

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

GERALDO LUIZ CABREIRA PAES LEME

**CONTROLE JURISDICIONAL PREVENTIVO:
possibilidades de preservação da Constituição**

FRANCA

2019

GERALDO LUIZ CABREIRA PAES LEME

**CONTROLE JURISDICIONAL PREVENTIVO:
possibilidades de preservação da Constituição**

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas normativos e Fundamentos da Cidadania.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges

FRANCA

2019

L551c	<p>Leme, Geraldo Luiz Cabreira Paes</p> <p>Controle jurisdicional preventivo : possibilidades de preservação da Constituição / Geraldo Luiz Cabreira Paes Leme. -- Franca, 2019 104 f.</p> <p>Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista (Unesp), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca Orientador: Alexandre Walmott Borges</p> <p>1. Direito. 2. Direito constitucional. 3. Controle de constitucionalidade. 4. Poder constituinte. 5. Separação de poderes. I. Título.</p>
-------	--

Sistema de geração automática de fichas catalográficas da Unesp. Biblioteca da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca. Dados fornecidos pelo autor(a).

Essa ficha não pode ser modificada.

GERALDO LUIZ CABREIRA PAES LEME

**CONTROLE JURISDICIONAL PREVENTIVO:
possibilidades de preservação da Constituição**

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas normativos e Fundamentos da Cidadania.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____

Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges

1º Examinador (a): _____

2º Examinador (a): _____

Franca, _____ de _____ de 2019.

À minha mãe, ao meu pai, e ao meu irmão.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço à minha família por toda uma vida de amor, zelo, e suporte necessários para essa empreitada pudesse ser concluída, em que pese as tantas dificuldades existentes no percurso.

Minha profunda gratidão ao meu orientador, Professor Alexandre Walmott Borges, pelo voto de confiança depositado em mim, bem como em meu trabalho. A paciência e os experientes conselhos foram imprescindíveis para realização dessa tarefa.

Ao Professor Carlos Eduardo de Abreu Boucault, meu profundo agradecimento por me acolher de modo tão gentil para a realização do estágio em docência na disciplina de Introdução ao Estudo do Direito. Sábio mestre que o convívio possibilitou desfrutar da grande cultura e aprender sobre a dedicação à docência.

Ao Professor Victor Hugo de Almeida e ao assessor Ícaro Henrique Ramos, do Departamento de Direito Privado, de Processo Civil e do Trabalho desta instituição, pelo exemplo de profissionalismo e suporte que em muito contribuíram para minha tarefa de exercer a função de professor bolsista no ano de 2018.

À Turma XXXV de Direito desta casa, turma para a qual tive a ímpar oportunidade de ministrar as disciplinas de Introdução ao Estudo do Direito I e II no ano de 2018. Alunos e alunas que o respeitoso convívio e, aprendizados compartilhados, reforçaram meu apreço pela docência.

Aos servidores da seção de pós-graduação, Érick Vivan, Maísa de Araújo, Mauro Ferreira, Tadeu Zoccal e Valter Nailton, que a presteza no desempenho das atividades burocráticas e acadêmicas são de fundamental importância.

Reitero o meu mais profundo agradecimento ao Valter Nailton, não apenas pelas funções profissionais exercidas, mas principalmente pela amizade desses longos anos, conferindo o apoio necessário nos momentos difíceis, bem como desfrutando dos momentos alegres que a vida cordialmente proporciona.

À todas as servidoras e servidores da Biblioteca da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais de Franca, por todo acolhimento e solicitude, proporcionando ambiente de profunda paz para o desenvolvimento dos estudos. Agradeço de forma especial à Laura Jardim, Núbia de Alcantara e Andreia Pereira, pela doçura, pelo bem receber, pelo ombro amigo e pelas palavras de estímulo que desempenharam em mim significativo auxílio.

Agradeço à Professora Regina Laisner e ao Professor José Carlos Remotti pelas contribuições realizadas no Exame Geral de Qualificação.

Aos amigos que o exercício da advocacia me proporcionou, Roberto Soares e Renato Onofri. A identificação sincera permite compartilhar os anseios da vida e aprender com os bons exemplos que esses transmitem aos que os rodeiam.

Agradeço aos amigos de longa data Daniel de Figueiredo e Gabriel Gregorutti. Dedicados pesquisadores que geram em mim grande inspiração e apreço, cujo apoio sempre me foi essencial. Realizo, ainda, especial menção ao Gabriel, que cordialmente muito contribuiu para o presente trabalho revisando-o.

Aos jovens amigos Adolfo Mariano e Lucas Laprano, por todo apoio, bem como pelas profundas discussões sobre os problemas que permeiam a vida em sociedade.

Aos amigos Gabriel Gurian, Guilherme Bianchini, Leonardo Agapito, Gabriel Frias, Marcos Vieira e Diego Flávio pelos momentos compartilhados que aliviaram o fardo dessa caminhada.

À Sapateria - Unesp Franca, bateria universitária que tive o privilégio de fazer parte e que foi capaz de me proporcionar grande felicidade em momentos inenarráveis.

Ao Serviço de Extensão Universitária dos Alunos da Unesp – Cursinho Popular S.E.U. – Unesp Franca, que no ano de 2016 pude colaborar como professor desse importante projeto que reforça a imprescindibilidade da educação na vida dos indivíduos e de toda a sociedade.

Enfim, agradeço à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais – Campus de Franca, e à Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – UNESP, por todos esses anos de aprendizados inúmeros que marcaram profundamente a presente existência.

PAES LEME, Geraldo Luiz Cabreira. **Controle jurisdicional preventivo**: possibilidades de preservação da Constituição. 2019. 104 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2019.

RESUMO

A dissertação se dedica a investigar as possibilidades de realização de controle jurisdicional de constitucionalidade abstrato e preventivo no sistema jurídico brasileiro. Elaborar-se a presente temática a partir da observação das recorrentes vezes em que o Supremo Tribunal Federal (STF) é provocado a se posicionar sobre procedimentos legislativos que afrontam, em tese, a Constituição federal de 1988 (CF/88). As alegações de inconstitucionalidade originam-se principalmente a partir das Propostas de Emenda à Constituição (PEC) que ameaçam às cláusulas pétreas previstas no art. 60, § 4º, incisos I, II, III e IV da CF/88. Para tanto, realiza-se no presente trabalho uma análise bibliográfica e teórica dos elementos da teoria constitucional que estão relacionados com o controle de constitucionalidade. O primeiro capítulo da dissertação é destinado à contextualização sobre as origens das Constituições modernas, bem como as principais características do Poder Constituinte (originário e derivado) que se relaciona diretamente com a supremacia da Constituição. Ato contínuo, no segundo capítulo são apresentados os principais modelos de controle de constitucionalidade desenvolvidos por países como Estados Unidos da América, França, Áustria. Apresentam-se, também, as adaptações que demais Estados europeus realizaram, derivadas principalmente do modelo o austríaco, bem como a formação das Cortes Constitucionais. Não obstante, nesse capítulo são, também, elencadas as principais classificações dos controles de constitucionalidade com o intuito de facilitar a apreensão do tema. O terceiro capítulo é destinado à compreensão do desenvolvimento constitucional brasileiro. Abordam-se, especialmente, elementos como o controle de constitucionalidade no Brasil, o Supremo Tribunal Federal e sua atuação. Por fim são analisados casos julgados pelo STF que apresentam o entendimento desse tribunal sobre o controle abstrato e preventivo de constitucionalidade, bem como são elencados os principais entraves e obstáculos para a aplicação dessa possibilidade. Conclui-se que em nome da preservação dos princípios elementares da Constituição, estipulados na forma de cláusulas pétreas, para que não ocorra o desmantelamento da organização Estatal, nem tão pouco a ofensa aos direitos fundamentais, é possível que o Supremo Tribunal Federal, excepcionalmente, realize essa modalidade de controle.

Palavras chave: Direito Constitucional. Supremo Tribunal Federal. cláusulas pétreas. controle de constitucionalidade.

PAES LEME, Geraldo Luiz Cabreira. **Preventive judicial control: possibilities of preserving the Constitution.** 2019. 104 f. Essay (Law Masters Degree) – Human and Social Science College, Universidade Estadual Paulista “Julio de mesquita filho”. Franca, 2019.

ABSTRACT

The aim of this work is to investigate the possibilities of realizing an abstract and preventive judicial control of constitutionality at the Brazilian law system. The standing theme is made from the observation of the many times in which the Federal Supreme Court (*Supremo Tribunal Federal*, STF) is instigated to positionate itself about the law procedures that go against, in theory, the 1988 Federal Constitution (CF/88). The explanations of unconstitutionality are originated especially from the Purposes of Amendments to the Constitution (*Propostas de Emendas Constitucionais*, PEC) that threaten the immutable clauses expected in the article 60, § 4th, subsections I, II, III and IV, from the 1988 Constitution. Therefore, in this work there's a theoretic and bibliographic analysis of the elements from the constitutional theory which are related to the constitutionality control. The first chapter is destined for contextualizing the origins of the modern Constitutions, as well as the main characteristics of the Constituent Power (both ordinary and derivative) which is directly related with the Constitution's Supremacy. Second, in the second chapter it's introduced a wide range of the main models of constitutionality control, developed by countries such as the United States of America, France and Austria. Also, the further adaptations made by other European States, derivative specially from the Austrian model, and another item that is also introduced is the formation of Constitutional Courts. Withal, in this chapter are also highlighted the essential classifications of constitutionality controls, aiming a better comprehension of this theme. After this, the third chapter focus at the understanding of the Constitutional development in Brazil. One of this chapter highlights is also the discussion on elements like the constitutionality control in Brazil, the Federal Supreme Court and its acting. Finally, it's made the analysis of situations judged by the Federal Supreme Court, which show this Court understanding concerning the abstract and preventive constitutionality control, as well as the listing the major obstacles put against the application of this possibility. In conclusion, in the name of the preservation of the elementary Constitutional ideals, stipulated in the shape of immutable clauses, and to not allow the dismantling of the State's organization, nor the offense to the fundamental rights, it's possible that the Federal Supreme Court perform this model of control.

Key Words: Constitutional Law. Federal Supreme Court. immutable clauses. constitutionality control.

