



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

PEDRO GORDILHO MOREIRA MONTEIRO

**ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA PEC 88/2019: um debate sobre o controle
fraco de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro com base no
direito comparado**

Recife

2023

PEDRO GORDILHO MOREIRA MONTEIRO

ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA PEC 88/2019: um debate sobre o controle fraco de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro com base no direito comparado

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de ciências Jurídicas, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Walber de Moura Agra

Recife

2023

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do programa de geração automática do SIB/UFPE

Monteiro, Pedro Gordilho Moreira.

Análise constitucional da PEC 88/2019: um debate sobre o controle fraco de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro com base no direito comparado / Pedro Gordilho Moreira Monteiro. - Recife, 2023.

50 p.

Orientador(a): Walber de Moura Agra

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Direito - Bacharelado, 2023.

1. Controle de constitucionalidade. 2. PEC 88/2019. 3. Enfraquecimento. I. Agra, Walber de Moura. (Orientação). II. Título.

340 CDD (22.ed.)

PEDRO GORDILHO MOREIRA MONTEIRO

ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA PEC 88/2019: um debate sobre o controle fraco de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro com base no direito comparado

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de ciências Jurídicas, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovado em: 08/09/2023.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Walber de Moura Agra (Orientador)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Dr. Eduardo Franklin (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Dr. Pedro de Oliveira Alves (Examinador Externo)
Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Dedico este trabalho a minha família que sempre me apoiou e deu suporte ao longo de toda minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, no qual mantenho minha fé. A minha família, por sempre estarem ao meu lado e aos professores, especialmente meu orientador, por todas as lições.

*"A verdade é filha do tempo, não da autoridade."
Francis Bacon, 1610.*

RESUMO

Este estudo tem por objetivo geral analisar a constitucionalidade da Proposta de Emenda à Constituição nº 88, de 2019. Como objetivos específicos contextualiza-se o controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro; averíguam-se as justificativas para a alteração proposta pela PEC 88/2019; reflete-se sobre a PEC 88/2019 e o possível controle “fraco” de constitucionalidade no país. Metodologicamente a pesquisa classifica-se como dedutiva, descritiva e bibliográfica. Constata-se que o Brasil possui um sistema de controle de constitucionalidade “forte”. Portanto, a PEC 88/2019 é inconstitucional, na medida em que pretende alterar o modelo adotado no Brasil, para um sistema “fraco”, similar ao que vigora no Canadá, Nova Zelândia e Reino Unido. Contudo, este modelo não se coaduna com o ordenamento jurídico brasileiro, pois atribui poderes exacerbados ao Legislativo, possibilitando uma espécie de controle político das decisões do Poder Judiciário, em clara afronta ao princípio da Separação dos Poderes. Assim, o sistema de freios e contrapesos não autoriza um controle externo da atividade do Judiciário nas ações de controle de constitucionalidade, motivo pelo qual espera-se seja a PEC 88/2019 arquivada pelo Congresso Nacional.

Palavras chave: Controle de Constitucionalidade; PEC 88/2019; Enfraquecimento.

ABSTRACT

This study has the general objective of analyzing the constitutionality of the Proposed Amendment to the Constitution nº 88, of 2019. As specific objectives, the constitutionality control is contextualized in the Brazilian legal system; the justifications for the amendment proposed by PEC 88/2019 are investigated; reflects on PEC 88/2019 and the weakening of constitutionality control in the country. Methodologically, the research is classified as deductive, descriptive and bibliographical. It appears that Brazil has a “strong” constitutionality control system. Therefore, PEC 88/2019 is unconstitutional, as it intends to change the model adopted in Brazil, to a “weak” system, similar to that in force in Canada, New Zealand and the United Kingdom. However, this model is not in line with the Brazilian legal system, as it attributes exacerbated powers to the Legislative, allowing a kind of political control of the decisions of the Judiciary, in clear affront to the principle of Separation of Powers. Therefore, the system of checks and balances does not authorize an external control of the activity of the Judiciary in constitutionality control actions, which is why PEC 88/2019 is expected to be archived by the National Congress.

Keywords: Constitutionality Control; PEC 88/2019; weakening

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: ASPECTOS GERAIS.....	12
2.1 DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	13
2.2 FUNDAMENTOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL	15
2.3 MODALIDADES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	24
3 DA PEC 88/2019 E AS ALTERAÇÕES NA COMPETÊNCIA DO PODER LEGISLATIVO	28
4 A PEC 88/2019 E O CONTROLE FRACO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	34
4.1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE “FRACO”: CANADÁ, NOVA ZELÂNDIA E REINO UNIDO.....	34
4.2 DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PEC 88/2019.....	39
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
REFERÊNCIAS.....	48

1 INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade, no Brasil, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, é denominado de “forte”, na medida em que a última palavra em se tratando de constitucionalidade das leis e atos normativos é do Poder Judiciário. E, em se tratando de controle abstrato, o órgão jurisdicional competente é o Supremo Tribunal Federal.

Porém, já há alguns anos o Poder Legislativo vem buscando meios para alterar o sistema de controle de constitucionalidade no país, para possibilitar que o Parlamento possa sustar decisões que por ventura exorbitem as competências e o âmbito de atuação do Judiciário e adentrem na esfera de atuação do Legislativo.

Um dos principais argumentos daqueles que buscam possibilitar que o Legislativo tenha a última palavra no controle de constitucionalidade é o ativismo judicial, o protagonismo do Supremo Tribunal Federal que, nos últimos anos, vem proferindo várias decisões que de forma direta ou indireta alcançam o Legislativo, tal como ocorreu com a autorização da interrupção da gestação em casos de fetos anencéfalos e mais recentemente a criminalização da homofobia.

Nesse cenário tem-se a PEC nº 88, apresentada ao Congresso Nacional no primeiro semestre de 2019. Sua finalidade é alterar o inciso V do art. 49 da Constituição Federal, exatamente para possibilitar que o Legislativo, quando da prolação de decisões do Supremo Tribunal Federal, possa sustá-la em alguns casos, questão que requer especial atenção, pois pode enfraquecer o sistema de controle de constitucionalidade no país.

Nesse contexto é que se situa o presente estudo, que tem por objetivo geral analisar a constitucionalidade da Proposta de Emenda à Constituição nº 88, de 2019. E, como objetivos específicos busca-se contextualizar o controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro; averiguar as justificativas para a alteração proposta pela PEC 88/2019; e, ainda, refletir sobre a PEC 88/2019 e o enfraquecimento do controle de constitucionalidade no país.

Para alcançar os objetivos supra adota-se, como método de abordagem, o dedutivo e, como método de procedimento, o descritivo. No que diz respeito à técnica

de pesquisa, classifica-se como bibliográfica, pois se busca na doutrina, legislação, artigos, dissertações, dentre outras fontes físicas e virtuais, elementos para a compreensão do tema.

Assim, divide-se o estudo em três capítulos. No primeiro contextualiza-se o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, apresentando a noção de jurisdição constitucional, os fundamentos do controle de constitucionalidade e, ainda, as modalidades de controle.

No segundo capítulo, por sua vez, aborda-se a PEC nº 88/2019, seus fundamentos, justificativa, de modo a compreender a finalidade precípua da proposição.

Por fim, no terceiro capítulo, reflete-se sobre a PEC 88/2019 à luz do sistema “fraco” de controle de constitucionalidade das normas, quando se apontam as peculiaridades dos sistemas “fraco” e “forte”, demonstrando brevemente o funcionamento dos modelos adotados em países como Canadá, Nova Zelândia e Reino Unido e, ao final, a inconstitucionalidade da PEC 88/2019, ante a ampliação dos poderes do Legislativo.

2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: ASPECTOS GERAIS

O controle de constitucionalidade surge da necessidade de se verificar a compatibilidade de lei ou ato normativo com a Constituição - notadamente a norma máxima de um povo, a qual reúne princípios e direitos fundamentais do cidadão, bem como ainda o sistema básico organizacional do Estado.

Assim, o controle de constitucionalidade origina-se substancialmente da necessidade de se verificar a compatibilidade de lei ou ato normativo com a Constituição Federal, entendida como a norma máxima do ordenamento, organizadora dos poderes estatais e formulação de direitos e garantias fundamentais aos cidadãos (SILVA, 2019a). Significa dizer que o controle funciona como um mecanismo de verificação vertical de compatibilidade de um ato normativo em vista da Constituição Federal. Não sendo, pois, condizentes com o que preconiza a Constituição, tais normas devem ser, portanto, extirpadas em absoluto do sistema ou alteradas, por intermédio dos sistemas dispostos no controle de constitucionalidade.

Em apertada síntese, o controle de constitucionalidade das normas pode-se dar de forma preventiva, quando exercida principalmente pelo Legislativo, no curso do processo de produção/elaboração das normas, e de forma repressiva, pelo Judiciário, através do controle difuso,¹ que se opera no caso concreto, e também pelo controle concentrado,² quando o objeto da lide é a lei supostamente violadora das normas constitucionais (BULOS, 2014).

Portanto, cumpre contextualizar o controle de constitucionalidade, ressaltando inicialmente os aspectos gerais da jurisdição constitucional e, em seguida, contextualizar o controle no ordenamento jurídico pátrio.

¹ O controle difuso é aquele exercido por um juiz ou Tribunal em todas as esferas, claro, respeitadas as normas de competência. É o controle de constitucionalidade por via de exceção, já que chega ao Judiciário em uma ação que não questiona propriamente a constitucionalidade da norma, como ocorre no controle abstrato, na medida em que a parte que alega a inconstitucionalidade deseja tão somente a isenção, no caso concreto, de cumprimento de lei ou ato normativo que se encontre em desacordo com o texto constitucional. Por conseguinte, a norma continua válida para todas as demais pessoas, não gera efeito em relação a terceiros.

² O controle concentrado de constitucionalidade, também denominado de controle abstrato, é exercido em face da lei ou ato normativo em si, sem que haja entre estes qualquer relação com um caso concreto. Busca resguardar a segurança jurídica e retirar do ordenamento jurídico uma norma incompatível com o texto da Constituição. Portanto, o objeto principal da ação é a declaração de inconstitucionalidade, tal como ocorre com a ADI, de competência do STF.

2.1 DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A priori, é necessário estabelecer que o ordenamento jurídico brasileiro possui uma divisão funcional de competência entre os seus órgãos maiores, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF). Coube a Constituição Federal de 1988 estabelecer, de forma clara e precisa, as atribuições de cada uma das Cortes Superiores, ficando a cargo do STF a guarda da Constituição.

Na maioria das democracias deve existir um órgão responsável pela manutenção e segurança das normas jurídicas que conduzem determinado país ou sociedade. No Brasil isto não é diferente, ficando esta função delegada ao STF.

Na concepção de Bulos (2014, p. 1.302):

O Supremo Tribunal Federal é o oráculo de nossas Constituições, sendo a mais delicada instituição do regime republicano. Instituição moderadora, limitadora, que cerca as demais instituições, como uma garantia de todas, o Supremo foi criado para ser inacessível às influências da desordem, das paixões, dos interesses e das inclinações corruptíveis.

