1. APRESENTAÇÃO DO TEMA: A Proposta de Emenda Constitucional nº 33/2011.

Jean-Jacques Rousseau² uma vez alertou que *“aquele que faz a lei sabe bem melhor que ninguém como ela se deve executar e interpretar; logo, parece que a melhor constituição seria a que juntasse o poder executivo ao legislativo; mas é isso mesmo que a certos respeito torna insuficiente esse governo, porque as coisas que deviam ser distintas não o são, e, sendo o príncipe e o soberano a mesma pessoa, não formam, por assim dizer,*

¹ Mestrando em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Advogado e Professor de Direito Civil da Faculdade Casa do Estudante em Aracruz-ES.

² ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 66.

senão um governo sem governo”. Tal quadro parece representar a situação vivenciada no Brasil.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 resgatou o equilíbrio entre os Poderes da União, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, assegurando-lhes independência e harmonia.

Atualmente, encontra-se em tramitação a Proposta de Emenda Constitucional nº 33/2011, de autoria do Deputado Nazareno Fonteles (PT-PI), reascendendo, ao que parece, uma disputa por superioridade política, a resultar numa iminente “guerra” entre os Poderes.

Uma das modificações propostas pela PEC 33/2011 estabelece que, quando o Supremo Tribunal Federal decidir pela inconstitucionalidade de uma emenda à Constituição, o Congresso Nacional poderá rever o ato do Tribunal. Com isso, discordando os parlamentares da posição do Supremo Tribunal Federal, a questão seria decidida em um plebiscito popular.

A Comissão de Constituição e Justiça da Câmara aprovou nesta quarta-feira (24.03.2013) uma proposta de emenda à Constituição que dá ao Congresso Nacional o poder de rever decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle de constitucionalidade, sobre emendas constitucionais.

Afirmou o autor do projeto, Deputado Fonteles, em entrevista a jornalistas, que *“se o povo pode participar para nos eleger, pode participar para decidir em caso de divergência entre os poderes”*.

Uma das razões invocadas pelo Deputado Fonteles é evitar “interferência” do Judiciário nos assuntos que competem ao Legislativo. Segundo ele, *“uma PEC passa por muitas comissões dentro do Congresso, é muito filtro constitucional para que nós, que fizemos a Constituição, continuemos a ser desautorizados”*.

O que chamou a atenção é fato de que participaram da aprovação da PEC 33/2011 os Deputados José Genoíno e João Paulo Cunha, atualmente membros titulares da Comissão de Constituição e Justiça e que foram condenados pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Penal nº 470, que apurou diversos crimes, dentre eles, o de compra de apoio parlamentar no Congresso Nacional, conhecido como processo do “mensalão”.

Além dessa alteração, a PEC 33/2011 também submete ao Congresso Nacional decisão sobre súmulas vinculantes aprovadas pela Suprema Corte. Atualmente, a súmula vinculante deve ser aprovada por voto de dois terços dos membros da Suprema Corte, após decisões reiteradas sobre a matéria. A modificação objetivada pela PEC 33/2011 aumenta

para quatro quintos a maioria necessária para a aprovação da súmula, aliado ao fato de que, com a modificação, a súmula somente produzirá o efeito vinculante perante os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública após a aprovação da súmula por maioria absoluta em sessão conjunta das casas do Congresso Nacional.

Os Ministros da Suprema Corte apresentaram fortes críticas à PEC 33/2011, ao argumento principal que a proposta fere o princípio da separação de poderes. O Ministro Gilmar Mendes³ lembrou que *“na nossa memória constitucional isso evoca coisas tenebrosas. Nós temos precedente na Constituição de 37, chamada de Polaca, em que o presidente da República podia cassar decisões do Supremo e confirmar a constitucionalidade de leis declaradas inconstitucionais”*.

No mesmo sentido, o Ministro Marco Aurélio Mello também destacou que a PEC 33/2011 fere a cláusula pétrea da separação de poderes. Disse mais o Ministro:

Não creio que para a sociedade brasileira, para o almejado avanço cultural, essa submissão dos atos do Supremo seja boa, ao contrário é perniciosa. E envolve, eles têm que estar alertas quanto a isso, uma cláusula pétrea da República brasileira.