LISTA DE SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI(n)	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CF	Constituição da República Federativa do Brasil
MS	Mandado de Segurança
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 O PODER CONSTITUINTE E A CONSTITUIÇÃO.....	14
2.1 Origens do Poder Constituinte moderno e suas conexões.....	15
2.2 O Poder Constituinte Originário.....	22
2.2.1 Características do Poder Constituinte Originário.....	22
2.2.2 Formas de declaração do Poder Constituinte Originário.....	27
2.3 Supremacia da Constituição.....	30
2.4 Poder Constituinte Derivado.....	32
2.4.1 Características do Poder Constituinte Derivado.....	33
2.4.2 Limitações do Poder Constituinte Derivado Reformador.....	36
3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	41
3.1 A Jurisdição Constitucional.....	41
3.2 Origens e modelos do Controle de Constitucionalidade.....	44
3.2.1 O Sistema Francês de Controle de Constitucionalidade.....	44
3.2.2 O Sistema Estadunidense de Controle de Constitucionalidade.....	47
3.2.3 O Sistema Austríaco de Controle de Constitucionalidade.....	52
3.2.4 A Ideia de um “Sistema Europeu” de Controle de Constitucionalidade.....	57
3.2.5 As Cortes Constitucionais da Europa.....	58
3.3 Classificações Gerais do Controle de Constitucionalidade.....	62
3.3.1 Quanto aos sujeitos que realizam o controle.....	63
3.3.2 Quanto ao momento do controle.....	65
3.3.3 Quanto ao modo do controle.....	66
4 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO.....	69
4.1 Origens do Controle de Constitucionalidade nas constituições do Brasil.....	69
4.1.1 A Constituição brasileira de 1988 e o controle de constitucionalidade.....	73
4.2 O Supremo Tribunal Federal.....	77

4.2.1 Organização do STF e o controle de constitucionalidade como atribuição fundamental.....	77
4.2.2 O controle preventivo na jurisprudência do STF.....	83
4.3 Barreiras ao controle jurisdicional preventivo abstrato e a possibilidade de superação.....	89
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	97
REFERÊNCIAS.....	100

1 INTRODUÇÃO

As revoluções liberais burguesas ocorridas durante a segunda metade do século XVIII influenciaram de modo praticamente irreversível a estruturação de parte considerável dos países, com especial destaque àqueles pertencentes ao continente europeu e americano.

Meditar sobre um Estado dificilmente não culminará na compreensão de que esse deve possuir certas características – que hoje são tidas como básicas -, tais como uma Constituição formal. Nela devem estar previstos direitos fundamentais, a separação dos Poderes ou, ainda, que expresse a relação existente entre o poder e o povo que compõe aquele determinado Estado, bem como a participação do mesmo nos processos decisórios.

Com o passar do tempo as Constituições tornaram-se cada vez mais complexas e presentes nas relações da vida em sociedade, seja no âmbito individual, coletivo ou institucional. Então, aos poucos as Constituições galgaram o posto mais alto dos ordenamentos jurídicos e adquiriram o caráter de imprescindibilidade dentro da estruturação empregada pelos Estados a partir da modernidade, pois, afinal, elas são a principal expressão da vontade daquele povo.

Fato é que inevitavelmente surgiram diversos problemas e que para alcançar a superação dos mesmos foram elaboradas teorias que conferissem o necessário embasamento capaz de apresentar os motivos e razões pelos quais deveriam ser aceitas.

Ocorre que, para evitar o desmantelamento de toda trajetória percorrida por cada Estado, percebeu-se que era necessário criar mecanismos que fossem capazes de proteger as Constituições das ameaças as quais elas estão frequentemente expostas. Os diversos instrumentos de proteção e manutenção da ordem constitucional passaram a integrar a chamada jurisdição constitucional, que varia de país para país e faz uso de procedimentos que estejam de acordo com as respectivas Constituições.

As afrontas sofridas pelas Constituições advêm de setores do Estado, incluindo os próprios Poderes que o compõe, Esses ataques podem ser feitos por determinados atos normativos propostos pelo Poder Legislativo e que contrarie os dispositivos constitucionais, ou por algum ato administrativo realizado pelo Poder Executivo capaz de prejudicar a ordem estabelecida. Afinal, tornar-se-iam extremamente frágeis as Constituições que não pudessem assegurar a proteção e aplicação de seus princípios.

É sabido que, dentro de um Estado Democrático de Direito, como no caso brasileiro, existe – e é fundamental que exista – a possibilidade de alternância de poder. Não são raras as

notícias de congressistas articulando-se de forma determinada para votar e aprovar projetos destinados a atender os mais diversos interesses financeiros, políticos, religiosos, etc., que nem sempre representam de fato aqueles que os elegeram e para os fins que foram eleitos.

No entanto, uma eventual maioria política eleita pode colocar em risco os direitos fundamentais, a organização do Estado e as regras para o seu funcionamento que estão presentes na Constituição?

Nessa seara, o controle de constitucionalidade ganha destaque na árdua tarefa de preservar a Constituição. Mas questiona-se, quem deve realizar esse controle para que todos os atos estejam em consonância com a Lei Fundamental? Cada Poder e órgão do Estado pode realizar o controle de suas atividades? Existem garantias de que, caso seja verificado algum desrespeito à Constituição, o Poder que tenha emanado tal ato irá corrigir a si próprio?

Eis que ao analisar as formas de controle de constitucionalidade adquire relevo o papel do controle jurisdicional, sobretudo pelo fato de que sua realização ocorre por um Poder externo àquele que tenha sido o responsável pela desconformidade constitucional. Contudo a utilização do controle jurisdicional para garantir a supremacia da Constituição também se defronta com alguns problemas.

Surgem, então, novas interpelações, questionando quais são os fundamentos e bases para que o controle jurisdicional seja exercido. Por quem ele deve ser exercido? O órgão responsável pelo eventual exercício possui suficiente legitimidade democrática para ser realizado?

Tais indagações conduzem, então, à problemática principal do presente estudo: objetivando evitar danos que os atos contrários à Constituição possam vir a gerar, tendo em vista principalmente a atividade legiferante, pode o controle jurisdicional de constitucionalidade ser realizado preventivamente? E, transportando para a realidade brasileira, como ocorrem os processos de controle de constitucionalidade, sobretudo a partir da Constituição de 1988? Existe, então, a previsão/possibilidade de que possa ser realizado o controle jurisdicional preventivo no Brasil?

Na procura de trabalhar com essas perguntas, o presente trabalho realiza uma contextualização bibliográfica e teórica sobre o processo de formação de sistemas de controle de constitucionalidade, bem como se analisa os principais conceitos da teoria constitucional e do Direito Constitucional que circundam a problemática acerca da possibilidade de utilização do controle preventivo no sistema jurídico brasileiro.

Para tanto se utiliza a bibliografia pesquisada sobre essa seção da teoria constitucional, as normas brasileiras tanto constitucionais quanto infraconstitucionais que desenvolvem o controle de constitucionalidade. Também se lança mão de julgados do Supremo Tribunal Federal que expressam os principais posicionamentos adotados sobre a eventual realização do controle de constitucionalidade preventivo, os alcances materiais e formais do controle e como se dá o exercício do controle pelo próprio tribunal.

Realizadas essas observações propedêuticas tem-se, então, que o trabalho foi estruturado em três capítulos.

O capítulo inicial destina-se ao exame dos elementos básicos da seara constitucional moderna na qual o marco inicial se dá com o advento das revoluções ocorridas na segunda metade do século XVIII. Analisam-se, também, algumas das principais teorizações sobre a organização do Estado, a formação do Poder Constituinte e a supremacia da Constituição.

No segundo capítulo, busca-se aprofundar a compreensão dos instrumentos destinados à proteção da Constituição através da investigação das principais experiências estrangeiras e suas respectivas contribuições, principalmente para o campo do controle de constitucionalidade.

No terceiro capítulo, apresenta-se a trajetória constitucional do Brasil até o advento da Constituição federal de 1988, quais foram as formas adotadas para realização do controle de constitucionalidade no país, qual o papel do Supremo Tribunal Federal e o posicionamento do mesmo sobre o controle e a possibilidade da realização desse na forma preventiva. Averigua-se, também, quais os entraves que emergem da participação do Judiciário no controle de constitucionalidade dos atos de outros poderes.

Por fim, apresentam-se nas considerações finais aspectos relativos à problemática enfrentada, esperando que, de algum modo, as reflexões geradas na presente dissertação possam auxiliar no debate sobre o controle de constitucionalidade no Brasil atual.

2 O PODER CONSTITUINTE E A CONSTITUIÇÃO

O Estado Democrático de Direito, como hoje conhecido e adotado por uma grande quantidade de países, vem moldando-se no decorrer da história por meio das mais diversas experiências e adequações tanto materiais quanto formais. O intento é que seja possível tornar útil uma estruturação minimamente consistente, a depender das constituições e suas respectivas diretrizes, bem como das particularidades sociais, políticas e a estabilidade das instituições de cada Estado.

Entre o final do século XVII e início do século XVIII, havia desequilíbrios nos Estados modernos, tanto nas metrópoles quanto nas colônias, em que a distribuição do poder, organização administrativa e demais incumbências restavam concentradas, basicamente, ou nas mãos de monarcas absolutistas, ou nas mãos de uma aristocracia, que representava uma pequena parcela das populações de tais países.

O nascimento de um Estado de Direito deriva da insatisfação, em especial, por parte da classe burguesa presente nas colônias e nas monarquias nacionais de então, e que não mais se contentava unicamente em deter apenas uma fração do poder, cujo cunho era estritamente econômico. Também, almejava-se o poder político para que houvesse uma redução do controle e da interferência estatal de modo a ampliar a liberdade dos indivíduos (daí decorrendo a ideia de Estado de Direito Liberal), conforme afirmam José Luiz Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento (2010, p. 47-48).

Os descontentamentos culminaram nos modelos de Estado de Direito atuais originários das revoluções liberais burguesas, sendo que as primeiras se deram no século XVIII, figurando como responsáveis por alterações estruturais da sociedade ocidental. Tais revoluções foram inspiradas pelos caracteres derivados do Iluminismo, ainda que o mesmo não tenha sido um movimento homogêneo, mas que se pautava pela utilização da razão para orientar a vida em seus diversos aspectos, bem como objetivava a emancipação do homem e a necessidade de conferir-lhe direitos (individuais), solidificando a ideologia e os interesses da burguesia. O ápice de tal movimento foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 605-606).

Dentre as rupturas mais paradigmáticas para com os sistemas políticos vigentes no período e que propiciaram grande desenvolvimento à noção e concepção de Estado de Direito, é imprescindível mencionar a revolução norte-americana de 1776 e a francesa de 1789.

Tais acontecimentos não foram os únicos, conforme apresenta Jorge Miranda (1996, p. 31), ressaltando em nota o cunho igualmente contrário ao absolutismo presentes nas revoluções inglesas que ocorreram nos anos de 1648 e 1688. Mas, assim como em outras experiências, não era possível conferir a essas a função de prenunciadoras diretas de um movimento constitucionalista da modernidade, gatilho para o presente estudo.

2.1 Origens do Poder Constituinte moderno e suas conexões

A partir das revoluções burguesas do século XVIII surgem de forma concomitante questões até então inexistentes em razão da própria estrutura do regime vigente. Dentre as principais alterações relacionadas diretamente à organização do Estado tem-se a noção incipiente de Estado de Direito, cuja legalidade torna imperativa para composição da vida da sociedade tanto acerca dos direitos (primeiramente individuais) quanto no tocante à origem das Constituições, a separação e a limitação dos Poderes.