Incumbem-lhe, preponderantemente, as seguintes missões: fiscalizar a constitucionalidade das leis e dos atos normativos; emitir a última palavra nas questões submetidas ao seu veredito; primar pela regularidade do Estado Democrático de Direito, garantindo a separação de poderes; e defender a supremacia das liberdades públicas, dos direitos fundamentais, em face dos poderes do Estado (BULOS, 2014).

Silva (2019a) aponta que a jurisdição constitucional surgiu historicamente como uma forma de proteção à constituição, tida como uma declaração de valores sociais e políticos, sendo uma resposta às formas de ataque que uma constituição pode sofrer. Como consequência disto surgiram os sistemas norte-americano e europeu.

O Brasil, utiliza um sistema misto e peculiar que combina o critério de controle difuso de defesa com o controle concentrado, além de reduzir a competência do STF a matérias de cunho constitucional (SILVA, 2019).

Existe um movimento no cenário jurídico brasileiro que discute se o STF é, como previsto na Carta de 1988, uma Corte Constitucional. Ou seja, um órgão do judiciário cuja principal função é avaliar a constitucionalidade de leis, enunciando pareceres sobre elas e decretos dos poderes Executivo e Legislativo em concordância com apropriada aplicação da Constituição, Bulos (2014, p. 1290) foi muito feliz em sua opinião sobre o assunto,

Do modo que foi previsto na Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal não é, rigorosamente, uma Corte Constitucional, embora caiba a ele, precipuamente a guarda da Constituição, no sentido de que lhe compete, principalmente, realizar o controle de constitucionalidade concentrado no Direito brasileiro. Não que essa seja sua única atribuição, porém é a mais destacada, pois só ele detém competência para processar e julgar ações de constitucionalidade [...]

Mas essas atribuições não o transformam num autêntico Tribunal Constitucional nos parâmetros europeus. É que o STF também deve processar e julgar outras questões, diversas daquelas oriundas do controle de constitucionalidade concentrado, como habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, infrações penais comuns praticadas por altas autoridades da República, crimes de responsabilidade e etc.

Conforme visto anteriormente o STF detém como função essencial, a conservação da Constituição Federal evitando que ela seja atacada, porém ele é responsável por outras funções, que estão elencadas no art. 102 da Carta Magna, Silva (2019a, p. 559) destaca:

As matérias de competência do STF constam do art. 102, especificadas em três grupos: (1) as que lhe cabe processar e julgar originariamente, ou seja, como um juízo único e definitivo, e são as questões relacionadas no inc. I; (2) as que lhe incumbe julgar, em recurso ordinário, e são indicadas no inc. II; (3) e, finalmente, as que lhe toca julgar, em recurso extraordinário, e são as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida envolve uma das questões constitucionais referidas nas alíneas do inc. III.

Carvalho (2010) cita uma quantidade de funções competentes ao STF além da guarda da Constituição, tais como julgar processos que se referem ao Presidente da República, seu Vice, membros do Congresso Nacional, Ministros do Governo, Procurador Geral da República, Membros do alto escalão da marinha, aeronáutica e exército, ressalvado o art. 52, I da CF. É responsável também em decidir por

incidentes como habeas corpus, habeas data, mandado de segurança, Ação Direta de Inconstitucionalidade, dentre outros, referentes a estas pessoas, tanto no polo ativo como passivo.

Deste modo, nota-se o valor que o STF possui no sistema jurídico brasileiro, tanto protegendo a Constituição quanto julgando, pois é por ele que passam a maioria das questões de extrema importância ao país e seu povo. Ainda exemplificando esse valor, caso o Presidente da República, seu vice, o Presidente da câmara dos deputados e o Presidente do senado federal estejam ausentes ou incapacitados de assumir a presidência do país, esta função é delegada ao Presidente do Supremo.

Ao presente estudo, porém, interessa a atuação do Corte no controle de constitucionalidade, objeto do próximo tópico.

2.2 FUNDAMENTOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

A noção de controle de constitucionalidade surgiu, de forma efetiva, nos Estados Unidos da América, o denominado Controle de Constitucionalidade, e embora a Constituição Norte-Americana não tenha instituído o controle de forma expressa, este encontra fundamento constitucional, não podendo ser alterado ou revogado por norma infraconstitucional (GRAHL, 2006).

Ao dissertar sobre o surgimento do controle de constitucionalidade no mundo, e seu reflexo em outros ordenamentos jurídicos, a exemplo do brasileiro, Moreira et al. (2021, p. 56) enfatizam:

O controle de constitucionalidade nasceu nos Estados Unidos da América e foi inaugurado no julgamento do caso *Marbury v. Madison*,³ em 1803.

³ Conforme Moraes (2018, p. 529), “William Marbury havia sido nomeado, por intermédio do *Midnight Judges Act*, de 13 de fevereiro de 1801, juiz de paz do Distrito de Columbia ao final do mandato presidencial de Adams. Tendo Jefferson assumido a Presidência da República, o Secretário de Governo, James Madison, denegou a entrega da devida comissão a William Marbury, dando ensejo à impetração, perante a Suprema Corte estadunidense, do *writ of mandamus* em 16 de dezembro de 1801. Neste contexto, o *Chief Justice* John Marshall, em 24 de fevereiro de 1803, declarou a inconstitucionalidade da norma veiculada pelo art. 13 da Lei Judiciária norte-americana, que atribuía à Suprema Corte a competência para processo e julgamento do writ respectivo, nos seguintes termos: ‘se uma lei for em oposição à Constituição, e se ambas, a lei e a Constituição, se aplicam a um caso particular, as Cortes devem decidir, nesse caso, se aplicam a lei, deixando de aplicar a Constituição, ou se conformam com a Constituição, deixando de aplicar a lei. A Corte, portanto, deve determinar qual

Segundo Souto, ele “é fruto da argúcia de John Marshal, que, com seu voto (opinion), tornou possível o Judiciário controlar os atos dos demais Poderes e inclusive julgá-los nulos e sem efeitos, sempre que restasse presente a contrariedade ao Texto Magno”. Com o voto de Marshal, foi inaugurado o controle difuso de constitucionalidade das leis, que foi incorporado às constituições de diversos países, entre eles o Brasil, a partir de 1891.

De acordo com Moraes (2017) o controle de constitucionalidade consiste na verificação da compatibilidade de uma lei ou de um ato normativo com a Constituição, verificando seus requisitos formais e materiais. Logo, se qualquer dessas leis ou atos normativos apresentar-se em dissonância com o texto constitucional, serão declaradas inconstitucionais, de modo que não devem permanecer no sistema legislativo pátrio.

Assim sendo, pode-se afirmar que o controle de constitucionalidade é a vigilância da obediência do ato jurídico, da lei, ou do ato normativo à Constituição da República, controle este que ocorre em seus aspectos formais e materiais, e de suma importância à instituição e validade do ato jurídico perante a Constituição do Estado (2017).

O ordenamento jurídico brasileiro adota o controle de constitucionalidade jurídico, embora há ordenamentos que adotam o controle de constitucionalidade político, ou mesmo o controle concomitantemente, que pode ser realizado antes da elaboração e promulgação da lei ou ato normativo, recebendo o nome de controle preventivo.

O controle de constitucionalidade ampara-se na supremacia e na rigidez da Constituição, com o objetivo de preservar os fundamentos basilares do Estado de Direito e garantir a unidade do sistema, por meio da proibição de normas infraconstitucionais que se apresentem incompatíveis com as regras e princípios constantes na Lei Maior.

O controle de constitucionalidade é uma característica das chamadas constituições rígidas, isto é, para que o texto constitucional seja alterado é necessária a realização de um procedimento especial e solene previsto na própria Constituição,

de duas normas conflitantes deve reger o caso. Isso é da própria essência da função jurisdicional. Se, pois, as Cortes devem zelar pela Constituição, e se a Constituição é superior a qualquer lei ordinária editada pelo Legislativo, a Constituição, e não essa lei ordinária, deve reger o caso ao qual ambas, a lei e a Constituição, se aplicam”.

sendo essa a garantia da imperatividade da Constituição, por meio da verificação da compatibilidade de uma lei ou ato com a Constituição.

A Constituição é o ponto máximo de todo o sistema jurídico normativo brasileiro, servindo como fundamento e suporte de todas as atividades realizadas sob seus comandos.

Em primeiro lugar, a Constituição Federal e as suas normas encontram-se no topo da pirâmide jurídica sob a qual está estruturado o ordenamento jurídico. Ela veicula normas jurídicas de caráter fundamental, dispondo sobre os direitos e garantias dos indivíduos; a estruturação, definição e limitação do poder; o estabelecimento dos Poderes do Estado; as formas de aquisição e perda do poder político; a forma de elaboração de outras normas jurídicas; e a definição das competências legislativas e administrativas dos entes políticos que compõem o Estado, entre outras determinações.

Nas palavras de Silva (2019a, p. 47):

[...] a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, [...]. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização dos seus órgãos: é nela que se acham as normas fundamentais do Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.

Em segundo lugar, para o reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força vinculante é necessário haver formas e modos de controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos do Poder Público para garantir sua supremacia.

Conforme Bulos (2014), mesmo sendo a Constituição dotada de supremacia ela não está imune a abusos e violações, e é exatamente aí que reside a razão de ser do controle de constitucionalidade, sendo um instrumento para ser acionado em caso de violação à ordem suprema do Estado.

A respeito do princípio da supremacia constitucional, Motta e Douglas (2014, p. 05-06), assim lecionam:

Este princípio é próprio de constituições escritas e rígidas (ou semirrígidas), consistindo em elevar a Constituição ao ponto mais alto do ordenamento jurídico nacional, dotando-a de caráter soberano. Na concepção doutra de Gerges Burdeau, a superioridade do Poder Constituinte confere à superfície jurídica estatal dupla categoria de normas: constitucional e ordinária. É precisamente dessa superioridade da função constituinte em relação à função de revisão que surge a certeza de rigidez constitucional. Sem essa distinção hierárquica não seria possível um eficaz sistema de controle de constitucionalidade. Nunca será demais lembrar: o problema do controle de constitucionalidade só existe diante de constituições rígidas ou semirrígidas, já que apenas nelas se considera que a constituição é superior, não podendo as demais normas contraporem suas determinações.

Por sua vez, Silva (2019a) afirma que o princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição. Portanto, quando o Judiciário pronuncia-se sobre a inconstitucionalidade material⁴ ou formal de uma norma, busca sobretudo resguardar a supremacia.

Ainda, de acordo com Barroso (2012), a supremacia constitucional apresenta-se como superlegalidade formal, sendo a Constituição a fonte primária da produção normativa, e como superlegalidade material, pois subordina toda a atividade normativa estatal.

Já Moraes (2017), o controle de constitucionalidade configura-se como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição que, além de configurarem limites ao Poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres.

Neste mesmo entorno o constitucionalista Bulos (2014), estabelece que o controle de constitucionalidade, “é o instrumento de garantia da supremacia constitucional. Serve para defender a constituição das investidas praticadas pelos poderes públicos, e, também, dos atos privados atentatórios à magnitude de seus preceitos.”