De igual modo, parlamentares também manifestaram oposição à PEC 33/2011 e sinalizaram a adoção de medidas legais para suspender a tramitação da proposta. Para os líderes do PSDB e do PPS na Câmara dos Deputados, a proposta é inconstitucional por violar o princípio da separação de poderes, cláusula pétrea da Constituição que não pode ser objeto de emenda tendente a aboli-la. Segundo criticou o líder do PSDB, Carlos Sampaio⁴ (SP):

A Constituição veda a deliberação de qualquer matéria que ofenda cláusula pétrea, que são imutáveis. A autonomia dos poderes é pétrea. Quando se tenta trazer para dentro do Congresso a aceitação ou não de uma deliberação do Supremo está ofendendo a autonomia da mais alta corte do país.

É aqui a questão fundamental que se presente debater.

A PEC 33/2011 de fato fere a separação entre os Poderes? Qual é o papel desempenhado pela Suprema Corte Constitucional brasileira na atualidade? O Supremo Tribunal Federal pode ter sua atuação limitada, quando exerce a função precípua de guardião da Constituição? Quais seriam os limites dessa atuação, se houvessem?

³ Notícias. Portal G1: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/04/ministros-criticam-pec-que-autoriza-legislativo-vetar-decisoes-do-stf.html>. Acesso 24.04.2013.

⁴ Notícias. Portal G1. <http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/04/oposicao-anuncia-acoas-contra-pec-que-permite-vetar-decisoes-do-stf.html>). > acesso em 24.04.2013.

2. A HISTÓRIA CONSTITUCIONAL DO BRASIL: considerações a respeito do Poder Judiciário brasileiro.

O ponto inicial aqui analisado parte do desenvolvimento da história constitucional do Brasil.

Em 1808, a Família Real Portuguesa transferiu-se para a colônia (o Brasil), vindo a denominar-se de Reino Unido de Portugal e Algarves. Com a Revolução do Porto, o Rei Dom João VI retornou a Portugal e deixou na colônia seu filho, Dom Pedro de Alcântara (D. Pedro I). Em seguida, a Coroa Portuguesa exige o retorno de Dom Pedro I a Portugal, tendo este desrespeitado tal ordem e permanecido na colônia, fato que deu início ao movimento de independência do Brasil no ano de 1822, finalmente concretizado em 7 de setembro daquele ano.

A partir daí iniciou-se o desenvolvimento da história das constituições brasileiras, marcada na época pelos ideais liberais, tendo sido outorgada a primeira Constituição do Império do Brasil em 1824. A organização política do Brasil seguiu orientação da teoria quadripartida do poder, desenvolvida por Benjamin Constant, em Executivo, Legislativo, Judiciário e Moderador, sendo caracterizada pelo centralismo político e administrativo na figura deste último, que, embora constitucionalizado, era representado na figura do Imperador, Dom Pedro I, marcantemente caracterizado pelo unitarismo e absolutismo monárquico.

Nesta época, o Poder Judicial, assim denominado, tinha como órgão máximo o Supremo Tribunal de Justiça, situado na Capital do Império. Embora tivesse relativa independência, o Poder Moderador poderia suspender os magistrados, revelando, desde então, a forte influência e imposição de um poder sobre o outro.

A história das constituições brasileiras bem revelou o domínio do poder soberano, concentrado por um regime de governo inicialmente monárquico, então na época, representado pelo Rei Dom João VI, Rei de Portugal, assim também se revelando na fase da República.

Daí por diante, analisando as peculiaridades de cada ordem jurídico-constitucional instituída desde o Brasil Império até a República, as constituições brasileiras, com ressalva da atual Constituição de 1988, foram marcadas pela forte ingerência do Poder Executivo sobre o Poder Judiciário, deixando-se aqui de traçar maior detalhamento a respeito do regime parlamentarista vigente por período mínimo, mas que deixou profundas marcas na história do Brasil.

A Constituição de 1891, primeira constituição promulgada por uma Assembléia Constituinte, de relatoria do Senador Rui Barbosa, influenciada pela Constituição Americana de 1787, adotou o regime federativo e a forma presidencialista de governo e aboliu o Poder Moderador. É nesta Constituição Republicana que o Poder Judiciário passou a ser representado por um órgão máximo, o Supremo Tribunal Federal, aliado ao fato de que, a despeito da adoção da teoria tripartida dos Poderes de Montesquieu, a Constituição de 1981 garantiu em seu art. 15, ao menos do ponto de vista formal, a harmonia e independência entre os Poderes. Tal independência e harmonia não durou muito, pois com a reforma de 1926, houve fortalecimento do Poder Executivo em detrimento dos demais Poderes, o que resultou na Revolução de 1930 com a chegada de Getulio Vargas ao poder.