Perpassando por Thomas Hobbes e o reconhecimento da natureza do homem e sua constatação acerca da necessidade de cessão de direitos individuais para um monarca, por John Locke e sua justificativa para a organização dos poderes decorrentes da Revolução de 1688 e a promulgação do *Bill of Rights*, bem como a separação dos Poderes proposta por Montesquieu, foi apenas com Jean-Jacques Rousseau que surgiu a ideia que viria a ser a alavanca para a doutrina do Poder Constituinte, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, p. 6-10) ao analisar as doutrinas do contrato social.

Para Jean-Jacques Rousseau (1996, p. 33-36) uma sociedade deve ser governada e dirigida observando apenas o interesse comum, ainda que tal interesse seja um acordo dos interesses particulares e que a soberania é o exercício da vontade geral, que tende a igualdade, não sendo passível de alienação ou de divisibilidade.

Questiona-se, então, qual seria a origem do Poder. Principalmente, levando em consideração que até o momento de ruptura com o Antigo Regime, todo poder fundamentava-se em uma origem natural (jusnaturalismo), cuja expressão era defendida por diversos autores vinculados, geralmente, a uma compreensão de mundo baseada na teologia judaico-cristã.

De certa feita, dada à quebra na estrutura mencionada, seja através da revolução americana ou da revolução francesa, o fortalecimento dos novos Estados acabam por forçar um movimento de secularização e afastamento da influência dogmática religiosa, em relação à esfera pública, transferindo para a ideia de Nação a legitimação da posse e utilização do poder.

Rousseau (1996, p. 71-73) consagra, então, a ideia basilar de que o Poder Legislativo pertence unicamente ao povo. Para que haja equilíbrio dentro do Estado os cidadãos e seus poderes seriam, ao mesmo tempo, soberanos e súditos. Soberanos no sentido de exercer o poder Executivo. E súditos de modo a não tornar as pessoas unicamente submissas ao poder.

Acerca ainda da secularização do Estado - e quiçá um processo incipiente de laicização - no pensamento de Rousseau (1996, p. 164-167) fica clara a necessidade da tolerância de uma religião para com a outra, não se fazendo necessária a existência de uma religião nacional exclusiva, desde que os dogmas proferidos pela religião que o cidadão venha a professar não contraditem seus deveres civis, bem como as opiniões não devem ir de encontro ao interesse comum, respeitando as leis, a justiça e a utilidade pública.

Insta salientar, ainda, que as revoluções citadas não foram atos consumados em um único momento, mas tratam de tumultuados encadeamentos de diversas proposições e ações. Algumas foram refletidas previamente e outras elaboradas gradualmente ou de supetão de acordo com o desenrolar das consequências decorrentes em razão das posturas adotadas. Não havia naquele período, leia-se, a segunda metade do século XVIII, qualquer estabilidade das instituições nacionais ou conceitos integralmente finalizados que pudessem ser utilizados como instrumentos exatos para qualquer problema relacionado ao Estado que fosse, até porque os objetivos e os próprios meios para os incipientes Estados de Direito, ou Estados Constitucionais, ainda não eram claros e estavam em construção (que por sua vez não se dá de forma linear e ininterrupta).

Destaca-se no contexto da revolução francesa o escritor, político e eclesiástico Emmanuel Joseph Sieyès (1748-1836), também conhecido como Abade de Sieyès, cuja participação ativa na política de tal período, bem como suas obras, especialmente *Qu' est-ce que le Tiers État?* (Que é o terceiro Estado), alçaram-no como um dos autores pioneiros do Constitucionalismo, da Teoria do Poder Constituinte e do Controle de Constitucionalidade.

Indignado com as discrepâncias entre os direitos pertencentes ao povo como um todo e os privilégios de determinadas camadas sociais como a nobreza, o Abade de Sieyès (1986, p. 69) ao esmiuçar as origens e estruturas do poder, realiza importante questionamento sobre, afinal, o que seria a nação para aquele contexto:

O que é uma nação? Um corpo de associados que vivem sob uma lei comum e representados pela mesma legislatura. Será certo que a ordem nobre tenha privilégios, que ela ousa chamar de seus direitos, separados dos direitos do grande corpo dos cidadãos? Ela [a nobreza] sai, assim, da ordem comum, da lei comum. Desse modo, seus direitos civis fazem dela um povo à parte na grande nação. É realmente *imperium in imperio*.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, p. 23- 26), refletindo sobre as colocações do Abade de Sieyès com relação a ideia de nação, reforça que o autor francês utiliza o termo nação conscientemente de modo em que haja uma distinção da compreensão do termo povo, posto que povo seria apenas um aglomerado de pessoas submissas a um poder em determinado momento e local, enquanto o termo nação aprofunda-se no tocante a permanência da existência daquela comunidade, que não se esvai após as deliberações acerca da função Constituinte, e que guardaria interesses gerais que transcendem a individualidade.

O Abade francês complementa, ainda, que apenas uma lei comum a todos, no caso a Constituição, e uma representação comum seriam capazes de constituírem e organizarem uma nação (SIEYÈS, 1986, p. 72). Nesse sentido, também:

É impossível criar um corpo [que pode ser entendido como a nação/sociedade] para um determinado fim sem dar-lhe uma organização, formas e leis próprias para que preencha as funções às quais quisemos destiná-los. Isso é que chamamos de *constituição* desse corpo. É evidente que não pode existir sem ela (SIEYÈS, 1986, p. 116).

O autor, dentre suas diversas proposições sobre os temas citados, declara ser imprescindível a liberdade de toda a nação e fundamenta a titularidade do Poder para a realização de uma Constituição, o Poder Constituinte Originário, como sendo inerente à nação:

Em toda nação livre – e toda nação deve ser livre – só há uma forma de acabar com as diferenças que produzem com respeito à Constituição. Não é aos notáveis que se deve recorrer, é a própria nação. Se precisarmos de Constituição, devemos fazê-la. Só a nação tem direito de fazê-la. (SIEYÈS, 1986, p. 113).

Seria esta, então, a figura de argumentação utilizada por Sieyès para distinguir o Poder Constituinte (*pouvoir constituant*), que remete à nação, e o Poder Constituído (*pouvoir constitué*) que remetia a monarquia, ao rei e, conseqüentemente, ao antigo regime (*Ancien Régime*), possibilitando o papel transformador revolucionário, conforme expõe Friedrich Müller (2013, p.50).

No contexto histórico da revolução francesa, é relevante entender que no ano de 1789, quando estoura de fato o movimento, o Terceiro Estado (constituído pela representação no parlamento por aqueles que não pertenciam nem ao clero, nem a nobreza, Primeiro e Segundo Estado, respectivamente) proclama-se a Assembleia Nacional Constituinte, conferindo vida às ideias formuladas na doutrina do próprio Abade de Sieyès e de outros.

No entanto, segundo Jorge Miranda (1996, p. 60-61), ocorreria certa incongruência prática acerca da soberania da Nação, posto que existiam limitações quanto ao sufrágio, censitário na época que conferia direitos políticos para poucos titulares (homens, aristocratas e burgueses). Ainda incidia em um processo censitário de sufrágio. Tal situação aos poucos e nas experiências subsequentes foram superadas por meio da inclusão de proletários e assim por diante.

Em que pese o destaque dos autores setecentistas europeus, especialmente os franceses, faz-se necessário ressaltar, também, a influência de pensadores e políticos estadunidenses como James Madison.

James Madison, o quarto presidente dos Estados Unidos da América e, posteriormente, conhecido como “O pai da Constituição”, destacou-se tanto no esboçar da Carta da Virgínia de 1776 quanto nos debates da Convenção Constitucional, sediada na Philadelphia, trabalhos estes que resultariam na já mencionada Constituição norte-americana de 1788 (FREIDEL; SIDEY, 2006 apud UNITED STATES, 2018a, não paginado).

Ademais, Madison teve relevante papel ao lado de Alexander Hamilton e John Jay nos ensaios conhecidos como *The Federalist*, publicados entre os meses de outubro de 1787 e maio 1788, que objetivavam angariar apoio, bem como a ratificação da Constituição norte-americana por parte do estado de Nova York. Nos dias de hoje auxiliam na interpretação acerca das intenções da nascitura constituição. Tais ensaios foram publicados em diversos jornais, inclusive de outros estados daquele país, sob o pseudônimo de *Publius*, fato que não impediu a correta atribuição daqueles que haviam escrito cada um dos textos, quando da compilação e publicação dos mesmos (UNITED STATES, 2018b, não paginado).

Madison, assim como seus pares, apresentava grande conhecimento tanto acerca do pensamento político clássico quanto do moderno, em que a utilização auxiliou em um distanciamento (e até mesmo uma contraposição) do pensamento de Rousseau, de modo que não houvesse equívocos entre a república, que era objetivada nos Estados Unidos da América, e a democracia da antiguidade. Para a primeira estaria compreendida a existência de um governo representativo e na segunda era pressuposta a participação direta. Haveria, portanto, um vínculo entre uma república (Estado representativo) e o tamanho físico do território (densidade populacional, etc.), provavelmente sendo o único modo de contrapor qualquer forma autocrática, concebendo uma forma democrática que passara por uma adequação para sua realização efetiva, conforme afirma Norberto Bobbio (1987, p. 150-151).

Nesse ponto reside a principal virada da concepção de democracia entre os antigos e os modernos, transformar em representação o que antes era realizado diretamente pelos

próprios cidadãos de determinada comunidade. Na antiguidade a participação direta do povo enquanto seu próprio governante gerava uma concepção negativa acerca da democracia, enquanto nos dias atuais, quando se fala em democracia, automaticamente confere-se uma conotação positiva que é, inclusive, almejada pelos mais diversos governos e regimes, mesmo que não sejam democráticos (BOBBIO, 2000, p. 375).

Duarte Neto (2012, p. 62) explica que o Constitucionalismo que estava surgindo nos Estados Unidos da América apresenta grande inovação através da separação dos poderes (de freios e contrapesos) e, também, por ser uma federação, cuja democracia representativa culmina no modo de governo de uma república presidencialista. O autor ainda discorre que talvez a grande contribuição deste Constitucionalismo tenha sido o reforço da supremacia da Constituição, especialmente através do controle de constitucionalidade. Não obstante, ainda haveria um ponto fundamental sobre a fonte do poder que daria ensejo a toda organização estatal mencionada, tendo sido fundamental a participação de Madison:

Segundo Madison, o povo é a única fonte legítima de poder, tendo legitimidade para aumentar, diminuir ou remodelar a organização constitucional. Dele provém a Constituição, sob a qual existem legitimamente diversos braços do governo (DUARTE NETO, 2012, p. 63).