Na história jurídica brasileira reconhecem-se sete textos constitucionais distintos, sendo a Constituição de 1824 o primeiro deles. Segundo Bulos (2014), ela

⁴ Conforme Moraes (2018, p. 530-531), “A inconstitucionalidade material é identificada pelo vício na declaração prescritiva da norma infraconstitucional submetida ao controle de constitucionalidade, na medida em que aquela é provida de conteúdo diferente do preceituado na norma constitucional na qual deveria ter buscado o seu fundamento de validade”, ao passo que a inconstitucionalidade formal é “individualizada pelo vício no procedimento (inconstitucionalidade formal propriamente dita) ou órgão competente (inconstitucionalidade orgânica) da norma infraconstitucional sujeita ao controle de constitucionalidade, uma vez que aquela foi produzida por procedimento ou órgão diverso do prescrito na norma constitucional na qual deveria ter encontrado o seu fundamento de validade”.

não previu o controle de constitucionalidade, apenas outorgou ao Poder Legislativo “fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las” e, no nº 9 do mesmo artigo, “velar na guarda da Constituição” (artigo 15, nº 8º e 9º). Também previa a existência do Poder Moderador que detinha a competência de assegurar a independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes.

A Constituição de 1891, conforme Mendes e Branco (2021, p. 1036), de influência americana, inaugurou o controle de constitucionalidade, reconhecendo a competência do Supremo Tribunal Federal para rever as sentenças das Justiças Estaduais, consolidando assim o controle difuso por via de exceção.

Foi através do Decreto nº 848, de 11 de outubro 1890, que no seu art. 3º determinava que na guarda e aplicação da Constituição, a magistratura federal só interviria em espécie e por provocação – que se estabeleceu o julgamento incidental da inconstitucionalidade, mediante provocação dos litigantes. Tal qual a Constituição provisória, ele assentava o controle de constitucionalidade das leis estaduais ou federais.

Na sequência, a Constituição de 1934 introduziu significativas alterações, conforme Mendes e Branco (2021) quando o constituinte determinou que a regra de declaração de inconstitucionalidade somente seria realizada pela maioria da totalidade de membros dos tribunais, evitando a insegurança jurídica advinda da constante mudança no entendimento dos tribunais.

Sobre o tema, Mendes e Branco (2021, p. 1037) ainda explanam:

Talvez a mais fecunda e inovadora alteração introduzida pelo Texto Magno de 1934 se refira à “declaração de inconstitucionalidade para evitar a intervenção federal “[...]. Cuidava-se de fórmula peculiar de composição judicial dos conflitos federativos que condicionava a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado (art. 12, § 3º), à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal (art. 12, § 2º).

Nota-se, assim, como umas das mais importantes alterações desta Constituição, a regra segundo a qual a declaração de inconstitucionalidade somente seria realizada pela maioria da totalidade de membros dos tribunais.

A Constituição de 1937 teve como características do controle de constitucionalidade o retrocesso e a estagnação, conforme Bulos (2014). E Mendes e Branco (2021, p. 1038) ainda acrescentam:

Essa Constituição trouxe inequívoco retrocesso ao sistema de controle de constitucionalidade. Embora não tenha introduzido modificação no modelo difuso de controle e tenha preservado o quórum especial de exigência para a declaração de inconstitucionalidade, o constituinte rompeu com a tradição e determinou regra segundo a qual caso uma lei seja declarada inconstitucional, o Presidente da República poderá, caso afirme que a lei era necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, submetê-la novamente ao Parlamento. Caso fosse validada por 2/3 de votos em cada uma das Câmaras, tornava-se inexistente a decisão do Tribunal.

Percebem-se, assim, as feições nitidamente políticas quando a competência para confirmar ou não a inconstitucionalidade declarada pelo Supremo, pode ser decidida pelo presidente.

Posteriormente, a Constituição de 1946, segundo Mendes e Branco (2021) restaurou a tradição do controle judicial no Direito brasileiro, preservando a exigência de maioria absoluta dos membros do Tribunal para a eficácia da declaração de inconstitucionalidade e mantendo a atribuição do Senado Federal para suspender as leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Também ressalta Bulos (2014) que esse texto permitiu que o controle difuso em sede de recurso extraordinário fosse exercido pelo STF. Ainda emprestou nova configuração à representação interventiva, mediante provocação do Procurador-Geral da República. Com a Emenda Constitucional nº 16, inaugurou oficialmente a fiscalização abstrata das normas, conferindo ao STF competência originária para processar e julgar ações diretas de inconstitucionalidade propostas pelo Procurador-Geral da República.

Ensinam Mendes e Branco (2021, p. 1042) que a “Emenda nº 16, de 26/11/1965, instituiu, ao lado da representação interventiva, e nos mesmos moldes, o controle abstrato de normas estaduais e federais”. Essa Constituição inaugurou o modelo abstrato de controle de constitucionalidade sob forma de representação proposta pelo Procurador-Geral da República.

Já a Constituição de 1967 (EC nº 1/69) não trouxe grandes contribuições ao controle de constitucionalidade, apenas preservou o controle difuso e o abstrato, tal como previsto na Constituição de 1946 (MORAES, 2017).

Ampliou-se, no entanto, a representação interventiva, como instruem Mendes e Branco (2021, p. 1044):

A representação para fins de intervenção, confiada ao Procurador-Geral da República, foi ampliada, com o objetivo de assegurar não só a observância dos chamados princípios sensíveis (art. 10, VII), mas também prover a execução de lei federal (art. 10, VI, 1ª parte). A competência para suspender o ato estadual foi transferida para o Presidente da República (art. 11, §2º). Preservou-se o controle de constitucionalidade in abstracto, tal como estabelecido pela Emenda nº 16/65 (art. 119, I, I).

Enfim, o texto magno de 1967 não inseriu modificações de consistência no que se refere ao controle de constitucionalidade das leis, a não ser a mudança formal que se fez por meio da Emenda nº 1 de 1969, determinando a criação do controle de constitucionalidade estadual, que se prestava à finalidade da intervenção no âmbito dos municípios.

Atualmente, encontra-se em vigor a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada pela Assembleia Nacional Constituinte no dia 5 de outubro de 1988, conhecida como a “Constituição Cidadã”, a qual iniciou o sistema democrático brasileiro após mais de vinte anos de ditadura militar, destacando inúmeros avanços relacionados à igualdade, à liberdade e ao exercício da democracia. Em seu Preâmbulo.

Conforme Bulos (2014, p. 204) “o modelo de controle de constitucionalidade implantado na Carta de 1988 é um dos mais avançados do mundo, principalmente em matéria de fiscalização concentrada.”

Ensinam Mendes e Branco (2021, p. 1050) sobre o controle de constitucionalidade da Constituição de 1988:

A Constituição de 1988 amplia significativamente os meios de proteção judicial e conseqüentemente o controle de constitucionalidade das leis. A Constituição preservou a representação interventiva, destinada à aferição da compatibilidade de direito estadual com os chamados princípios sensíveis (CF, art. 34, VII, c/com o art. 36, III). Esse processo constitui pressuposto da

intervenção federal, que, nos termos do art. 36, III, e § 1º, da Constituição, há de ser executada pelo Presidente da República. Tradicionalmente, é o Supremo Tribunal Federal competente para conhecer as causas e conflitos entre a União e os Estados, entre a União e o Distrito Federal ou entre os Estados entre si (art. 102, I, f). Tal como os outros países da América Latina, não dispõe a ordem jurídica brasileira de instrumento único para defesa de direitos subjetivos públicos.

De fato, essa ampliação se deve, principalmente, ao aumento dos legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade (art. 103, CF/88); à criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade por meio da Emenda Constitucional nº 3/1993 (art. 102, I, "a", CF/88); à criação da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, § 2º, CF/88); e à criação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102, § 1º, introduzido na CF/88 pela Emenda Constitucional nº 3/1993).

Com a Constituição de 1988 tem-se, portanto, a consolidação de um sistema híbrido, demonstrando o maior prestígio que o controle concentrado tem recebido. Vale reproduzir o ensino de Barroso (2012, p. 90):

Constata-se, do breve relato empreendido, uma nítida tendência no Brasil ao alargamento da jurisdição constitucional abstrata e concentrada, vista por alguns autores como um fenômeno inquietante. Para tal direcionamento contribuiu, claramente, a ampliação da legitimidade ativa para ajuizamento da ação direta, além de inovações como a ação declaratória de constitucionalidade e a própria arguição de descumprimento de preceito fundamental.

O autor supracitado defende a análise da constitucionalidade a partir do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade que adota, como regra geral, o controle judicial, cabendo aos órgãos do Poder Judiciário a palavra final e definitiva acerca da interpretação da Constituição. No entanto, lembra o nobre jurista que o próprio texto constitucional ou o sistema como um todo contemplam algumas hipóteses em que o Poder Executivo e o Poder Legislativo desempenham papel relevante no controle de constitucionalidade, tanto em caráter preventivo como repressivo (2012, p. 90).

O controle preventivo, amparado no art. 58 da Constituição Federal de 1988, que consagra o controle da legalidade das proposições legislativas, bem como o controle de mérito das mesmas por meio das Comissões Permanentes instituídas em

cada Casa Legislativa, tanto no âmbito federal quanto no estadual e no municipal, de acordo com o respectivo regimento interno.

O controle preventivo é realizado no curso do processo legislativo, ou seja, enquanto a norma ainda não foi aprovada. Por conseguinte, compete ao Poder Legislativo, através das comissões, por exemplo, averiguar a compatibilidade da lei ou ato normativo com a Constituição.

No mesmo sentido consagra o art. 66, §1º primeiro, a possibilidade de o Poder Executivo exercer o controle da constitucionalidade por meio da manifestação do Chefe do Poder Executivo, que pode vetar uma proposição legislativa, em parte ou totalmente, arguindo sua inconstitucionalidade ou por contrariar o interesse público.

Portanto, o controle de constitucionalidade é definido como o ato de submeter à verificação de compatibilidade normas de um determinado ordenamento jurídico com os comandos do parâmetro constitucional em vigor, formal e materialmente (forma, procedimento e conteúdo), retirando do sistema jurídico (nulificando ou anulando) aquelas que com eles forem incompatíveis.

Por fim, cumpre tão somente registrar que o controle de constitucionalidade, quando realizado pelo Poder Judiciário, é de natureza repressiva, seja nas ações em que a questão é analisada incidentalmente, e não gera efeitos para terceiros (controle difuso), seja quando o objeto da lide é a constitucionalidade da norma em si, alcançando todos os jurisdicionados e a Administração Pública (SILVA, 2019a).

Desta feita, o controle repressivo é aquele realizado sobre a lei em si, e não mais sobre o projeto de lei. Significa dizer que tem lugar quando a lei ou outro ato normativo já entrou em vigor, já findou o processo legislativo. São instrumentos aptos a realizar tal controle, dentre outros, a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Nesse contexto, e antes de se passar à análise da PEC 88/2019, é importante contextualizar as modalidades de controle de constitucionalidade, quanto ao momento e quanto à forma, ou seja, se preventivo ou repressivo, se difuso ou concentrado.