Sem aprofundar demais na cadência dos fatos delineadores da história constitucional brasileira, foi com a Constituição de 1937, outorgada pelo Presidente Getúlio Vargas, que se viu um demasiado enfraquecimento do Poder Judiciário brasileiro. Neste particular, cabe trazer à baila o enunciado no artigo 96, parágrafo único, da Constituição de 1937, que permitia o Presidente da República, no caso de a Suprema Corte declarar a inconstitucionalidade de uma lei, submetê-la novamente ao exame do Poder Legislativo.

Mais de sete décadas depois, hoje, a história está a ser repetida pelo intento da PEC 33/2011.

Em 24 anos de vigência da Constituição de 1988, qual tem sido o principal papel da Suprema Corte brasileira?

Não é preciso muito esforço argumentativo para perceber que a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 tem sido violada pela atuação dos poderes, inclusive no âmbito do próprio Poder Judiciário.

Mas, relativamente ao Poder Judiciário, este representado pela cúpula máxima, o Supremo Tribunal Federal, cabe a ele uma missão especial, inalienável, inalterável e indelegável, a de ser o guardião da Constituição. Qual é o limite dessa missão especial? Ela está sujeita a alteração por meio de emendas constitucionais? A limitação do guardião se encontra na própria constituição, especialmente pelo dever de fundamentação das decisões judiciais, garantia essa que possibilita o controle dos atos emanados do Poder Judiciário. Por certo que há uma questão de difícil resposta: Quem vigia o vigia? Pela PEC 33/2011, a resposta é o Parlamento. Quanto a segunda questão, a resposta passa pela análise do poder constituinte e seus limites.

3. O PODER CONSTITUINTE DERIVADO: os limites ao poder de reforma constitucional.

Em matéria de limites do poder constituinte, a doutrina constitucional⁵ afirma que, no caso do poder constituinte originário, não há limitação, senão ideológica e estrutural, seja formal (procedimental) ou substancial (conteúdo), enquanto que, no caso do poder constituinte reformador, há sim essas limitações. No aspecto substancial, os limites se encontram nas chamadas cláusulas pétreas. As cláusulas pétreas caracterizam a rigidez constitucional, pela qual prevê um procedimento mais árduo e complexo para a alteração da Constituição.

As limitações ao poder constituinte derivado ou reformador encontram-se no plano da normatividade, é dizer, além das limitações ideológicas e estruturantes, o poder de reformar a constituição também é limitado pelo próprio ordenamento jurídico positivo, segundo um plano de hierarquia normativa, que tem na Constituição, como norma fundamental, o seu último e maior dever de submissão.

De acordo com essa hierarquia normativa, os limites ao poder reformador podem ser classificados em autônomos e heterônomos. Relativamente aos limites autônomos, aqui se encontram os de natureza substancial (de conteúdo), as chamadas cláusulas pétreas, que são conteúdos de reforma juridicamente proibida.

De certo modo, Jorge Reinaldo ressalta que os conteúdos de reforma proibida demonstram um *“compromiso con ciertos valores que se traducen en una cierta concepción sobre cómo debe ser organizado el Estado”* (1975, p. 247). As cláusulas pétreas são conteúdos intangíveis que por determinação constitucional figuram como inalteráveis ou irreformáveis, operando como limitações à atuação do poder constituinte reformador a respeito de certos aspectos fundamentais que o poder constituinte originário elegeu como extremamente importantes.

A finalidade pretendida pela inclusão de cláusulas pétreas numa constituição, além de gravá-la de rigidez, é de melhor garantir a preservação e perpetuação do sistema ou regime político escolhido pelo poder constituinte originário.

⁵ TOMADO DE VANOSSI, Jorge Reinaldo. *Teoría constitucional. t. I: Teoría constituyente*. Argentina: Depalma, 1975, p. 243.

4. A VISÃO LIBERAL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: O Supremo Tribunal Federal.

O ponto crucial neste tópico parte do debate a respeito da revisão judicial e suas possíveis limitações.