Para melhor elucidar a influência concreta da teoria de que a titularidade do Poder Constituinte pertence ao povo, bem como ela desenvolve-se concomitantemente seja na Europa, seja na América, tem-se a Constituição dos Estados Unidos da América, escrita em 1787 e ratificada em 1788, que no preâmbulo do texto original prevê, “Nós, o Povo dos Estados Unidos, a fim de formar uma União mais perfeita, estabelecer a Justiça [...]”¹, e reforça, ainda, a supremacia do povo através dos seus representantes eleitos no art. 1º, “A Câmara dos Representantes será composta de membros escolhidos a cada dois anos pelo Povo dos diversos Estados [...]”² (UNITED STATES, 1787, não paginado, tradução nossa).

O mesmo ocorreu com a primeira Constituição Francesa, de 1791, promulgada pela Assembleia Nacional Constituinte (proclamada três anos antes), na qual restava prevista a questão da soberania e titularidade do Poder Constituinte, conforme o Título III – Dos poderes públicos, no art. 1º, “A Soberania é una, indivisível, inalienável e imprescritível. Ela

¹ No original: “We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defense, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America.”

² No original: “The House of Representatives shall be composed of Members chosen every second Year by the People of the several States, and the Electors in each State shall have the Qualifications requisite for Electors of the most numerous Branch of the State Legislature.”

pertence à Nação e nenhuma parte do povo nem indivíduo algum pode atribuir-se o exercício.”³ e art. 2º, “A Nação é a única da qual emanam todos os poderes, mas não pode exercê-los senão por delegação. A Constituição francesa é representativa: os representantes são os Corpos legislativos e o Rei”⁴ (FRANCE, 1791, não paginado, tradução nossa).

Tais modelos Constitucionais iniciados na segunda metade do século XVIII ainda hoje auxiliam no embasamento das Constituições dos Estados Democráticos de Direito. É possível notar, a exemplo disto, que na própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu preâmbulo prevê a representação e legitimidade do povo brasileiro para promulgação da Constituição, bem como o parágrafo único do art. 1º que textualmente reforça a titularidade do poder, e conseqüentemente do Poder Constituinte, “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” (BRASIL, 1988, não paginado).

Ainda com relação a titularidade do Poder Constituinte, levando em consideração que ao longo da história se deu o surgimento de outras experiências constitucionais, bem como a ampliação do sufrágio para alcançar a universalidade e culminando nos dias atuais, houve uma substituição da ideia inicial de nação (formulada por Sieyès) pela ideia de povo, cuja significância fora alargada, adquirindo pluralidade de interpretações políticas, sociais e culturais, conforme apresenta José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 75):

Assim caracterizado – o povo como “grandeza pluralística” -, o conceito actual de povo está muito longe de povo no sentido de *bloco* de “cidadãos activos” quer no sentido jacobino quer no sentido liberal-conservador. Com efeito, povo não é apenas a facção revolucionária capaz de levar a revolução até ao fim como pensavam os jacobinos. Tão pouco é o conjunto de “cidadãos proprietários” como pretendiam os liberais defensores do sufrágio censitário. Povo não é também a “classe do proletariado”, ou seja, a classe autoproclamada em maioria revolucionária dotada da missão histórica de transformação numa sociedade de classes. O povo concebe-se como *povo em sentido político*, isto é, grupos de pessoas que agem segundo ideias, interesses e representações de natureza política. Afasta-se, assim, um conceito naturalista, étnico ou rácico de povo caracterizado por origem, língua e/ou cultura comum.

Nota-se, no entanto, que tanto a noção de povo quanto sua legitimidade tomou lugar comum no debate e nos discursos jurídicos e políticos, especialmente da segunda metade do século XX e neste início do século XXI, debate que por vezes negligencia uma real busca da

³ No original: Article 1. - La Souveraineté est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible. Elle appartient à la Nation ; aucune section du peuple, ni aucun individu, ne peut s'en attribuer l'exercice.”

⁴ No original: La Nation, de qui seule émanent tous les Pouvoirs, ne peut les exercer que par délégation. - La Constitution française est représentative : les représentants sont le Corps législatif et le roi.”

fundamentação que chegou a tal conclusão, esquecendo-se de questionar propriamente o que viria a ser o povo e as razões de sua legitimidade.

Explica Müller (2013, p. 51) que a concepção pretendida com a noção de “poder constituinte do povo” se cumpre através da materialização em texto, por meio dos processos democráticos, bem como pela manutenção de um cerne constitucional para utilização futura. O mesmo ainda assevera que, “[...] o povo atua como *sujeito de dominação* nesse sentido por meio de uma assembleia constituinte e/ou da votação sobre o texto de uma nova constituição; [...]”.

No mesmo sentido, tem-se que a compreensão do conceito de povo decorre das próprias constituições formais e possibilita melhores esclarecimentos acerca das modificações do Estado e da sociedade desde o liberalismo da burguesia até concepções mais complexas sem, necessariamente, incidir em quebras revolucionárias, do que apenas analisando as declarações de direitos realizadas (MIRANDA, 1996, p. 59 e 60).

Ocorre que o povo ao ser definido por uma norma jurídica acabaria por confundi-lo apenas com aqueles que tenham a titularidade do direito de sufrágio, mas caberiam outros elementos que diferenciam o povo político do povo maioritário, simplesmente, posto que não o esgota. A decisão tomada por uma maioria não pode diminuir ou esquecer das minorias contrárias a determinada votação, conforme pontua J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 76).

Atribuí-se aqui enfoque para o viés jurídico de povo, de modo algum com o intuito de menosprezar ou sobrepujar conceitos de outras searas do conhecimento como, por exemplo, a Ciência Política, Sociologia ou, ainda, a Filosofia, mas delimitando e, talvez, reduzindo possíveis divagações que comprometeriam o cerne da discussão deste trabalho.

Percebe-se que há uma interdependência acerca da concepção de que o poder pertence ao povo e, assim, essa relação auxilia na própria legitimação e fundamentação para fazer uso de tal poder, seja no nível Constituinte Originário ou posteriormente. Nos dizeres de Jürgen Habermas (2003, p. 122) “Certamente a fonte de toda a legitimidade [do direito positivo] está no processo democrático da legiferação; e esta apela, por seu turno, para o princípio da soberania do povo”.

Para a fundamentação acerca da titularidade e legitimidade usualmente recorre-se de modo claro ao pensamento dos autores modernos já citados, como Rousseau, Sieyès, e Madison, cuja universalidade e imprescindibilidade acerca da democracia (direta para uns e representativa para outros) já eram flagrantes.

Segundo José Afonso da Silva (2000, p. 46-47), a essência da democracia é o povo e não tem como alterar essa realidade, mas já com relação a maneira que o povo realiza sua

participação no poder é o que qualifica as democracias como sendo diretas, indiretas ou representativas.

Tem-se, também, que por democracia e sociedade democrática, independente da forma (direta ou indireta) que utilizem, é necessário levar em consideração os seguintes fundamentos:

[...] o pacto de não agressão de cada um com todos os outros e o dever de obediência às decisões coletivas tomadas com base nas regras do jogo de comum acordo preestabelecidas, sendo a principal aquela que permite solucionar os conflitos que surgem em cada situação sem recorrer à violência recíproca. [...]. Com o pacto de não-agressão recíproca, os indivíduos saem do estado de natureza; com o pacto de obediência às regras estabelecidas em comum acordo constituem uma sociedade civil. Mas somente instituindo um poder comum dão vida a um Estado (que não é necessariamente democrático) (BOBBIO, 2000 p. 384-385).

No decorrer da presente dissertação, será ampliado e aprofundado o debate e a compreensão acerca da legitimidade democrática e a participação do povo, especialmente ao analisar as relações entre o Estado, o Poder Judiciário e o Controle de Constitucionalidade.

2.2 O Poder Constituinte Originário

Além dos apontamentos realizados sobre a titularidade do Poder Constituinte, que divide-se em dois momentos, o Abade de Sieyès enunciou, ainda, outras características básicas acerca do referido poder, que, por sua vez, desdobraram-se em questões mais complexas nos séculos posteriores aos setecentos.

2.2.1 Características do Poder Constituinte Originário

A nova Constituição a ser realizada pelo Poder Constituinte Originário, segundo Sieyès, possui o caráter inicial da ordem jurídica que se pretende construir, *in verbis*:

Em cada parte, a Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte. Nenhuma espécie de poder delegado pode mudar nada nas condições de sua delegação. É neste sentido que as leis constitucionais são *fundamentais*. As primeiras, as que estabelecem a legislatura, são *fundadas* pela vontade nacional antes de qualquer constituição; formam seu primeiro grau (SIEYÈS, 1986, p. 117).

Portanto, observando a característica de inicialidade do Poder Constituinte Originário, é possível compreender que o mesmo figura como pontapé primário da ordem jurídica que está por vir, fundando-a e não estando fundado nela.

Tal aspecto evidencia-se, sobretudo, em momentos de transformações de um Estado, ou até mesmo na criação de novos Estados:

Como o poder constituinte originário traça um novo sentido e um novo destino para a ação do poder político, ele será mais nitidamente percebido em momentos de viragem histórica, exemplificados nas ocasiões em que se forma *ex novo* um Estado, ou a estrutura deste sofre transformação, ou, ainda, quando da mudança de regime político. (MENDES; BRANCO, 2012, p. 120).

A manifestação do Poder Constituinte pode se dar através de uma revolução, enquanto fenômeno social e jurídico, ou, ainda, sem a necessidade de tal meio, valendo-se apenas de um revisionismo para que uma nova constituição seja colocada no lugar de outra até então vigente, conforme explica Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, p. 33-36).

Hans Kelsen (1998, p. 146), em sua análise estritamente jurídica, compreende que apenas pode ser considerada revolução as modificações de uma Constituição, incluindo sua total substituição por uma nova Constituição, com ou sem o uso de força física, que compreende tanto um golpe de Estado quanto a mobilização de próprios membros do governo, podendo ser indiferente ao apelo social ou demais movimentos, através de meios que não estivessem previstas na lei fundamental anterior.

Há, entretanto, autores que ampliam a compreensão do termo, defendendo ser imprescindível o emprego da força para a realização de uma revolução e que tais processos devem provocar, também, mudanças sociais e econômicas, distinguindo assim uma revolução de Golpe de Estado, posto que este seria uma substituição de quem governa, sem mudar demais mecanismos:

A revolução é a tentativa, acompanhada do uso da violência, de derrubar as autoridades políticas existentes e de as substituir, a fim de efetuar profundas mudanças nas relações políticas, no ordenamento jurídico-constitucional e na esfera sócio-econômica. [...] A Revolução se distingue do *golpe de Estado*, porque este se configura apenas como uma tentativa de substituição das autoridades políticas existentes dentro do quadro institucional, sem nada ou quase nada mudar dos mecanismos políticos e sócio-econômicos (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 1121-1124).