2.3 MODALIDADES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade é um fenômeno bastante complexo. Pode ser realizado em diversas esferas de Poder, por diferentes agentes, apresentando efeitos absolutamente diversificados, bem como variando em suas formas de processar, vale dizer, os diversos tipos de ações destinadas a tais objetivos.

Quanto ao momento em que ocorre o controle de constitucionalidade, ele pode ser classificado em: preventivo, que visa evitar a ocorrência de uma lesão à Constituição; e repressivo, que é realizado após a consumação da lesão à Constituição (BARROSO, 2012).

Como o controle preventivo é aquele realizado durante o processo legislativo, nada mais natural que o seu principal protagonista seja o Poder Legislativo, já que é nele que se desenrola boa parte da atividade legiferante (BARROSO, 2012).

Em regra, quem faz o controle preventivo é o Poder Legislativo, por meio da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, e o Poder Executivo, quando do veto. Entretanto, pela via incidental, poderá o Poder Judiciário realizar o controle preventivo através do mandado de segurança impetrado por parlamentar para garantir um processo legislativo hígido, um devido processo legislativo no Supremo Tribunal Federal.

Seguindo esta sistemática o controle de constitucionalidade poderá ser exercido de maneira prévia (ou preventiva) e posterior (ou repressiva) sempre tendo em vista o momento de edição da norma sob enfoque.

Sumariamente, o controle preventivo opera antes que o ato, particularmente a lei, se aperfeiçoe – tanto assim, o controle é realizado sobre projeto de lei ou projeto de emenda à constituição. No Brasil, o controle preventivo, regra geral, é exercido pelo Poder Legislativo em sua maior substância, seguido do Poder Executivo, e, excepcionalmente, pelo Poder Judiciário, desde que o seja acionado a tanto. Assim sendo, o controle prévio ocorre quando o ato normativo impugnado ainda não se operou no ordenamento, vale dizer, ainda não entrou em vigor – o projeto de lei e a proposta de emenda constitucional são o seu objeto.

Anote-se, ainda, que de forma excepcionalíssima, o Poder Judiciário também poderá ser convocado ao controle de constitucionalidade prévio. É de verificação bastante escassa no ordenamento, como já se disse. No entanto, exemplo clássico ocorre quando se é apreciado em julgamento a espécie do mandado de segurança impetrado justamente por parlamentares que pretendem obstar a continuidade de um processo legislativo em que se esteja sendo deliberado tema tendente a abolir qualquer das cláusulas pétreas previstas (SILVA, 2019a). E, mais, por possuírem direito líquido e certo ao chamado devido processo legislativo, podem ainda lançar mão do remédio constitucional quando há violação das regras procedimentais, ainda que 1 § não se tenha verificado a conclusão do processo legislativo perante as instâncias do legislativo.

Noutro lado, será posterior, repressivo, ou superveniente, o controle de constitucionalidade que se perfaz após a entrada da norma em vigor no ordenamento jurídico, vale notar, quando já esteja produzindo seus efeitos no mundo prático jurídico.

No sistema brasileiro, o controle repressivo de norma é confiado aqui sim em sua supremacia ao Poder Judiciário, que o faz pelas vias difusa e concentrada por intermédio das diversas ações de inconstitucionalidade. Excepcionalmente, poderá ser realizado pelo Poder legislativo, em casos bastante específicos, tal como quando (i) se rejeitam pelo Congresso Nacional as Medidas Provisórias que não atendam aos requisitos de relevância e urgência, ou qualquer outra inconstitucionalidade (CF, art. 62, §5º), (ii) se lança mão do Decreto Legislativo por parte do Congresso Nacional para sustar atos normativos expedidos pelo Poder Executivo que exorbitem o poder regulamentar ou os limites da delegação legislativa (CF, art. 49, V, c/c art. 84, IV e art. 68), ou ainda, (iii) tem-se por expedida Resolução do Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 52, X) (MORAES, 2017).

Quanto ao Poder Judiciário, é realizado o controle misto de constitucionalidade, adotando tanto o controle difuso quanto o controle concentrado de constitucionalidade. O primeiro ocorre mediante a discussão da inconstitucionalidade como questão incidental em qualquer ação, e no caso de omissão legislativa, por intermédio de mandado de injunção; o segundo, via ação de inconstitucionalidade direta genérica, por omissão e interventiva (CF, art. 36, III), ação declaratória de

constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental. Quanto à iniciativa, no controle difuso cabe a qualquer interessado e a competência a qualquer juízo; no controle concentrado, a legitimação é mais restrita e a competência originária é exclusiva do Supremo Tribunal Federal (MORAES, 2017).

Desta feita, o controle judiciário, logicamente exercido por aquele poder investido no direito-dever de pacificar a sociedade ao ditar o direito correto a ser aplicado às lides postas sob sua responsabilidade. Dependendo do órgão jurisdicional que se encarrega do controle, este poderá se realizar de suas maneiras diversas, seja pela via difusa (via de exceção ou defesa) ou concreta (via de ação) (NOVELINO, 2018).

O controle difuso é realizado por todos os magistrados, dentro da sua competência jurisdicional, ao julgarem seus próprios processos. Assim como preleciona Barroso (2012, p. 70), “todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, estaduais ou federais, têm o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais nos casos levados a seu julgamento”. E, mais, os efeitos produzidos em razão do controle difuso, são em regra *inter partes*, de modo a atingirem somente as partes que participaram dos processos.

O controle concentrado, por sua vez, é exercido por um único órgão criado para esse fim, conhecido como Corte Constitucional. Teve sua origem na Constituição austríaca de 1920. É exercido em seu âmbito por meio de uma ação própria cujo pedido é justamente a declaração da inconstitucionalidade ou da constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo. Será julgada, ademais, não pela vasta gama de qualquer dos juízes integrantes do Poder Judiciário, mas sim por um órgão especificado, no caso tão somente o Supremo Tribunal Federal – um único órgão encarregado de tal questão (SILVA, 2019a).

Interessante notar neste ponto que a realização do controle concentrado terá de necessariamente respeitar a cláusula de reserva de plenário, prevista expressamente no art. 97 da Constituição da República Federativa do Brasil. Isto porque, se o controle de constitucionalidade for realizado por um tribunal, somente por votação da maioria absoluta de seus membros a compatibilidade vertical da norma impugnada poderá ser analisada e decidida (CARVALHO, 2009). Afora isto, a própria votação que não respeite tal regra, e seja propriamente realizada por intermédio do

controle concentrado, será tida por imbuída por evidente vício procedimental descumpridora das próprias normas constitucionais.

Portanto, no Brasil, é relevante notar que não se buscou adotar um ou outro sistema estanque. De maneira diversa, aqui se implantou um modelo misto em que se contempla tanto o sistema concentrado como difuso como sistemas de controle de constitucionalidade.

Superada a contextualização do controle de constitucionalidade, passa-se a abordar, no próximo capítulo, a PEC 88/2019, que busca alterar as competências do Legislativo Federal para possibilitar que suste atos do Judiciário.

3 DA PEC 88/2019 E AS ALTERAÇÕES NA COMPETÊNCIA DO PODER LEGISLATIVO

Como visto no capítulo anterior o Brasil possui um sistema de controle de constitucionalidade dos atos normativos bastante complexo e amplo, o que permite dizer tratar-se de um modelo forte de constitucionalidade das normas. Porém, há Propostas de Emenda à Constituição que buscam alterar o modelo brasileiro.

Contudo, antes de se abordar especificamente as críticas à Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 88, de 30 de maio de 2019, que em especial interessa ao presente estudo, faz-se necessário compreender seus fundamentos, a justificativa apresentada pela autora, dentre questões outras, o que se passa a expor nesse segundo capítulo.

Inicialmente vale destacar que a PEC 88/2019 foi apresentada pela Deputada Federal do Estado do Rio de Janeiro, Christine Nogueira dos Reis Tonietto, afiliada ao Partido Liberal, apesar de eleita pelo PSL, tem por objetivo alterar o inciso V, do art. 49 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2019).

Dispõe o supracitado dispositivo de lei que compete exclusivamente ao Congresso Nacional “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar e dos limites de delegação legislativa” (BRASIL, 1988).

A proposta em análise propõe que o inciso V, do art. 49 da Constituição Federal de 1988 passe a dispor que compete ao Congresso Nacional “sustar os atos do Poder Executivo ou do Poder Judiciário que exorbitem seu poder regulamentar, os limites de delegação legislativa, ou violem a competência exclusiva do Poder Legislativo” (BRASIL, 2019).

Verifica-se que há, por parte da PEC 88/2019, a tentativa de inserir na competência do Congresso Nacional a possibilidade de sustar os atos não apenas do Executivo, como prevê o texto original da Constituição Federal de 1988, mas também os do Poder Judiciário. E, ainda, introduz a possibilidade de sustar os atos que violem competência exclusiva do Legislativo, seja editado pelo Executivo, seja pelo Judiciário.

A justificativa da PEC 88/2019 dispõe, inicialmente, sobre a Teoria da Separação dos Poderes, lembrando que o art. 2º do texto constitucional vigente dispõe sobre o sistema de freios e contrapesos,⁵ dada a independência e harmonia que se espera do Legislativo, Executivo e Judiciário. E enfatiza, ainda, que para assegurar esse equilíbrio, é preciso que cada um dos Poderes aja estritamente no seu âmbito de atuação, sem interferir em competências constitucionais ou infraconstitucionais de outro Poder (BRASIL, 2019).

Lembra a autora da PEC 88/2019, porém, que nos últimos anos há um ativismo exacerbado do Judiciário brasileiro, principalmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que leva a um desequilíbrio nos Três Poderes, na medida em que o Judiciário vem invadindo o âmbito de competência do Legislativo, chegando a legislar sobre determinadas matérias, ainda que contrariando a vontade popular. Assim, conclui que a postura do Judiciário está “ferindo a democracia norteadora do Estado de Direito” (BRASIL, 2019, p. 02).

Para exemplificar o problema é citada pela autora da PEC 88/2019 a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)⁶ nº 54, julgada em 2012 e que autorizou a interrupção da gestação em casos de anencefalia, de forma contrária ao que preconiza a Constituição, que dispõe sobre a inviolabilidade do direito à vida, e ignorando também o Código Penal, que não consagra a anencefalia como causa justificadora do aborto (BRASIL, 2019). E elenca ainda outras situações semelhantes, como a ADPF nº 442, a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26,⁷ dentre outras.

⁵ Segundo Moraes (2018, p. 49), “o sistema de freios e contrapesos provoca a limitação do poder político na medida em que estabelece a interpenetração das funções estatais e o controle recíproco entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, com a finalidade de impedir potenciais excessos dos Poderes do Estado, funcionando como condição de legitimidade do Governo, ou seja, ‘os freios e contrapesos consistem na garantia de manutenção do equilíbrio constitucional entre os Poderes do Estado, sendo certo que, em face de determinada ação ou omissão do Executivo, Legislativo ou Judiciário, o contraste constitucional que um outro pode exercer para contê-lo (freio) ou para restabelecer o equilíbrio (contrapeso) constitui um freio ou contrapeso ao dito Poder”.