Nesse sentido, GISELE CITTADINO⁶ esclarece que *“a revisão judicial é eficiente para impedir que as restrições constitucionais sejam violadas, cabendo aos juízes invalidar a legislação proposta e mostrar aos políticos aquilo que são: meros substitutos do próprio povo”*. Segundo a autora:

Apenas o povo pode mudar a Constituição e os juízes devem impedir o Congresso de, unilateralmente, fazer alterações fundamentais. Os interesses, compromissos e valores que orientam as decisões políticas cotidianas não podem, segundo Ackermam, violar as grandes decisões tomadas pelo povo ao longo de sua história constitucional.

Gisele Cittadino ressalta que a revisão judicial não pode ser considerado ilegítimo sob o argumento de que viola a decisão democrática tomada majoritariamente pelo Congresso Nacional. Ao contrário, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou emenda à Constituição, o Supremo Tribunal Federal assim o faz a serviço da democracia, protegendo os valores constitucionais *“duramente conquistados pela cidadania mobilizada”*. Assim, *“o instituto da revisão judicial é legítimo na medida em que preserva as decisões provenientes da autoridade de um povo mobilizado, capaz de soberanamente deliberar e instituir normas e princípios que regulam as suas próprias relações”*.

Qual é, então, a importância de confiar a jurisdição constitucional a Suprema Corte? Para HANS KELSEN⁷ *“esta importancia es de primer orden para la República Democrática, cuyas instituciones de control son una condición de sua existência”*.

Segundo Kelsen⁸, *“contra los ataques diversos, en parte justificados, que son actualmente dirigidos contra la República Democrática, esta forma de Estado no puede defenderse mejor que organizando todas las garantías posibles de la regularidade de las funciones estatales. Mientras más se democratizan, más fortalecido debe ser el control”*.

Assim, a Suprema Corte brasileira se mostra mais democrática na medida em que exerce a jurisdição constitucional para preservar e perpetuar os valores constitucionais duramente conquistados pelo povo. Kelsen também defende que a jurisdição constitucional

⁶ ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano. Fundamentos de direito constitucional*, op. Cit., p. XXIII.

⁷ Kelsen, Hans. *Teoría general del Estado. Trad. Legaz Lacambra. Barcelona: Labor, 1934, p. 99.*

⁸ Idem.

é uma maneira de proteger a minoria contra a vontade da maioria, ao aprovar majoritariamente no Congresso as leis.

A jurisdição constitucional é vista de diferentes modos pelos liberais e pelos comunitários. *“Para os liberais, a prestação jurisdicional constitucional deve ser orientada por uma compreensão deontológica das normas e princípios jurídicos” (...). Contrariamente aos liberais, os comunitários e republicanos optam por uma prestação jurisdicional orientada por valores*⁹.

Porém, conforme anotou Gisele Cittadino¹⁰:

Com efeito, o Tribunal Constitucional não, segundo Habermas, pode ser equiparado, como destacam os comunitários, a um guardião de uma suposta ordem de valores substantivos; o seu papel é proteger o processo de criação democrática do direito, o que pressupõe, portanto, reservar as Cortes Constitucionais “a guarda do sistema de direitos que torna a autonomia privada e a autonomia pública dos cidadãos igualmente possíveis.

Segundo a visão liberal a respeito de uma interpretação constitucional orientada por normas e princípios, aqui representada por Jhon Rawls, *“a Constitui é um procedimento político justo compatível com a concepção política de justiça precisamente porque tem a função de realizar os valores políticos da razão pública”*. *“A constituição é a expressão, regida por princípios, ... do ideal político de um povo”*.¹¹

A esse respeito, destaca Gisele Cittadino que:

(...) a Suprema Corte assegura que a vontade democrática de um povo, inscrita na Constituição, não seja desvirtuada por procedimentos majoritários que ultrapassam o âmbito do “uso público da razão”. Por conseguinte, a Suprema Corte, enquanto mais elevado intérprete da Constituição, ao aplicar a razão pública, deve impedir que a Constituição venha a ser *erodida pela legislação de uma maioria transitória ou, mais provavelmente, por grupos de interesses organizados... que pretendam se impor*. Isto não significa, segundo Rawls, que a suprema Corte atua de forma antidemocrática, pois não se pode supor que o instituto do judicial review é incompatível com o ideal democrático.

Gisele Cittadino observa, a respeito das considerações de Rawls, que *“a atuação das Cortes Supremas não vão além destas reflexões sobre a exigência de que os juízes, em suas decisões, recorram exclusivamente a valores políticos, como maneira de impedir que*

⁹ Gisele Cittadino. Pluralismo, direito e justiça distributiva. Elementos de filosofia constitucional contemporânea. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p.183.