Acerca da manifestação de um Poder Constituinte Originário que não seja fruto de revolução, mas sim de uma reforma constitucional, pode-se tomar como exemplo a Constituição brasileira de 1988. Por meio da Emenda n. 26 de 1985, estabeleceu-se na Constituição Brasileira vigente de 1967, a composição de uma Assembleia Constituinte, que incluía os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, para que através de reunião unicameral, dois turnos de votação e discussão, bem como a aprovação por maioria absoluta dos referidos membros, fosse aprovado o texto da nova Constituição (de 1988) (FERREIRA FILHO, 1999, p. 37).

Correlata a noção inicial do Poder Constituinte, tem-se que o mesmo também é ilimitado, pois segundo o Abade de Sieyès (1986, p. 117): “A nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a própria lei. Antes dela e acima dela só existe o direito *natural*.”.

Importante perceber neste ponto que o autor francês deixa claro sua compreensão jusnaturalista, em razão do próprio pensamento do período em que o mesmo escreveu tais considerações. A primeira edição da obra *Qu’ est-ce que le Tiers État?* fora publicada no mesmo ano da Declaração dos direitos do homem e do cidadão em 1789, fato que acabaria por reforçar o espírito universalista dos direitos do homem, ainda que depreendidos através da razão, até mesmo reforçando o movimento iluminista, brevemente explicado no início do presente capítulo.

Mas por qual razão diz-se, então, que o Poder Constituinte seria ilimitado? Necessário contextualizar que a ausência de limites refere-se unicamente a questão jurídica e que o Poder Constituinte da nação não está vinculado ao direito positivado que vigorava anteriormente, indo, inclusive, ao encontro das posteriores doutrinas jus positivistas de que o direito antes do Poder Constituinte seria desconsiderado, não havendo a o que se invocar juridicamente para limitá-lo (FERREIRA FILHO, 1999, p. 13-14, 75).

Não obstante os comparativos entre o caráter ilimitado seja pela doutrina jusnaturalista ou pela doutrina jus positivista, suscita-se, também, a discussão sobre os limites de fato do Poder Constituinte Originário, pois em que pese não haver limitação material do direito positivado até então, seria inócua uma nova Constituição que não estivesse em consonância com os anseios da nação povo. Nesse sentido:

Isto demonstra a existência de limites de fato ao Poder Constituinte. Os limites de fato estão em que, quem estabelece uma Constituição, não pode chocar-se frontalmente com as concepções mais arraigadas – a cosmovisão – da comunidade, porque, do contrário, não obterá a adesão dessa comunidade

para as novas instituições, que permanecerão letra morta, serão ineficazes (FERREIRA FILHO, 1999, p. 76).

Outra característica do Poder Constituinte Originário é o seu incondicionamento. Tal caráter se refere ao fato de que a nova Constituição não precisa conformar-se a nenhuma estrutura que tenha existido anteriormente para a manifestação de seus intentos e vontades, e como pontua Sieyès (1986, p. 119), “O exercício de sua vontade é livre e independe de todas as formas civis.”.

Para o Abade de Sieyès existe um risco sobre a tentativa de condicionar o Poder Constituinte, e tal alerta dialoga de certa forma com situações que alguns Estados viriam a passar apenas no século XX, especialmente no tocante as experiências de governos autoritários e ditatoriais, *in verbis*:

Mesmo que pudesse, uma nação não deveria colocar obstáculos à sua formalização positiva. Seria se expor e perder sua liberdade, sem retorno, pois bastaria um momento de sucesso à tirania para entregar os povos, sob pretexto de organização, a situações que não lhe seria mais possível exprimir livremente sua vontade e, conseqüentemente, sacudir as cadeias do despotismo (SIEYÈS, 1986, p. 119-120).

De toda maneira o autor conserva uma visão otimista de que todos e quaisquer modos (formas) que a nação escolha para exercer sua vontade soberana, estes são bons desde que a nação o queira, posto que “sua vontade é sempre a lei suprema” (SIEYÈS, 1986, p. 120).

A última experiência brasileira que fez uso do Poder Constituinte Originário e culminou na promulgação da Constituição federal de 1988 demonstra a consciência do povo sobre o fato de elegerem representantes que não apenas desempenhariam as funções de deputados federais e senadores, mas comporiam a Assembleia Nacional Constituinte em 1987, que, como mencionado há pouco, foi fruto da Emenda Constitucional n. 26 de 1985, vislumbrando uma nova ordem constitucional, bem como político para o Brasil. Tal Emenda previa que tal Assembleia seria livre e soberana, reforçando as características básicas do Poder Constituinte Originário, a inicialidade, a ilimitação e a incondicionalidade, conforme conclui Paulo Gustavo Gonet Branco (2012, p. 121).

Não obstante a importância da desvinculação que se faz necessária ao Poder Constituinte Originário para desempenhar livremente sua função existe hoje a compreensão de que tal liberdade não seria absoluta.

Segundo Canotilho (2003, p. 81), a “vontade de constituição” inerente ao povo está sujeita a padrões de conduta que seriam intrínsecos a própria comunidade, como, por

exemplo, questões sociais, éticas, culturais, etc., compondo desta maneira o que pode ser chamado de consciência jurídica da comunidade, havendo, portanto, uma fixação de limites ao Poder Constituinte Originário que transcendem a positividade jurídica, correspondendo a princípios de justiça.

Analisando a organização política dos Estados sob uma perspectiva global, os sistemas jurídicos internos de um Estado devem, também, levar em consideração o fato de estarem inseridos dentro de uma comunidade internacional, que compartilha desde princípios de direito, até mesmo experiências e técnicas que podem evitar a utilização demasiada da força, reduzindo a instabilidade das ruas e do povo quando do momento de um processo constituinte, valorizando soluções que beneficiem toda coletividade, como valores básicos de igualdade e participação democrática, conforme expressa Canotilho (2003, p. 81-82):

Acresce que um sistema jurídico interno (nacional, estadual), não pode, hoje, estar *out* da comunidade internacional. Encontra-se vinculado a princípios de direito internacional (princípio da independência, princípio da autodeterminação, princípio da observância de direitos humanos).

O debate sobre os limites de direito (*de iure*) que se encerram para além da análise dos ordenamentos jurídicos internos compreende, ainda, um posicionamento contrário ao da superioridade em abstrato do Direito Internacional.

Segundo Ferreira Filho (1999, p. 77), “A realidade dos fatos, porém, desmente a superioridade do Direito Internacional.” e, deste modo, o Direito internacional não teria nada mais que a pretensão de se firmar com relação às regras internacionais que tutelam os direitos do homem, especialmente aquelas previstas na Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada em 1948, que objetivam beneficiar os cidadãos de cada Estado.

Percebe-se, portanto, que o debate acerca das molduras existentes, ou não, para com o Poder Constituinte permanece em voga, sendo acrescido constantemente através das teorias abstratas e generalistas da razão, bem como das experiências vividas por cada Estado e suas particularidades.

Dessa análise depreende-se, também, outro caráter relevante sobre o Poder Constituinte, a sua permanência.

Como visto, ainda na França revolucionária dos setecentos, o Abade de Sieyès (1986, p. 118-119) sustenta as características assinaladas anteriormente sobre o fato do Poder Constituinte não estar adstrito às normas constitucionais que precedentes ou que ele tenha formulado. O mesmo questiona, também, se haveria a possibilidade da nação evitar

comprometer-se de maneira pré-determinada em momento futuro, ou posterior a sua atuação constituinte, e responde de modo assertivo dizendo que:

Primeiramente, uma nação não pode nem alienar, nem se proibir o direito de mudar; e qualquer que seja a sua vontade, ela não pode cercear o direito de mudança assim que o interesse geral o exigir. Em segundo lugar: com quem se teria comprometido esta nação? Eu entendo que ela pode *obrigar* seus membros, seus mandatários, e tudo o que lhe pertence; mas será que ela pode impor deveres a si mesma? O que é um contrato consigo mesma? Sendo as duas partes a mesma vontade, ela pode sempre desobrigar-se de tal compromisso.

Em vista disso, pode-se entender que o Poder Constituinte, mesmo que já tenha desempenhado sua função, não deixa de existir, permanecendo a disposição sempre que seja necessário realizar qualquer mudança integral, ou parcial da Constituição. Nos dizeres de Ferreira Filho (1999, p. 13) tem-se que “[...] a nação pode mudar a Constituição sempre que bem lhe parecer. O estabelecimento de uma Constituição não esgota o Poder Constituinte da nação. Ela pode sempre refazer a Constituição, estabelecer uma nova [...]”.

A permanência do Poder Constituinte fundamenta-se na ideia de que ele mesmo é uma expressão da liberdade humana, não se esgotando com apenas uma Constituição, bem como esta faceta não reside nesta Constituição. O poder de modificação da Constituição é o que hoje usualmente chama-se por Poder Constituinte Derivado, ou de revisão, e está contido nela, diferentemente do Poder Constituinte Originário (FERREIRA FILHO, 1999, p. 58).

Essa noção foi consagrada e materializada pela primeira vez na Constituição Francesa de 1793, que edita a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e, em seu art. 28 prevê que “Um povo tem, sempre, o direito de rever, reformar e mudar a sua Constituição. Uma geração não pode sujeitar as gerações futuras às suas leis.”⁵ (FRANCE, 1793, não paginado, tradução nossa).

Apresenta-se, portanto, uma proximidade e inter-relação entre as características do Poder Constituinte e suas fundamentações, bem como a utilização destas até os dias atuais, solidificando a doutrina do Poder Constituinte.

2.2.2 Formas de declaração do Poder Constituinte Originário

⁵ No original: “Article 28. - Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures”.

Com a compreensão da formação do Poder Constituinte Originário e suas características, o mesmo demanda passar por um procedimento para materializar-se e, conseqüentemente, dar vida à Constituição pretendida por tal movimento.

Seguindo as características apresentadas, não existe, necessariamente, nenhum padrão ou forma estabelecida que o procedimento constituinte deva seguir, no entanto, as experiências constituintes que objetivaram a formação de um Estado Democrático de Direito, especialmente após a 2ª Guerra Mundial, usualmente tomaram por base os direitos fundamentais consagrados no plano internacional com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948⁶, ratificada por dezenas de países.

J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 77-82) reforça haver dois momentos acerca da fenomenologia do procedimento constituinte, um composto pelas decisões pré-constituintes, vinculadas a momentos constitucionais extraordinários com, revoluções, transições constitucionais, etc., em que decidem acerca da necessidade de elaboração de uma nova constituição e, a criação de leis transitórias que tracem a primeira forma desse “novo estado de coisas”. Esses primeiros esboços tendem a estabelecer procedimentos e regras mínimas sobre como será organizada a atuação do Poder Constituinte. E, adentrando no segundo momento, tem-se o que pode ser considerado como primeiro ato, ainda na fase pré-constituinte, mas que seria a decisão sobre qual meio que o povo adotará para a criação da nova lei fundamental.