⁶ A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é, segundo ensinamentos de Tavares 92020, p. 35), “uma legítima criação brasileira”. Essa colocação deriva da análise de que, embora reconheça certa “proximidade no mais das vezes reduzida” das outras “fontes estrangeiras”, conclui que há, sim, “requisitos similares”, mas “nunca em plena sintonia com a posição do instituto da arguição”. Surgiu no ordenamento jurídico brasileiro como garantia de cunho essencialmente constitucional, “de natureza processual”, e com o compromisso de “preservar a obediência devida às regras e princípios constitucionais que, sendo considerados fundamentais, estava, de há muito, dentro de um quadro evolutivo, a demandar um mecanismo próprio para tanto” (TAVARES, 2020, p. 37).

⁷ Em 13 de junho de 2019 o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Declaratória por Omissão (ADO) nº 26, culminando no enquadramento da homofobia e transfobia como racismo, especificamente como

Em situações como as acima, portanto, e na visão da autora da PEC 88/2019, o Supremo Tribunal Federal vem adentrando no âmbito de atuação do Legislativo, Poder que é constituído por representantes escolhidos pelo povo e que possui, dentre as competências, a de editar normas que expressem exatamente a vontade popular (BRASIL, 2019).

Ainda segundo a justificativa da PEC em análise, a proposta não fere o princípio da Separação dos Poderes, pois não busca fomentar a ingerência do Legislativo no âmbito de atuação do Executivo e do Judiciário, pois busca zelar pela preservação da competência legislativa, somente agindo quando houver a exorbitação das competências. Por isso, em se tratando de matéria que compete exclusivamente ao Legislativo, não poderá o Executivo ou o Judiciário decidir e estabelecer, ainda que indiretamente, normas sobre o assunto. A última palavra, nesse caso, será sempre do Legislativo (BRASIL, 2019).

De forma bastante sucinta, Moreira et al. (2021, p. 60) lecionam sobre a justificativa da PEC 88/2019, senão veja-se:

A justificação da proposta da deputada menciona o Sistema de Freios e Contrapesos presente no nosso ordenamento jurídico, ressaltando que o “Estado Democrático de Direito somente pode existir se cada um de seus poderes agir estritamente no seu âmbito de atuação, não interferindo nas competências constitucionais e infraconstitucionais conferidas a outro poder”. É mencionado na referida proposta, ainda, que alteração se faz necessária tendo em vista o chamado “ativismo judicial” protagonizado, principalmente, pelo STF, o qual tem excedido sua competência e exercido uma função típica do legislativo: legislar

Nesse contexto a autora da PEC 88/2019 afirma que pretende-se assegurar uma vigilância recíproca, uma fiscalização, de modo a obstar violação aos limites impostos constitucionalmente a cada um dos Poderes, assegurando o perfeito

racismo social. A ADO foi proposta no STF em 19 de dezembro de 2013, e distribuída ao Ministro Celso de Mello, que assumiu então a relatoria. Restou assentado, no STF, o entendimento de que até que o Congresso Federal emita lei específica sobre o tema, as condutas de homofobia e transfobia se enquadrarão na Lei de Racismo. Ainda, ressaltou o órgão julgador que a prática da homotransfobia não restringe ou limita a liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação da fé processada. O terceiro ponto da tese firmada pelo STF diz respeito ao conceito de racismo, destacando o órgão julgador que este vai além dos aspectos biológicos e fenotípicos, motivo pelo qual alcança também a homofobia e a transfobia (BRASIL, 2019b).

funcionamento do sistema de freios e contrapesos inerente ao princípio da Separação dos Poderes (BRASIL, 2019).

Assim, conclui que a PEC 88/2019 é legítima e necessária para assegurar ao Poder Legislativo a efetiva fiscalização sobre atos normativos derivados do Executivo e do Judiciário, impedindo a violação dos limites impostos pela Constituição Federal ao âmbito de atuação de cada um dos Poderes (BRASIL, 2019).

Segundo Alves, Gusmão e Cademartori (2019), a PEC 88/2019 altera mecanismos de controle do texto constitucional e o papel institucional do Poder Legislativo, uma vez que atribui a última palavra sobre o sentido da Constituição Federal de 1988 ao Poder Legislativo.

Reis Neto e Costa (2020) levantam uma outra questão em relação à motivação da PEC 88/2019 que, para os autores, é comumente sentida em propostas que buscam alterações amplas no texto da Constituição Federal. Trata-se da militância perigosa, que reacendeu, no Congresso Nacional, com o julgamento da ADO 26, os debates quanto à criminalização da homofobia.

Explicam Reis Neto e Costa (2020) que a autora expressamente busca um instrumento para que o Legislativo possa obstar, em casos de decisões do STF como a acima mencionada, os seus efeitos, ao argumento de que há invasão à esfera de competência do Legislativo, por entender que o Judiciário assumiu um protagonismo que não lhe cabe e isso vai de encontro a algumas bancadas, como a religiosa.

Não destoaria desse entendimento as lições de Quadros e Madeira (2020), os quais defendem que a PEC 88/2019 é também uma manifestação ostensivamente ideológica, que emanam da denominada “nova direita” que ganhou evidência no Congresso nos últimos anos.

Ainda é preciso ressaltar que a que a PEC 88/2019 não é primeira manifestação do Legislativo Federal para alterar a Constituição e, conseqüentemente, enfraquecer o controle de constitucionalidade no país. Um claro exemplo de medidas anteriores é a PEC 33/2011 que, em apertada síntese, prevê que algumas decisões do Supremo Tribunal Federal devam ser submetidas ao Congresso Nacional.

De acordo Alves, Gusmão e Cademartori (2019), de fato a PEC 88/2019 não é uma inovação no Congresso Nacional, pois ainda em 2011 foi apresentada a PEC 33, de autoria do então Deputado Federal pelo Partido dos Trabalhadores, Nazareno

Fonteles, cuja finalidade era alterar o texto da Constituição para modificar as normas internas dos Tribunais quanto ao quórum para votação da inconstitucionalidade das normas e para aprovação do efeito vinculante às sumulas editadas pela mais alta Corte.

À época, um dos objetivos era condicionar o efeito vinculante das Súmulas editadas pelo Supremo Tribunal Federal à posterior aprovação pelo Legislativo, além de submeter ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição (BRASIL, 2011).

Assim, evidenciou-se debates sobre a suposta neutralidade dos juízes, que foi colocada em evidência, mas a partir de outra perspectiva, a do ativismo judicial, que é o tema das últimas discussões entre o Judiciário e o Legislativo, como observa Oliveira (2013, p. 01):

[...] proposta - PEC 33/2011 - ainda precisa ser analisada por uma comissão especial na Câmara antes de ser votada no plenário. Uma das modificações propostas estabelece que quando o STF decidir pela inconstitucionalidade de uma emenda à Constituição, o Congresso poderá rever o ato do tribunal. Caso os parlamentares discordem da posição do Supremo, a questão seria decidida em um plebiscito popular (OLIVEIRA, 2013).

A PEC 33/2011 pretende conferir ao Congresso Nacional a competência de sustar atos normativos do Poder Judiciário e modificar a regra de controle de constitucionalidade, ou seja, de forma bem semelhante à PEC 88/2019. Aquela, porém, foi arquivada, exatamente por não passar pelo crivo da constitucionalidade, já que também as Propostas de Emenda à Constituição estão sujeitas a tal análise.

A PEC 33/2011, cuja admissibilidade foi aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados no 24 de abril de 2013, pretende ampliar a competência do Congresso Nacional também para sustar atos normativos do Poder Judiciário que exorbitem do poder regulamentar; além de condicionar a eficácia de súmulas e decisões vinculantes do Supremo Tribunal Federal à aprovação do Congresso Nacional, caracterizando, infelizmente, claro ato de guerrilha entre poderes (MORAES, 2013).

A PEC 33/2011, à época de sua discussão mais acirrada no Congresso Nacional, suscitou posicionamentos diversos, a exemplo de Niemeyer (2013), que

defendeu a proposta de alteração do texto constitucional ao argumento de que o Judiciário brasileiro vem exorbitando seus poderes, deixando de lado a neutralidade e a imparcialidade. Logo, e na visão do autor, a supracitada PEC era capaz de resgatar o equilíbrio abalado por alterações anteriores no texto da Constituição Federal de 1988, responsável por ampliar os poderes do Judiciário, o que culminou na deformação e degradação do equilíbrio que se espera dos Três Poderes.

Niemeyer (2013), para justificar sua posição, cita como exemplo a Súmula Vinculante, que viola direito fundamental de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Logo, sendo a súmula um instrumento diverso de lei, em sentido amplo, não pode irradiar efeitos *erga omnes*, como preconizou o constituinte reformador.

Contudo, como lembra Alves, Gusmão e Cademartori (2019), apesar do relatório favorável à admissibilidade da PEC 33/2011, esta foi arquivada por ofensa ao princípio da Separação dos Poderes e da usurpação de funções pelo Legislativo, que assumiria competências exclusivas do Poder Legislativo ao argumento de que buscava assegurar uma participação democrática e popular nas decisões judiciais, mormente aquelas provenientes do Supremo Tribunal Federal.

Mais recentemente, como lembram Moreira et al. (2021), outra PEC buscou limitar o alcance das decisões do Supremo Tribunal Federal, qual seja, a PEC 82/2019, de autoria do Senador afiliado ao PODEMOS/PR, Oriovisto Guimarães. Em apertada síntese, o objetivo da PEC é limitar a concessão de cautelares pelo Presidente da mais alta Corte, além de impedir a concessão de liminares e cautelares em decisões monocráticas nos processos cuja finalidade é o controle de constitucionalidade de normas, dentre outras medidas.

Porém, a questão precisa ser vista sobre um enfoque mais amplo, não limitada à questão do ativismo judicial, pois ao possibilitar que determinados pronunciamentos do Judiciário sejam sustados pelo Congresso Nacional compromete-se não apenas a independência e harmonia dos Poderes, mas também o próprio sistema de controle de constitucionalidade, na medida em que se enfraquece o Judiciário brasileiro, como se passa a expor.

4 A PEC 88/2019 E O CONTROLE FRACO DE CONSTITUCIONALIDADE

Como visto no capítulo anterior, o ordenamento jurídico brasileiro conta com um controle de constitucionalidade forte, atribuindo ao Judiciário a competência para, de forma incidental ou concreta, averiguar a constitucionalidade de atos normativos, zelando pela adequação das leis infraconstitucionais e demais normativas ao texto da Constituição Federal de 1988. Assim, resguarda-se a segurança jurídica e assegura-se a supremacia da Constituição.

Portanto, o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é tido pela doutrina como completo e complexo (SILVA, 2019a; MENDES, BRANCO, 2021), pois estabelece mecanismos que permitem assegurar a efetiva supremacia do texto constitucional, extirpando qualquer ato normativo e lei que por ventura vá de encontro a princípios e regras consagradas na Constituição.