¹⁰ Jürgen Habermas. *Between facts and norms. Contributions to a discursive theory of law and democracy*, op., p. 263 (Apud Gisele Cittadino. Pluralismo, direito e justiça distributiva. Elementos de filosofia constitucional contemporânea. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p.183).

¹¹ Gisele Cittadino. Pluralismo....op. cit., p.184.

procedimentos majoritários alterem o ordenamento constitucional ..., cuja autoria pertence a todos.”¹²

Analisando as lições de Dworkin, Gisele Cittadino demonstra que ele estabelece uma conexão entre direito e moralidade, ao formular a ideia de que o ordenamento jurídico é integrado não apenas por normas, mas também por princípios, decorrentes da moralidade política, que devem justificar tanto a produção legislativa como as decisões judiciais¹³.

Segundo destaca também a autora:

A leitura moral da Constituição, segundo Dworkin, “coloca a moralidade política no coração do direito constitucional. (...) do caráter controvertido e incerto da moralidade política decorre a exigência de que o sistema político defina previamente quais são os atores autorizados a interpretar os princípios que integram o direito. Na maioria das democracias contemporâneas – da mesma forma como nos Estados Unidos – esta tarefa é primordialmente atribuída aos juízes de integram as Supremas Cortes ou Tribunais Constitucionais.

Eis a importância da revisão judicial para Dworkin, para o qual a Suprema Corte pode controlar a constitucionalidade das decisões judiciais e da legislação promulgada pelos representantes do povo, afirmando, ainda, como ressalta Gisele Cittadino, que “o *judicial review* assegura um tipo superior de deliberação republicana, na medida em que viabiliza um debate político orientado por princípios e não apenas por valores forjados por maiorias eventuais.”¹⁴

Aqui cabe destacar de Kelsen¹⁵ vê que é em um Estado Federal que a jurisdição constitucional adquire a mais grande importância, pois segundo ele, a ideia política de um Estado Federal se encontra plenamente realizada com a instituição de um tribunal constitucional. Para Kelsen, em um Estado Federal há necessidade de um instituição objetiva que resolve as lutas políticas e jurídicas em última instância, é necessário um Tribunal Constitucional.

Feita esta análise, a Constituição Federal de 1988, ao adotar a teoria tripartida de poderes, gravou-a como cláusula pétrea e, portanto, inalterável. Mais ainda, ao atribuir ao Supremo Tribunal Federal a missão especial de guardião da Constituição, qualquer alteração constitucional pretendida pelo poder constituinte reformador que vise modificar esta missão será considerada violadora da cláusula pétrea de separação dos poderes.

¹² Idem, p. 186.

¹³ Idem, p. 187.

¹⁴ Idem, p. 194.

¹⁵ Kelsen, Hans. *Teoría general del Estado. Trad. Legaz Lacambra. Barcelona: Labor, 1934, p. 99-101.*

A pretensão da PEC 33/2011 de modificação da garantia constitucional de haver no Estado Federal brasileiro um Tribunal que exerce uma jurisdição constitucional, inclusive sobre as emendas constitucionais, afigura-se como uma forte ameaça à harmonia e independência dos poderes, especialmente ao considerar a história constitucional brasileira, na qual muito se tentou violar essa garantia. Em outras palavras, a proposta de emenda constitucional desconsidera totalmente o passado constitucional ao tentar modificar a função precípua de guardião da Constituição atribuída à Suprema Corte brasileira.

Disso resulta, conclusivamente, que a garantia da harmonia e independência dos Poderes, assegurada pela cláusula pétrea da separação dos poderes, constitui um núcleo fundamental da rigidez constitucional, essencial à preservação e perpetuação da República Federativa do Brasil, cujo limite expresso no texto constitucional ao poder constituinte reformador é um limite insuperável.

5. REFERÊNCIAS

- ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- KELSEN, Hans. Teoría general del Estado. Trad. Legaz Lacambra. Barcelona: Labor, 1934.
- TOMADO DE VANOSSI, Jorge Reinaldo. Teoría constitucional. t. I: Teoría constituyente. Argentina: Depalma, 1975.
- CITTADINO, Gisele. Pluralismo, direito e justiça distributiva. Elementos de filosofia constitucional contemporânea. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano. Fundamentos de direito constitucional.
- Portal G1 (www.g1.com.br).