Dentre os procedimentos constituintes representativos estariam a Assembleia Constituinte soberana, cuja forma representativa pura para a elaboração e aprovação da constituição ocorre sem a participação direta do povo, via referendo ou plebiscito; a Assembleia Constituinte não soberana, que discute e elabora o projeto da lei fundamental sem, no entanto, ter a competência para aprová-lo, cabendo ao povo através de referendo consentir com o mesmo. Tal ideia dialoga com a concepção de soberania popular pura, em que se confunde com as competências do povo, recaindo-lhe a função de ser seu próprio representante, mas nos dias atuais seria inviável que todo o povo discutisse diretamente sobre o projeto, reduzindo a influência para a palavra final de ratificação ou veto; e a Assembleia

⁶ No ano de 2018 a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) completou setenta anos de existência e, site da Organização das Nações Unidas (2018, não paginado) descreve-a como “[...] um documento marco na história dos direitos humanos. Elaborada por representantes de diferentes origens jurídicas e culturais de todas as regiões do mundo, a Declaração foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de dezembro de 1948, por meio da Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral como uma norma comum a ser alcançada por todos os povos e nações. Ela estabelece, pela primeira vez, a proteção universal dos direitos humanos. Desde sua adoção, em 1948, a DUDH foi traduzida em mais de 500 idiomas – o documento mais traduzido do mundo – e inspirou as constituições de muitos Estados e democracias recentes. [...]”.

Constituinte e Convenções do Povo, que também ocorre via eleição dos representantes, mas a ratificação ocorre via convenções, sendo exemplo deste modo a experiência dos Estados Unidos da América para a Constituição de 1787 (CANOTILHO, 2003, p. 78-80).

Tem-se, por fim, contrapondo-se ao modelo representativo, o caso não representativo do Procedimento Constituinte direto, conforme apresenta Gomes Canotilho (2003, p. 80):

Designa-se procedimento constituinte directo a aprovação pelo povo de um projeto de constituição sem mediação de quaisquer representantes. [...]. Fala-se aqui do referendo constituinte no sentido de aprovação de uma constituição mediante livre decisão popular exercida através de um procedimento referendário justo. Esta última precisão – procedimento referendário justo – serve para distinguir o referendo constituinte do chamado *plebiscito constituinte*.

Não obstante as formas elencadas pelo autor português, os doutrinadores pátrios usualmente apresentam-se neste debate com considerações assemelhadas, colocando dentre as formas de declaração do Poder Constituinte Originário, basicamente, a outorga e a promulgação.

Ferreira Filho (1999, p. 63) define outorga como o “estabelecimento da Constituição pela declaração unilateral do agente do Poder Constituinte”, sendo relacionada a concepções autoritárias do poder, posto que para experiências revolucionárias que não objetivam a participação democrática do povo, seria a única maneira de dar vida uma nova lei fundamental.

Doutro lado tem-se a promulgação, que é meio clássico de materialização e positivação das constituições democráticas, podendo ser através de processos diretos ou indiretos (representativos), conforme visto anteriormente (MENDES; BRANCO, 2012, p. 122-123).

Antes de dar prosseguimento ao estudo, insta mencionar que, apesar ocorrer uma permuta corriqueira entre os termos plebiscito e referendo para designar processos de votação das constituições ou, ainda, de outras formas legislativas, o sistema jurídico brasileiro realiza a distinção de ambos os instrumentos, que estão previstos no art. 14, incisos I e II da Constituição Brasileira de 1988, bem como na Lei n. 9.709 de 18 de novembro de 1998.

Conforme explica Gilmar Ferreira Mendes (2012, p. 777), a diferenciação entre os instrumentos ocorrem no momento da realização, tendo o plebiscito caráter consultivo e o referendo caráter decisório:

Enquanto o *plebiscito* configura consulta realizada aos cidadãos sobre matéria a ser posteriormente discutida no âmbito do Congresso Nacional, o referendo é uma consulta posterior sobre determinado ato ou decisão governamental [...].

Percebe-se, então, que mesmo após a declaração da nova lei fundamental, o plebiscito e o referendo são, ainda, importantes instrumentos para a democracia brasileira, em que pese o alcance delimitado pela lei acima mencionada.

2.3 Supremacia da Constituição

Os elementos apresentados permitem compreender que a Constituição passou por diversas transformações e concepções e sua importância foi alicerçando-se conforme sua utilização e as necessidades apresentadas em cada Estado.

Nesse aspecto, Hans Kelsen (2003, p. 130) entende que houve a permanência de um núcleo dentro do entendimento de Constituição, no caso um princípio que estabelece a ordem estatal, estando presente a essência da comunidade, sendo a lei fundamental até mesmo o próprio fundamento.

A importância da Constituição se dá, também, com relação a sua inovação para a organização da sociedade, conforme apresenta Jorge Miranda (1996, p. 30):

Seja como for, a Constituição traduz algo de diverso e original. Traz consigo uma limitação nova e envolve todo um modo de ser concebido o poder. Na Constituição se plasma um determinado sistema de valores da vida pública dos quais é depois indissociável. Um conjunto de princípios filosófico-jurídico e filosófico-políticos vêm-na justificar e vêm-na criar.

Mas o autor também explica que o principal para a Ciência do Direito Constitucional não seriam unicamente as definições que o conceito de Constituição pode ter no decorrer dos séculos, mas sim que a mesma tenha sido produtiva, criando normas jurídicas e impulsionando mudanças (MIRANDA, 1996, p. 30-31).

Desta maneira a doutrina é pacífica em compreender que, a partir da modernidade, reforçado pelo constitucionalismo do século XIX e, posteriormente, retomado no pós 02ª Grande Guerra, a Constituição ocupa o posto mais alto da hierarquia normativa de um Estado, emanando todos os demais regramentos, apresentando-se “[...] como fundamento de existência e validade de todas as demais normas jurídicas [...]” (TAVARES; ROTHENBURG, 2001, p. 72). Acerca de tal hierarquia e a superioridade, entende-se,

também, que existem duas formas de superioridade da Constituição, uma formal e outra material.

Tem-se que, desde a antiguidade, existem expressões acerca da superioridade hierárquica da mesma, sendo o conteúdo intensificado através da formalização e sistematização do texto escrito e dos procedimentos complexos para sua reforma, diferenciando-se assim da legislação comum (infraconstitucional) segundo Duarte Neto (2012, p. 130-131).

Jorge Miranda (1996, p. 31-32) afirma, ainda, que o sentido formal da lei fundamental se dá por conter determinada ideologia que se materializa por meio do documento solene chamado de Constituição, texto jurídico que elenca os elementos da ordem política e constitucional.

Acerca do conteúdo material das Constituições, o doutrinador austríaco Hans Kelsen destoa da compreensão atual, pois mesmo reconhecendo que nos textos modernos figuram, por exemplo, catálogos de direitos fundamentais e, caso houvesse qualquer afronta a estes direitos, esta seria na realidade uma afronta formal, *in verbis*:

Por isso costuma-se distinguir a inconstitucionalidade formal da inconstitucionalidade material das leis. Essa distinção só é admissível com a reserva de que a inconstitucionalidade dita material, é em última análise, uma inconstitucionalidade forma, no sentido de que uma lei cujo conteúdo está em contradição com as prescrições da Constituição deixaria de ser inconstitucional se fosse aprovada como lei constitucional. Trata-se sempre, portanto, de saber se o que deve ser observado é a forma legal ou a forma constitucional (KELSEN, 2003, p. 132).

A compreensão de Hans Kelsen acabou por não vigorar, principalmente ante o desenvolvimento histórico do Direito, posto que na maioria das Constituições ocidentais estão presentes as normas que regulam diretamente a vida das pessoas. Essas não dizem respeito unicamente ao processo de formação e criação das normas infraconstitucionais (TAVARES, ROTHENBURG, 2001, p. 73-74).

Ademais, a supremacia em sentido material demonstra que a Constituição enquanto lei fundamental de um Estado expressa a sua integridade e seu conteúdo. Assim, uma ofensa a tais regras, que figuram como a exteriorização da vontade do Poder Constituinte Originário, figurariam como uma ofensa a própria integridade do Estado, afetando-o de sobremaneira (DUARTE NETO, 2012, p. 129).

Resumindo, pode-se entender que “Enquanto a supremacia material confere somente um respeito político, a supremacia formal firma um compromisso dos legisladores a uma

obediência jurídica” nos dizeres de Duarte Neto (2012, p. 132), fato que por sua vez demonstra a proximidade e correlação entre ambos os aspectos da supremacia constitucional, aumentando sua validade.

No entanto, não seriam estes aspectos suficientes para garantir a supremacia da Constituição, levando em consideração a própria natureza humana ao passo que pode o legislador afastar-se dos interesses da coletividade, passando a privilegiar apenas interesses particulares. Essa delicada questão demonstra que:

[...] a supremacia da Constituição não é tão absoluta como pretendeu o pensamento jurídico tradicional de cunho formalista, kelseniano. A Constituição é tão débil quanto qualquer outra norma no que se refere à possibilidade de autoproteção. É por isso que se criam órgãos (v.g., um Tribunal Constitucional) e mecanismos (*arguição de descumprimento*, dentre outros) específicos para implementar a garantia da superioridade e rigidez das normas constitucionais (TAVARES; RHOTENBURG, 2001, p. 76).

Ressalvadas as funções e competências estabelecidas no próprio texto constitucional, deve a supremacia Constitucional ser observada e guardada por todas as autoridades estatais, respeitando-a e a fazendo prevalecer, posto que não é razoável anuir que os órgãos criados pela própria norma superior não a aplique e respeite seus mandamentos (DIMOULIS; LUNARDI, 2014, p. 24), bem como tal incumbência também recai ao povo, resguardadas as proporções e forças políticas, não sendo cabível a ele qualquer eventual sanção por ausência de atuação.

2.4 Poder Constituinte Derivado

Finalizado o processo de criação de uma Constituição através da atuação do Poder Constituinte Originário, tem-se, portanto, a vigência da nova lei fundamental cujas previsões passam a ser as “regras do jogo” político, jurídico, social e econômico de determinado Estado.

A partir desse momento, toda e qualquer alteração da Constituição que se verifique ser necessária, sem que com isso haja uma ruptura para com a ordem jurídica estabelecida pela nova lei fundamental, deverá ser realizada, então, observando as previsões e limitações nela contida.

Para essa possibilidade de alterar partes da Constituição, é habitualmente dado o nome de Poder Constituinte Derivado, Poder Constituinte Reformador, Poder Constituinte Instituído, dentre outros, sempre remetendo ao fato de já existir uma Constituição já existente

que servirá de base para a atuação deste poder. Mesmo diante desta pluralidade de nomenclaturas, evidencia-se que a em decorrência da possibilidade de alterar a Constituição, este poder recebe tratamento diferenciado, ainda que usualmente recaia como uma atribuição a ser realizada pelo Poder Legislativo, mesmo diferindo da competência legiferante tradicional (DUARTE NETO, 2012, p. 140-141).