Em meio a esse cenário é preciso refletir sobre o que se denominou de controle de constitucionalidade “fraco”, presentes em alguns países desde a década de 1980, como se passa a expor no próximo tópico.

4.1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE “FRACO”: CANADÁ, NOVA ZELÂNDIA E REINO UNIDO

Além de se discutir os modelos de controle de constitucionalidade em suas formas preventiva, repressiva, difuso, abstrato, há outra classificação que não pode ser ignorada, dada a relevância ao presente estudo. Trata-se da divisão em controle de constitucionalidade “forte” e controle de constitucionalidade “fraco”.

De acordo com Pagliarini e Moura (2022) ensinam que os sistemas de controle de constitucionalidade denominado “forte” são encontrados em países como Brasil e Estados Unidos da América, “nos quais o judiciário pode anular legislação incompatível com a Constituição” (PAGLIARINI; MOURA, 2022, p. 417). Nesse caso a última palavra em relação à constitucionalidade de uma norma é do Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional.

Portanto, um sistema “forte” atribui às Cortes constitucionais a tarefa de verificar a compatibilidade das normas constitucionais e infraconstitucionais, devendo recusá-las quando houver incompatibilidade com o texto constitucional, não havendo prevalência de entendimento do Judiciário sobre a fundamentação do Parlamento, mas sim uma análise da adequação formal e material do ato normativo à Constituição vigente (CABRAL; RIBEIRO, 2020).

Prosseguem refletindo sobre o denominado controle de “fraco”, nos quais o Poder Legislativo possui formas de resposta às decisões judiciais, tal como ocorre em países como o Canadá, Reino Unido e a Nova Zelândia (PAGLIARINI; MOURA, 2022). Significa dizer que as decisões do Judiciário são passíveis de análise, em uma espécie de referendo por parte do Legislativo, que pode sustar os efeitos da decisão.

Sobre os dois modelos em análise, assim lecionam Cabral e Ribeiro (2020 p. 47):

[...] a revisão constitucional considerada forte se destoa da fraca pela elevada ou reduzida tensão entre a jurisdição constitucional e o autogoverno, considerado democrático. Assim, no controle de constitucionalidade forte, para superar a decisão aferida pela Corte, seria essencial uma emenda ao texto constitucional ou uma modificação no entendimento do referido Tribunal, o que consistiria, de modo geral, que os julgadores se aposentassem ou viessem a óbito para serem substituídos. Por seu turno, o controle de constitucionalidade fraco baseia na aceção de existência de instrumentos para que a população se opusesse, de modo simplificado e efetivo, às decisões que compreenderem, justificadamente, equivocadas

Há, ainda, quem defenda que o sistema de controle de constitucionalidade, no Brasil, é de natureza extraforte, como Cabral e Ribeiro (2020), a exemplo do que ocorre com a reforma da Constituição, dada a complexidade do modelo adotado no ordenamento jurídico pátrio. Contudo, este estudo se limitará à análise do modelo “forte” e “fraco”, partindo da premissa de que o ordenamento jurídico brasileiro adota o primeiro, em virtude da forte influência norte-americana no sistema de controle de constitucionalidade das normas.

Contudo, Dixon (2019) observa que há uma tendência mundial de se estabelecer sistemas constitucionais na forma fraca, ao argumento de que se busca a maior proteção de direitos constitucionais, inclusive com a participação do povo, que se daria pela manifestação dos representantes eleitos.

Nesse sentido também lecionam Massaro, Ifanger e Laurentiis (2021, p. 392), senão veja-se:

Existem muitos países democráticos (Reino Unido e Nova Zelândia), que não adotam nenhuma forma de controle de constitucionalidade das leis. Mais do que isso: uma vez que o poder de decisão a respeito da transposição de limites dos poderes é atribuído ao judiciário a atividade interpretativa dos tribunais se torna discricionária, pois suas decisões podem alterar normas e regras, sem nenhuma justificativa empírica.

Para os autores supracitados, portanto, o que se denomina de modelo “fraco” de controle de constitucionalidade nada mais é que uma atuação mais restrita do Poder Judiciário no que diz respeito à interpretação das normas infraconstitucionais, possibilitando uma maior atuação do Legislativo, valorizando a representatividade do órgão, já que composto por pessoas eleitas pelo povo.

Asseveram Cabral e Ribeiro (2020) que qualquer crítica tecida a um ou outro modelo se deve à diminuição do âmbito de atuação de um ou outro Poder, e do maior ou menor diálogo institucional, consubstanciada numa efetiva disputa de poder, pois o modelo “forte” preconiza a supremacia do Judiciário, enquanto o sistema “fraco” busca exatamente a supremacia parlamentar.

Complementa Silva (2019b) que o surgimento de um sistema “fraco” de controle de constitucionalidade surgiu a partir de 1980, em países democráticos e que contam com alto índice de desenvolvimento humano, tais como Canadá, Nova Zelândia e Inglaterra. Para o autor, “o modelo desenvolvido no Canadá, com a publicação do *Bill of Right*, em 1982, acabou por influenciar a publicação do *Bill of Right* na Nova Zelândia, em 1990 e, por fim, na pátria mãe, Inglaterra, em 1998” (SILVA, 2019b, p. 51).

Continua o supracitado autor ressaltando que os referidos países adotaram uma forma de controle diversa daquela que os Estados Unidos da América, e os países por ele influenciados, adotaram, e que levou à clássica definição de controle concentrado e difuso. Logo, rejeitaram o axioma central que há incompatibilidade entre as reivindicações legislativas e a tutela jurídica de direitos fundamentais (SILVA, 2019b).

Por conseguinte, o modelo “fraco” desvincula o Judiciário e deixa a última palavra sobre a constitucionalidade das normas para o Poder Legislativo, que representa a vontade popular. Para tanto, não vislumbra a supremacia legislativa como incompatível à supremacia judicial, e busca um meio-termo, uma forma de coexistência, por entender que há várias formas de “controle dialógicos em sua amplitude, desde o sistema fraquíssimo, presente na Nova Zelândia, ao extremo oposto, no Canadá, apresentando o sistema inglês como o central” (SILVA, 2019b, p. 52).

Silva (2019b) esclarece que o sistema adotado na Nova Zelândia, país no qual a Constituição é formada por convenção de costumes, precedentes e tradição, há um diálogo institucional, na medida em que a Corte manifesta-se quanto a constitucionalidade de normas que afrontem o princípio da liberdade, surgindo para o Parlamento a possibilidade de reeditar a norma, contrapondo ao entendimento do Judiciário, ou pode também elaborar nova norma, respeitando os limites apontados pela Corte, podendo ainda ficar silente. Em qualquer dos casos, conclui Silva (2019b) que o Judiciário neozelandês não tem espaço para atuar de forma criativa.

No Reino Unido, por sua vez, e ainda segundo Silva (2019b), há um crescente crescimento da influência política nas decisões da Suprema Corte, levando também a um diálogo institucional. Porém, “a atuação da Suprema Corte Britânica, no Controle de normas, é mais ampla do que a da neozelandesa, uma vez que a declaração de incompatibilidade tem um espectro maior, o qual abarca qualquer tema” (SILVA, 2019b, p. 68). Novidade levantada pela última etapa do Human Rights Act de 1998 está centrada na seção 4, que permite ao judiciário proferir uma declaração de incongruência (*declaration of incompatibility*). Por meio desse mecanismo, certos órgãos judiciários podem oficialmente indicar que o dispositivo legal sob análise não suporta uma interpretação alinhada com os direitos convencionais. Entretanto, a seção 4 destaca que tal declaração não afeta a validade ou vigência da norma, nem mesmo no contexto do litígio em questão.

Já no Canadá o sistema de controle de constitucionalidade “fraco”, considerado pioneiro, apresenta duas formas de reconsideração legislativa no país: as cláusulas 33 e 1 da *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (CCRF). A cláusula 33 é conhecida como “cláusula de exceção” (*notwithstanding clause*). Essa provisão permite que tanto o Parlamento quanto os órgãos legislativos provinciais incluam uma

declaração em seus atos normativos, estabelecendo que suas disposições devem ter efeito, independentemente dos direitos e liberdades consagrados em determinadas seções do Constitution act de 1982.

De outro modo, a partir da seção 1, o poder legislativo responde a uma decisão proveniente do judiciário, aprimorando a sua fundamentação para a restrição de um direito fundamental. O conteúdo dessas respostas pode variar de acordo com a situação: desde a concordância com o veredicto, em que o órgão legislativo basicamente aprova a interpretação dada pelo judiciário e reedita a norma com os ajustes indicados como necessários pela corte; até situações em que é promulgada uma lei praticamente idêntica àquela invalidada pelo judiciário, porém, em seu preâmbulo, há uma exibição de motivos que busca justificar a restrição do direito em questão com base no que é disposto na seção adequada.

Dixon (2019) lembra que a base do controle de constitucionalidade, no Canadá, é o denominado constitucionalidade democrático, que ganhou evidência também em países da Europa, ainda após a Segunda Guerra Mundial. Há, por conseguinte, uma maior interação entre o Legislativo e o Judiciário no que diz respeito à análise da constitucionalidade das normas.

Cecília e Araújo (2022), por sua vez, observam que as críticas ao sistema “forte” de controle de constitucionalidade se devem ao fato de que, na prática, o Judiciário acabar modificando os efeitos propostos por uma lei ou ato normativo, cuja competência para elaborar é do Legislativo que, enquanto representante do povo, é o único legitimado para editar normas.

Dixon (2019), ao analisar as discussões sobre controle de constitucionalidade em suas formas “fracas”, aponta que o ponto crucial das críticas é exatamente o fato de que as decisões do Poder Judiciário não podem ser objeto de controle posterior, realizado pelo Legislativo, pois isso enfraquece a democracia.

Fallon Júnior (2008), por sua vez, destaca que é inadmissível, em um sistema de controle de constitucionalidade, que a manifestação do Judiciário esteja sujeita a objeções pelo Legislativo que, na verdade, possui legitimidade apenas política. Por isso o autor defende a existência de um sistema forte, que afaste a ingerência do Poder Legislativo nas decisões judiciais.

Por fim, Dixon (2019) observa que tanto a forma “forte” como a forma “fraca” de controle de constitucionalidade são objeto de críticas. A primeira gera um perigo em potencial, que é a “debilitação” do Poder Legislativo, já que os legisladores podem deixar de atuar de forma efetiva e ignorar seu dever de engajar nos processos de deliberação constitucional. Isso pode levar a edição de normas defeituosas, ficando a cargo do Judiciário derrubar a norma ou corrigir seus defeitos. Por isso preconiza que o modelo “fraco” leva a legisladores mais atentos, pois é menos provável que se sujeitem a debilidades e editem normas defeituosas, do ponto de vista constitucional.

Contudo, Dixon (2019) bem lembra que a maioria das democracias reais podem ser enfraquecidas quando adota-se um sistema “fraco”, na medida em que a última palavra quanto ao controle de constitucionalidade das normas passa a ser, na verdade, daquele que a editou, pois após o pronunciamento do Poder Judiciário, o Legislativo se manifesta, podendo sustar os efeitos do pronunciamento dos julgadores.