2.4.1 Características do Poder Constituinte Derivado

Com relação ao Poder Constituinte Derivado é pertinente diferenciar a existência duas competências, uma primeira que permite a realização de reformas, o Poder Constituinte Reformador, bem como a capacidade revisora, o Poder Constituinte Revisor. Ambos estão regidos pela lei fundamental que tenha sido criada pelo Poder Constituinte Originário, no entanto, manifestam-se de maneiras diferentes.

Objetivando uma melhor compreensão pode-se tomar, por exemplo, a experiência brasileira que previu as duas derivações. A capacidade reformadora ficou a cargo da possibilidade de alteração da Constituição por meio das Emendas Constitucionais estipuladas no art. 60 da Constituição de 1988, cujos limites e demais características serão objetos de análise no próximo item.

Já a revisão da Constituição, que é também estabelecida e limitada pelo Poder Constituinte Originário, só poderia reformular a integralidade da mesma caso houvesse descrição para tanto (FERREIRA FILHO, 2013, p. 59), o que está positivada no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), referentes à Constituição de 1988, com previsão da forma e data, tendo sido necessária manifestação do Supremo Tribunal Federal quanto os limites desta revisão, no qual entendeu-se que, “As mudanças na Constituição, decorrentes da "revisão" do art. 3º do ADCT, estão sujeitas ao controle judicial, diante das "cláusulas pétreas" consignadas no art. 60, § 4º e seus incisos, da Lei Magna de 1988.”⁷.

Em colocação diversa, José Afonso da Silva (2000, p. 242-243) explica que o termo reforma seria um termo genérico, recaindo a distinção sobre os termos emenda e revisão, sendo a primeira referente à possibilidade de incluir dispositivos, suprimir ou aterá-los, enquanto revisão seriam modificações aprofundadas da lei fundamental em vigor. Neste sentido o autor afirma que o processo de revisão da Constituição Brasileira de 1988 “Foi um

⁷ Acórdão em medida cautelar na ADIN n. 981/PR, Relator: Ministro Néri da Silveira (DJ, 05-8-1994).

fracasso, inclusive na metodologia usada, pois acabou transformando o processo de revisão em procedimentos de emendas constitucionais.” (SILVA, 2000, p. 243).

Tal qual o Poder Constituinte Originário, o Poder Constituinte Reformador também possui características que auxiliam na compreensão do mesmo. Segundo Ferreira Filho (1999, p. 111 e 112), o primeiro caráter do Poder Constituinte Instituído é o fato deste ser derivado, fundando sua força (e legitimidade) a partir do próprio Poder Constituinte Originário; a característica seguinte é a subordinação, o que significa dizer que o Poder Constituinte Instituído possui limites explícitos (corrente majoritária da doutrina) e implícitos, ambos estabelecidos pelo Poder Constituinte Originário; e, por fim, o último aspecto mostra que o Poder Constituinte Instituído é condicionado, ou seja, é submetido as regras postas pelo Poder Constituinte Originário e que dizem respeito as formas pelas quais podem ser realizadas as alterações constitucionais. O autor realiza, ainda, um paralelo entre o Poder Constituinte Originário e o Instituído:

[...] o Poder Constituinte originário é um poder inicial; ele cria a ordem jurídica, não é criado pela ordem jurídica. É o contrário que se dá com o Poder Constituinte derivado, que é criado pela ordem jurídica. O Poder Constituinte originário é dito ilimitado, ou autônomo, ou soberano, conforme a preferência doutrinária. O Poder Constituinte derivado ou instituído é um poder subordinado. O Poder Constituinte originário é incondicionado, porque pode manifestar-se dos mais diferentes modos, ou, por outras palavras, não tem um modo prefixado de manifestação. O Poder Constituinte instituído ou derivado tem um modo especial de manifestação, que é o modo previsto na Constituição (FERREIRA FILHO, 1999, p. 113).

Outra perspectiva que dialoga diretamente com a possibilidade do Poder Constituinte Reformador de desempenhar as suas funções é a análise e classificação realizada acerca do grau de estabilidade e da rigidez das constituições criadas a partir do Poder Constituinte Originário.

Na doutrina nacional hodierna⁸ tem-se, em boa parte, que as Constituições podem ser basicamente classificadas sobre sua estabilidade em: rígidas, sendo aquelas que adotam procedimentos diferenciados e mais complexos de alteração da lei fundamental em relação à legislação ordinária, seja para o Poder Constituinte Reformador, ou para próprio Poder Legislativo, que em muitos casos além da atividade legiferante comum recai, ainda, a competência reformadora do Poder Constituinte; flexíveis, cujo processo de alteração da Constituição ocorre da mesma forma que para qualquer outra lei comum (sendo, portanto,

⁸ Neste sentido mencionam-se os seguintes autores: Alexandre de Moraes (2006, p. 5), Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2013, p. 44) e Paulo Gustavo Gonet Branco (2012, p. 134-135).

irrelevante a noção e manutenção do Poder Constituinte Derivado) e; semi-rígidas, modelos nos quais parte da constituição poderia ser alterada de forma igual ao processo legislativo comum, enquanto que, a depender do conteúdo, outra parte somente seria modificada por procedimentos especiais (MENDES; BRANCO, 2012, p. 134-135).

Há quem diga, ainda, que algumas constituições são imutáveis e, outras, como no caso da Constituição Brasileira de 1988, seriam consideradas super-rígidas, ao passo que diferentemente das constituições semirrígidas, possuem uma parte do texto que, para ser alterado, demanda procedimento especial (ou seja, que não seja o mesmo do processo legislativo ordinário, verificando-se maior dificuldade e complexidade). Outra parte do texto seria imutável, não sendo passível de qualquer alteração (referindo-se a limitação material acerca das cláusulas pétreas, art. 60, §4º da Constituição Brasileira de 1988, que também compõem o presente estudo) (MORAES, 2006, p. 5).

Ocorre que as classificações apresentadas, de modo não raro, têm sofrido consideráveis alterações e sobreposições de sentido tanto do conteúdo quanto da semântica dos termos, conforme apresenta José Duarte Neto (2012, p. 67-71), que considera ser necessário realizar uma análise histórica para compreender que as Constituições Flexíveis remontam às sociedades do passado como, por exemplo, a Inglaterra, cuja experiência não se voltou para uma maior formalização das leis fundamentais e, em que pese a elasticidade desta, os povos que estão regidos por elas seriam mais conservadores, não gerando grandes riscos para sua estabilidade. Ao passo que as Constituições Rígidas, que compõem a maioria das constituições principalmente após o término da Segunda Guerra Mundial, são paralelas ao surgimento das democracias modernas, realizando a distinção entre legislação ordinária e normas constitucionais, as quais criam regras em que a estabilidade permite a proteção das minorias em face das maiorias. O autor conclui que:

[...] uma dada Constituição será estável quando contar com uma previsão de permanência no tempo, ainda que atualizada pela reforma ou mutação constitucional, desde que a mesma mudança não seja causa de insegurança jurídica. E estabilidade assim conceituada é bem diferente do sentido de Constituição Rígida, porque não lhe é qualidade exclusiva, podendo ser encontrada também nas normas e nas instituições das Constituições Flexíveis (DUARTE NETO, 2012, p.81).

Desse modo tem-se que o Poder Constituinte Derivado apenas faz sentido quando se está diante de uma Constituição Rígida, que estabeleça claramente os limites formais e

materiais, de modo que caso venha ser necessário realizar alterações na Constituição, que não haja ruptura com o sistema vigente.

2.4.2 Limitações do Poder Constituinte Derivado Reformador

A preservação da Constituição e a possibilidade de reforma da mesma, apresenta-se por meio de limitações que, tradicionalmente, dividem-se em implícitas e explícitas, e as últimas estão, ainda, classificadas em procedimentais, temporais, circunstanciais e materiais.

Essas limitações reforçam o entendimento do Poder Constituinte Derivado Reformador ser constituído e, assim, não ser possível aceitar em seu bojo e em sua positivação qualquer norma que regule possibilidades de revoluções, conforme assevera Duarte Neto (2012, p. 145).

Os limites implícitos decorrem da interpretação do que a Constituição tem por objetivos, sendo diversos os autores que sustentam a existência destes, mesmo havendo uma grande variação e imprecisão sobre quais exatamente seriam, variando de acordo com o conteúdo de cada constituição. Neste aspecto Ferreira Filho (1999, p. 121-122) afirma que:

A tese da limitação implícita do Poder Constituinte derivado é, porém, uma tese lógica, mas difícil de ser precisada nos seus aspectos concretos. Em outras palavras, é mais fácil aceitar a existência desses tais limites implícitos do que enunciar quais sejam eles.

Em sentido inverso das limitações abstratas implícitas, tem-se os limites explícitos, também chamados de expressos, cuja localização dos mesmos é encontrada nos textos das constituições sem maiores dificuldades.

Dentre os limites expressos existem aqueles que se destinam a regulamentar a forma e o procedimento para a realização da alteração da Constituição, os chamados limites procedimentais.

Tais limites são procedimentos que dificultam o procedimento (rito) para a realização das reformas constitucionais que não variam, confirmando a busca pela estabilidade e que possuem critérios como a estipulação de órgão competente para a reforma; proponente com a devida legitimação formal; quórum, geralmente complexo, para a aprovação da alteração; e, as vezes a necessidade de manifestação popular para ratificar a reforma, conforme apresenta Duarte Neto (2012, p. 146).

O exercício da reforma recairá sobre quem a lei fundamental em questão tiver estabelecido, sendo que, usualmente, nas constituições atuais tal atribuição compete ao Poder Legislativo, cuja função reformadora é uma função excepcional ou mediante a criação de um órgão preexistente ou convocado para tanto (DUARTE NETO, 2012, p. 146).

Com relação ao Brasil, a lei fundamental em seu art. 60, prevê que poderão apresentar propostas o Presidente da República, um terço (no mínimo) dos membros do Senado ou da Câmara dos Deputados, ou mais de metade das Assembleias legislativas estaduais (desde que observada a maioria individual de cada uma das unidades da federação), respectivamente incisos I, II e III. Em termos procedimentais, por fim, para aprovação é exigido que realize-se discussões e votações em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, cujo quórum para aprovação depende de três quintos dos votos dos membros tanto do Senado quando da Câmara (Art. 60 § 2º CF/88).

Mediante tal exemplo, fica clara a compreensão acerca da complexidade procedimental requerida para alteração da Constituição Federal, especialmente no caso brasileiro cuja grande quantidade de representantes congressistas acaba por dar ensejo a acirradas discussões.