Em meio a esse cenário é que Lunardi (2020) conclui ser preferível um modelo de constitucionalidade “forte” a um modelo “fraco”, pois este acaba por privilegiar a atividade legislativa em detrimento à jurisdicional, comprometendo a autonomia e independência dos Poderes.

Apesar das considerações supra, o que se percebe é uma tentativa, no Brasil, de enfraquecimento do controle de constitucionalidade, transferindo do Judiciário brasileiro, para o Poder Legislativo, a última palavra em se tratando de controle de constitucionalidade. É o que propõe a PEC 88/2019, como se passa a expor no próximo tópico.

4.2 DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PEC 88/2019

O Brasil, como já apontado anteriormente, adota o modelo “forte” de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, na medida em que compete ao Poder Judiciário o pronunciamento, em sede de controle difuso ou abstrato, sobre eventual inconstitucionalidade, não estando a decisão sujeita a análise posterior pelo Legislativo.

Em meio a esse cenário é que a PEC 88/2019 merece críticas, na medida em que busca implantar um sistema “fraco” de controle de constitucionalidade, possibilitando que o Legislativo dê a última palavra em decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em questões afetas à constitucionalidade das leis e atos normativos.

Isso se deve porque, como dito no capítulo anterior, a PEC 88/2019 busca alterar o inciso V do art. 49 da Constituição Federal, alteração esta que refletirá em toda a sistemática do sistema de controle de constitucionalidade das normas, na medida em que permite ao Poder Legislativo sustar os efeitos de decisões que exorbitem o âmbito de competência do Judiciário.

Outrossim, como também já apontado, a justificativa da PEC 88/2019 apresenta, como exemplo para ensejar a mudança no sistema de controle de constitucionalidade, a decisão nos autos da ADO nº 26, julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 2019, e que culminou na criminalização da homofobia. Em situações como esta, ainda que presente a omissão do Legislativo, este poderia sustar os efeitos da decisão da mais alta Corte, já que supostamente há um protagonismo e o Judiciário adentra no âmbito de atuação do Poder Legislativo.

Contudo, aceitar os argumentos suscitados na PEC 88/2019 é ignorar toda a sistemática de controle de constitucionalidade no país, que inclui não apenas medidas para obstar a inconstitucionalidade por ação, mas também busca assegurar a declaração de inconstitucionalidade por omissão.⁸

Alves, Gusmão e Cademartori (2019, p. 14) enfatizam que a PEC 88/2019 pode comprometer diversas conquistas no controle de constitucionalidade no Brasil, a exemplo do Mandado de Injunção (MI) e da ADO, que buscam, ante a inércia do Poder

⁸ Inconstitucionalidade por ação se dá quando a afronta ao texto constitucional decorre de uma conduta positiva do Estado, a exemplo da edição de uma norma (lei, resolução) que vá de encontro ao que preconiza a Constituição. Já a inconstitucionalidade por omissão ocorre quando o Estado deixa de agir e, conseqüentemente, obsta o exercício de direito previsto no texto constitucional. Se um dos Poderes ou órgão administrativo, portanto, em razão de omissão, não torna efetiva uma norma constitucional, configura-se a inconstitucionalidade por omissão. A inconstitucionalidade por omissão é um conceito muito mais novo e complexo que a inconstitucionalidade por ação, onde a violação à Constituição não existe numa norma ou ato, pela simples atuação indevida do Estado, mas pela ausência dessa atuação no sentido de viabilizar a Constituição materialmente, sendo que, assim como a inconstitucionalidade por ação, pode ocorrer em qualquer dos três poderes do Estado, tanto no executivo, no legislativo e até mesmo no judiciário (BARROSO, 2012).

Legislativo na edição de normas concretizadores de direitos fundamentais consagrados no texto constitucional, conferir efetividade à norma.

Aqui cumpre abrir um parênteses para esclarecer que o MI é instituto inovador no ordenamento jurídico brasileiro, criado pelo constituinte para lidar, como citado, com omissões inconstitucionais que afetam precipuamente direitos individuais (MENDES; BRANCO, 2021). Previsto no art. 5º, LXXI, da Constituição da República de 1988, busca, assim como a ADO, sanar problemas de constitucionalidade por omissão.

Nos dizeres de Silva (2019a), trata-se de uma ação constitucional colocada à disposição daqueles que se consideram prejudicados pela ausência de norma reguladora que viabilize o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Já a ADO tem como objeto a omissão inconstitucional, que se caracteriza quando uma norma constitucional deixa de ser editada por falta de atuação normativa dos órgãos dos poderes constituídos. Logo, alcança as normas constitucionais de eficácia limitada definidoras de princípios programáticos e as normas constitucionais de eficácia limitadas definidores de institutos ou organizativos de natureza impositiva (TAVARES, 2020).

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é o instrumento de controle abstrato voltado para a regulamentação integral do texto constitucional, e tem por finalidade implementação dos preceitos constitucionais que, para plena eficácia dependem de legislação complementar infraconstitucional, cabendo a ação no momento em que se verifica a inércia ou abstinência do Poder Público. O Poder Legislativo possui discricionariedade quanto à elaboração de normas jurídicas, entretanto, esta discricionariedade não se justifica em relação às normas indicadas na Constituição, estabelecendo-se um dever de legislar em favor de um direito subjetivo público à emanção de normas ou direito à legislação (MORAES, 2018).

De fato, beira a inocência acreditar que o Legislativo não irá sustar os efeitos de uma decisão do Supremo Tribunal Federal que aponte a sua omissão, a exemplo da homofobia, que não recebe atenção devida do Congresso Nacional nem mesmo após o julgamento da ADO nº 26, ainda em 2019.

Os dois mecanismos para controle de constitucionalidade abstrato da lei ou ato normativo citados acima foram escolhidos apenas para ilustrar o problema decorrente da possível alteração do texto constitucional, para permitir que o Legislativo suste o efeito de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal quando da análise da constitucionalidade.

Isso se deve porque tanto o MI quanto à ADO, como dito, buscam sanar a inconstitucionalidade por omissão, ou seja, quando o Poder Legislativo deixa de agir e frustra a efetividade de direitos. Significa dizer que o Parlamento tinha o dever de editar uma norma para possibilitar o exercício de um direito, mas não o fez.

De acordo com Alves, Gusmão e Cademartori (2019), a ADO nº 26 é invocada pela autora da PEC 88/2019 para justificar a atuação do Judiciário na atualidade, evidenciando claramente que seria uma decisão sustada pelo Legislativo, por entender que houve a ingerência do Judiciário no âmbito de competência de outro Poder.

Moreira et al. (2021) ressaltam que são várias as PECs apresentadas nos últimos anos que tem por finalidade, a exemplo da PEC 88/2019, alterar o controle de constitucionalidade no Brasil, evidenciando a clara disputa entre parte dos Poderes do Estado, principalmente porque o Judiciário vem sendo acusado de ativismo, de exceder suas competências e de legislar, como nos casos mencionados anteriormente neste estudo, sobre interrupção da gestação em casos de anencefalia e da criminalização da homofobia.

Portanto, eventual alteração do inciso V do art. 49 da Constituição Federal de 1988 tende a enfraquecer sobremaneira o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, principalmente no que diz respeito à inconstitucionalidade por omissão, na medida em que o Legislativo provavelmente irá sustar os efeitos da norma e fará prevalecer o viés político sobre o jurídico.

Por isso Moreira et al. (2021) criticam a iniciativa de alteração do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, como proposto pelo Legislativo na PEC 88/2019, por entender que não há espaços vazios nas relações de Poder, no Estado. Logo, na visão dos autores, quando decorre um prazo razoável e determinado Poder não se manifesta, regulamentando as questões que são de sua competência, por

exemplo da criminalização da homofobia, os legitimados podem e devem provocar o Judiciário ou o Executivo para buscar respostas concretas.

Complementando, os citados autores que uma vez provocado, o Judiciário deve se pronunciar para suprir as lacunas; e, extrapolando ou excedendo o seu âmbito de competência, tem-se já instituído um sistema de freios e contrapesos que permite a moderação de atuação (MOREIRA et al., 2021).

De fato, não se justifica ampliar os poderes do Legislativo para sustar atos do Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos é inviável e desvirtua todo o sistema que opera no ordenamento jurídico brasileiro que, como já apontado, é um modelo “forte” de controle de constitucionalidade.

Além disso, cabe aqui destacar pontos interessantes levantados pelo Jurista José Guilherme Berman, o qual argumenta que mesmo em algumas situações de sistemas parlamentares com representação adequada das minorias, é possível encontrar grupos impopulares que teriam dificuldade em garantir seus direitos perante o poder legislativo. Um exemplo é mencionado por Kent Roach, que destaca os direitos dos acusados em crimes, onde o judiciário se torna a única esperança para assegurar garantias fundamentais. (BERMAN, 2014)

Outra questão se refere aos estudos promovidos por Frederick Schauer e Larry Alexander os quais, consoante Berman, destacam que a importância do Direito vai além da determinação, incluindo a coordenação de visões divergentes em benefício da coletividade. A Constituição tem o papel de uniformizar questões controversas na sociedade. Contudo, a ausência de um órgão único com primazia para interpretá-la dificulta a redução de desacordos, tornando essencial a existência de uma norma pré-constitucional que atribua a algum órgão a função de interpretação final do texto constitucional. Assim, segundo os autores referidos:

Uma das possíveis normas de determinação é a que confere este papel à Suprema Corte. Apesar de existirem outras possibilidades, esta é a que parece ser a mais adequada para os autores, por três razões principais: (i) A Suprema Corte é menos suscetível aos excessos das forças majoritárias do que o Legislativo e o Executivo; (ii) os poderes políticos não são os mais indicados para definir os limites das suas próprias funções; e (iii) a determinação das questões deve feita não só entre as instituições (que deve respeitar a mesma regra), como também ao longo do tempo, o que se garante com mais eficácia por meio da vinculação ao precedente, própria do poder judiciário. (Berman,2014)

E como último ponto levantado por José Berman, o autor questiona se a nossa constituição deve ser entendida como rígida/superrígida no tocante à possibilidade de alteração das normas constitucionais, fator este que poderia servir de base para a implantação de um controle fraco de constitucionalidade. Nesse aspecto, o jurista aponta que:

No Brasil entretanto, a situação é diferente, como reflete as sete dezenas de emendas à Constituição aprovadas em pouco mais de 20 anos de vigência. Entre nós, a reforma do texto constitucional depende apenas do poder legislativo federal, que deve se manifestar através dos votos dos três quintos dos membros de ambas as casas, em dois turnos de votação (art. 60, § 2º, CRFB/1988). Este procedimento relativamente simples abre caminho para respostas rápidas do legislativo ao judiciário, ou seja, permite que, declarada a inconstitucionalidade de uma determinada lei, o legislativo supere essa decisão não por meio de uma nova lei, mas através da alteração da própria constituição. (Berman, 2014)

Nesse ponto de vista, percebe-se que comparado a países como Canadá ou os Estados Unidos, o Brasil na verdade apresenta para o supracitado autor uma Supremacia do Judiciário moderada, a qual é abrandada pela possibilidade relativamente mais fácil de modificação do texto constitucional.

Por isso é possível concluir que a PEC 88/2019 é inconstitucional, pois vai de encontro à harmonia e separação dos Poderes, compromete o sistema de freios e contrapesos, pois amplia sobremaneira os poderes do Legislativo, deixando a cargo do Parlamento a última palavra sobre o controle de constitucionalidade no país. Logo, busca afastar o sistema brasileiro do modelo “forte” e aproximá-lo daqueles modelos que hoje são adotados em países como Canadá, Nova Zelândia e Reino Unido, cada um com peculiaridades distintas do Brasil.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se, ao longo do presente estudo, refletir sobre a Proposta de Emenda Constitucional nº 88/2019, que visa alterar o art. 49, inciso V da Constituição Federal, ampliando os poderes do Legislativo para possibilitar que sejam sustados os efeitos de decisões do Judiciário que exorbitem seus poderes ou adentrem no âmbito de atuação de outro Poder. E, assim como outras PECs anteriormente apresentadas ao Congresso Nacional, fundamenta-se no protagonismo do STF nos últimos anos.

Verificou-se, então, o controle de constitucionalidade, ressaltando alguns aspectos históricos, seu conceito e classificação, além de distinguir a inconstitucionalidade formal da material. E, ainda, apontou-se as ações regulamentadas no direito brasileiro para o exercício do controle de constitucionalidade concentrado.

No que tange especificamente o controle de constitucionalidade, restou claro que em sendo a Constituição a norma suprema, com a qual todas as demais devem harmonizar, os mecanismos de controle são imprescindíveis. E considerando que o ponto central do neoconstitucionalismo é a Constituição como principal fonte legislativa, como o cerne do ordenamento jurídico brasileiro, toda e qualquer medida voltada a verificar se a norma ou ato se adéqua ao que dispõe a Constituição, seja preventivamente, seja repressivamente, é extremamente importante.

Constatou-se que o Brasil é fortemente influenciado pelo sistema norte-americano de controle de constitucionalidade, sendo a última palavra, no que tange a adequação constitucional das leis e atos normativos, ao Judiciário, mormente a Corte Constitucional que, no Brasil, é o Supremo Tribunal Federal. Por isso o país adota o que se denomina de sistema “forte” de controle de constitucionalidade.

Verificou-se, ainda, que há o também denominado controle “fraco”, característico de países como Canadá, Nova Zelândia e Reino Unido, nos quais há maior ingerência do Parlamento no controle de constitucionalidade, partindo-se da premissa de que a democracia clama que os representantes do povo, ou seja, os membros do Legislativo, atuem no controle de constitucionalidade das normas, dando a última palavra, após o pronunciamento da Corte.

Evidenciou-se, ainda, que há críticas aos dois modelos – “forte” e “fraco”; e, apesar de escassos os estudos, percebeu-se que a grande maioria dos autores apontam o modelo “forte” como mais adequado, e não ignoram que a distinção em comento decorre de uma guerra entre os Poderes Legislativo e Judiciário, na medida em que cada um quer assegurar a supremacia de suas decisões.

Porém, o que restou claro, ao analisar a PEC 88/2019, é a clara tentativa de fazer prevalecer decisões políticas sobre as decisões do Poder Judiciário, o que decerto irá enfraquecer o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, o que é preocupante, principalmente porque o Supremo Tribunal Federal, a quem compete processar e julgar as ações que versam sobre a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, será deveras enfraquecido.

De fato, a PEC 88/2019 não é a primeira tentativa do Poder Legislativo de enfraquecer o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil. E o argumento é o mesmo, de que o Judiciário vem adentrando cada vez mais no âmbito de atuação o Legislativo, comprometendo a harmonia e a independência dos Poderes e, por conseguinte, afrontando a Teoria da Separação dos Poderes, consagrado no art. 2º da Constituição Federal de 1988.

Não obstante, o que se percebe da PEC 88/2019 é também uma clara tentativa de controle do Poder Judiciário, pois ao Parlamento caberá a última palavra em se tratando de controle de constitucionalidade. Isso se deve porque após a manifestação do Supremo Tribunal Federal, em decisões que versam sobre o controle de constitucionalidade, se o Legislativo entender que houve a exorbitação de poderes ou que o Judiciário adentrou no seu âmbito de atuação poderá sustar a decisão.

Ora, beira a inocência acreditar que o Legislativo permanecerá silente e deixará prevalecer a decisão do Judiciário quando da declaração de inconstitucionalidade de normas, principalmente nos casos de omissão, o que servirá para validar a inércia do Legislativo e comprometerá ainda mais os direitos do jurisdicionado.

Apenas para ilustrar, há questões que desde a edição da Constituição vigente, em 1988, estão pendentes de regulamentação pelo Poder Legislativo Federal e que comprometem o exercício de direitos constitucionalmente assegurados. Quando o Judiciário se pronuncia, e possibilita o exercício de direitos, não está exorbitando o

seu âmbito de atuação, até porque a própria Constituição estabelece mecanismos para o controle de constitucionalidade também nesses casos.

E o mesmo pode-se dizer da inconstitucionalidade por ação, pois inúmeras são as normas editadas pelo Legislativo, no Brasil, que demandam o pronunciamento do Judiciário para afastar a inconstitucionalidade formal e/ou material, comprometendo a supremacia das normas constitucionais.

Conclui-se, portanto, que os argumentos suscitados pela PEC 88/2019 para justificar as mudanças no sistema de controle de constitucionalidade, no Brasil, são inconstitucionais, pois vão de encontro ao sistema de freios e contrapesos, viola os fundamentos da Teoria da Separação dos Poderes, pois amplia sobremaneira a atuação do Legislativo ao inserir um mecanismo de controle externo à atividade jurisdicional que não se adequa aos princípios e normas que regem o ordenamento jurídico pátrio. Logo, espera-se que seja arquivada, sob pena de comprometer o controle de constitucionalidade no país.

REFERÊNCIAS

ALVES, Alex Meira; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; GUSMÃO, Caroline Carneiro. A PEC nº 88/2019: entre populistas, populares e uma democracia reflexiva. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, v. 6, n. 02, p. e270-e270, 2019. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.animaeducacao.com.br/index.php/RDFG/article/view/13921/7687>. Acesso em: 20 mar. 2023.

ANDERSON, Fulton Henry. **Francis Bacon: His Career and His Thought**. Editora Generic. 1964

BARROSO, Luís Barroso. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BERMAN, José Guilherme. **Controle fraco de constitucionalidade: sistema jurídico contemporâneo e direito constitucional comparado**. Curitiba: Juruá, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 mar. 2023.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição nº 88 de 2019**: altera a redação do inciso V do art. 49 da Constituição Federal. Câmara dos Deputados, 19 fev. 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1757801. Acesso em: 20 mar. 2023.

BRASIL. STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa. **Notícias STF**, 13 jun. 2019b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em: 03 set. 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CABRAL, Ana Luiza Novais; RIBEIRO, Sidiney Duarte. Por que haveria no Brasil um sistema de revisão judicial superforte? a análise do controle de constitucionalidade e o protagonismo do poder judiciário. **Revista Brasileira de Teoria Constitucional**, v. 6, n. 1, p. 41-56, 2020.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição; Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CECÍLIA, Arthur Phillipe Milanez Santa; ARAÚJO, Yasmim Vilas Boas de. Teoria da Democracia Radical e Controle de Constitucionalidade: desdobramentos possíveis. Artigo Científico, **UFSC**, 2022. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/243009/V6N2_academica_397-413.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 20 mar. 2023.

DIXON, Rosalind. O argumento central a favor da forma fraca de controle de constitucionalidade. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 24, n. 2, p. 5-55, 2019.

FALLON JÚNIOR, Richard H. *The core of an uneasy Case for Judicial Review*. **Harvard Law Review**, v. 121, p. 1693-1736, 2008

GRAHL, Renato Hartwig. **Jurisdição do Supremo Tribunal Federal e o controle de constitucionalidade**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

LUNARDI, Fabrício Castagna. Controle judicial de constitucionalidade, legitimidade e sensibilidades jurídicas: quem controla o controlador? **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 25, n. 2, p. 228-258, 2020.

MASSARO, João Paulo Gomes; IFANGER, Fernanda Carolina de Araújo; LAURENTIIS, Lucas Catib de. Controle de constitucionalidade e julgamentos penais: considerações em direito comparado. **Meritum**, Revista de Direito da Universidade FUMEC, 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MORAES, Alexandre de. A PEC 33/2011 cria uma guerrilha institucional inútil. **Consultor Jurídico**: Justiça comentada, São Paulo, 26 abr. 2013. Diária. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-26/justica-comentada-pec-332011-cria-guerrilha-institucional-inutil>. Acesso em: 23 mar. 2023.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MORAES, Pena. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Atlas, 2018.

MOREIRA, Michelle et al. Controle de Constitucionalidade: desafios e perspectivas no sistema democrático brasileiro. **Cadernos de Direito**, v. 2, n. 3, p. 54-66, 2021.

Disponível em: <https://publicacoes.udf.edu.br/index.php/direito/article/view/181>. Acesso em: 20 mar. 2023.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, William. **Controle de constitucionalidade**: uma abordagem teórica e jurisprudencial. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

NIEMEYER, Sérgio. Parte da PEC 33 resgata equilíbrio entre os poderes. **Consultor Jurídico**: Integração Racional, São Paulo, 29 abr. 2013. Diária. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-29/sergio-niemeyer-parte-pec-33-resgata-equilibrio-entre-poderes>. Acesso em: 14 maio 2013.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA, Mariana. Ministros criticam PEC que autoriza Legislativo a vetar decisões do STF. **Globo 1: Política**, Brasília, 24 abr. 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/04/ministros-criticam-pec-que-autoriza-legislativo-vetar-decisoes-do-stf.html>. Acesso em: 20 mar. 2023.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; MOURA, Genilma Pereira. Controle de constitucionalidade: análise comparada dos modelos brasileiro e argentino e a união homoafetiva. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 12, n. 01, abri. 2022.

QUADROS, Marcos Paulo dos Reis; MADEIRA, Rafael Machado. A “nova direita” brasileira na prática: as proposições protocoladas pelo PSL na Câmara dos Deputados (2019). **44º Encontro Anual da ANPOCS**, 2020, Brasil., 2020.

REIS NETO, Milton Mendes Reis; COSTA, Alessandra Abrahão. Militância Religiosa x Poder Legislativo x Poder Executivo: de onde parte a ingerência? Breves apontamentos sobre a ADPF 442. **Brazilian Journal of Development**, v. 6, n. 4, p. 18804-18813, 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2019a.

SILVA, Marcus Vinicius Lopes da. **Legitimidade democrática, controle de constitucionalidade e diálogos insitucionais**: reflexão sobre um caminho para a resolução das relações entre os poderes em uma sociedade democrática. 2019, 101 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), Brasília, 2019b.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.