Há, ainda, os limites temporais que, objetivando conferir estabilidade para a Constituição, pode estabelecer que ela só seja alterada após determinado período de sua promulgação ou que ela seja reformada/revisada de tempos em tempos, cujos detalhes como qual periodicidade deverá ser cumprida fica a cargo da própria previsão constitucional (FERREIRA FILHO, 1999, p. 138-140).

Outra modalidade de restrição que dialoga com os limites temporais são as limitações circunstanciais. Os Estados podem, em algum momento, passar por situações cuja instabilidade traz riscos para sua existência, seja quanto a sua estrutura, ou quanto a própria lei fundamental, portanto para estes períodos não é interessante que o Poder Constituinte Reformador manifeste-se, objetivando alguma preservação da ordem.

Desta maneira é razoável que as constituições prevejam possibilidades neste sentido como, por exemplo, o território nacional ter sido invadido por forças militares estrangeiras, a decretação de guerra, o estado de sítio e o estado de emergência, proibindo reformas constitucionais nestas circunstâncias (DUARTE NETO, p. 150).

Ferreira Filho (1999, p. 136) expõe que em situações como o estado de sítio ocorre a suspensão de garantias e direitos constitucionais, restringindo liberdades (de ideias, de circulação, de manifestação, etc.) não sendo interessante modificar as constituições nestes

momentos. Caso fossem modificáveis nestas circunstâncias poderiam ocorrer consequências mais graves, colocando em risco até mesmo a forma democrática de um Estado, etc.

O desrespeito a essas limitações circunstanciais usualmente indica a ilegitimidade das ações, conforme apresenta a nota de Duarte Neto (2012, p. 150):

O emprego da palavra “ilegitimidade” não é sem propósitos. Como pode acontecer, reformas nessas ocasiões violam bem mais do que mera legalidade constitucional. Ferem o seu sentido mais profundo e, por isso, são ilegítimas, por que em dissonância com os anseios do titular do Poder Constituinte. São também indiciárias da ruptura, do fecho de uma ordem constitucional.

No caso da Constituição Brasileira de 1988, que foi criada com espírito eminentemente democrático e afastando as ideias da força que vigoravam durante o momento político antecedente, a ditadura militar (1964 – 1985), restam previstas as limitações circunstanciais no caso de estado de defesa ou estado de sítio, conforme art. 60 § 1º CF/88.

Por fim, apresenta-se o que pode ser considerado como núcleo das limitações do Poder Constituinte Reformador, os limites materiais.

Tais limites surgem a partir do Constitucionalismo do século XVIII tanto na França quanto nos Estados Unidos da América, que em suas cartas previam a proteção de matérias como a separação dos poderes, os direitos (individuais naquele momento), a igualdade de representação dos Estados-membros, dentre outras e, que tais cláusulas materiais intangíveis foram reforçadas e ampliadas, ganhando maior notoriedade, importância e difusão no século XX após a Segunda Guerra Mundial (em parte decorrente da Declaração Universal dos Direitos Humanos, já mencionados no presente estudo) (DUARTE NETO, 2012, p. 151).

Para essas cláusulas materiais intangíveis ou irreformáveis é dado o nome de cláusulas pétreas pela doutrina pátria, podendo alterar a nomenclatura em cada país, bem como não mantém, necessariamente, as mesmas matérias protegidas, diferenciando-se acerca dos objetivos e conteúdos de cada lei fundamental e a realidade de cada Estado.

Relacionando as características do Poder Constituinte seja Originário, seja Reformador, compreende-se que nenhuma Constituição ou, nenhum dispositivo legal, ainda que venha a constituir os limites materiais de reforma daquela lei fundamental, teria a capacidade de subsistir mediante processos revolucionários, cuja efetivação pressupõe a desvinculação jurídica precedente. Não são as cláusulas pétreas barreiras intransponíveis, mas reforçam a estabilidade da ordem vigente, conforme apresenta Duarte Neto (2012, p. 155):

Em uma situação de normalidade, a previsão de cláusulas pétreas não é condição necessária para existência de uma Constituição Rígida, porque esta subsiste somente com o procedimento agravado de reforma, mas é elemento de reforço na manutenção de seus valores, ideologia e institutos.

Na Constituição Brasileira de 1988, as limitações materiais estão expressas no art. 60 §4º e vedam propostas de reforma da Constituição que se dão regularmente por emendas, sobre qualquer tentativa de abolição da forma federativa do Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes e; os direitos e garantias individuais (BRASIL, 1988).

Para José Afonso da Silva (2000, p. 245), é importante ressaltar que não apenas as reformas em si, mas também qualquer pretensão de enfraquecer a Federação, seus elementos e qualquer direito e garantia individual que estão previstos no art. 5º da Constituição Brasileira de 1988, estariam igualmente proibidas, levando em consideração que o §4º do art. 60 da CF/88 faz uso da palavra “tendente”, ou seja, qualquer proposta que direcione para os itens não passíveis de reforma, ainda que não em sua integralidade.

Não obstante as cláusulas pétreas, classificadas como limitações materiais explícitas, haveria, também, a existência de limitações materiais implícitas, resumidos por Nélson de Sousa Sampaio, que são aceitas pela doutrina brasileira. Estas por razões lógicas estariam igualmente imunes a atuação do Poder Constituinte Reformador pois, caso contrário seria inócuo haver a previsão das cláusulas pétreas do art. 60 §4º da CF/88, sendo essas limitações materiais implícitas referentes a proibição de alteração do titular do Poder Constituinte; do Poder Reformador; bem como a forma (procedimento) para realização de uma emenda (SILVA, 2000, p. 245).

Entende-se, então, que essas limitações implícitas objetivam a não inversão do Poder Constituinte Derivado Reformador para com o Poder Constituinte Originário, único legítimo e soberano para dispor sobre a criação da Constituição, bem como quais os meios e quem poderia reformá-la.

Portanto, para que haja uma normalidade jurídica é necessária a manutenção e observância acerca das previsões, interpretações jurídicas, aplicação das normas constitucionais, sendo fundamental o respeito com a validade das cláusulas pétreas que reforçam a permanência dos valores da Constituição, não a sua eternidade, nos dizeres de Duarte Neto (2012, p. 156).

Ocorre, também, que a proteção da Constituição não se dá unicamente pela compreensão do Poder Constituinte Originário, ou das limitações formais e materiais impostas ao Poder Constituinte Derivado, para que seja garantida a Supremacia da Constituição e sua estabilidade, mas também é exercido pelas formas de Controle de Constitucionalidade. Nesse sentido:

O Controle de Constitucionalidade ocupa posição especial na discussão da Rigidez das Constituições. Sua importância manifesta-se em duas dimensões: enquanto instrumento adequado para fiscalizar o respeito à supremacia constitucional, como meio de acomodação de seu texto à uma realidade cambiante a ser normada. Por qualquer desses ângulos, é indiscutível a sua consideração na manutenção da técnica da rigidez, na consecução da estabilidade (DUARTE NETO, 2012, p. 266).

Desse modo, o próximo capítulo destina-se a compreensão do controle de constitucionalidade tanto na legislação internacional quanto no sistema jurídico pátrio, fornecendo mais substratos para a discussão central do trabalho.

3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A partir da compreensão do surgimento das Constituições modernas, bem como das funções que as mesmas desempenham nos respectivos Estados, tem-se que a mera previsão de limites às alterações que podem ser realizadas nas Constituições não revelou ser suficiente para garantir a superioridade hierárquica da Lei Fundamental face outras normas de um mesmo sistema jurídico.

Nesse sentido, os Estados perceberam que para garantir os desígnios estipulados pelo Poder Constituinte Originário seria necessário instituir instrumentos hábeis destinados à preservação das Constituições, que culminariam por consequência na preservação do próprio Direito, do Estado, da sociedade e, mais adiante, da democracia. Razão pela qual serão analisadas no presente capítulo algumas das mais exitosas ferramentas desenvolvidas no bojo da teoria constitucional.

3.1 A Jurisdição Constitucional

No interior de uma determinada ordem jurídica é possível verificar a necessidade de regularidade entre normas inferiores para com as normas superiores (reforçando a concepção de supremacia da Constituição). Textualmente coloca-se que “Garantias da Constituição significam, portanto, garantias da regularidade das regras imediatamente subordinadas à Constituição, isto é, essencialmente, garantia de constitucionalidade das leis” (KELSEN, 2007 p. 126).

Tal preservação não ocorre apenas por meio da criação de normas jurídicas no bojo da própria Lei Fundamental que limitem o Poder de Reforma da Constituição. Trata-se de um poder instituído a partir da soberania inicial da qual emana toda vontade política e, posteriormente, jurídica. Segundo Kelsen (2007, p.130), independentemente das transformações que a Constituição possa vir a sofrer, a mesma conserva um núcleo permanente, que representa e determina a organização estatal, bem como a ideia central de determinada sociedade. E, ainda:

A Constituição não é, então, unicamente uma regra de procedimento, mas também uma regra de fundo; por conseguinte, uma lei pode ser, então, inconstitucional, seja por causa de uma irregularidade de procedimento em sua elaboração, seja em decorrência da contrariedade de seu conteúdo aos

princípios ou diretivas formulados na Constituição, quando excede os limites estabelecidos por esta (KELSEN, 2007, p. 132).

Vê-se, então, que as limitações de reforma deixariam de englobar, também, outras variáveis possíveis de afronta à Constituição que podem ser oriundas tanto de órgãos e Poderes do próprio Estado quanto por indivíduos, por grupos, etc.

Assim, desenvolveu-se dentro do Direito Constitucional com todo acúmulo de experiências dos Estados e, teorias doutrinárias, a noção de jurisdição constitucional que “[...] emerge historicamente como um dos mais expressivos instrumentos de defesa da Constituição” segundo José Afonso da Silva (2000, p. 247).

Tal termo, por sua vez, possui diversas acepções a depender da realidade que está se analisando, mas para Mauro Cappelletti (1984, p. 25) existe uma unidade acerca do tema e que a jurisdição constitucional teria por função a “[...] tutela e atuação judicial dos preceitos da suprema lei constitucional [...]”, compreendendo, ainda, que o controle judicial de constitucionalidade das leis é o instrumento de maior importância para tal desempenho.

Ocorre que o controle jurisdicional de constitucionalidade unicamente não corresponde à jurisdição constitucional alemã (*Verfassungsgerichtsbarkeit*), mas seria apenas uma das formas de justiça (ou jurisdição) constitucional (CAPPELLETTI, 1984, p. 23).

Eduardo Couture¹ (2002, apud LUNARDI, 2013, p. 22-23) explica que nos países latino-americanos emergem, no mínimo, quatro entendimentos sobre jurisdição constitucional, sendo eles: limitação territorial de uma decisão judicial; análogo a competência; poderes conferidos a determinados órgãos públicos e; função de aplicar o Direito enquanto técnica. Não obstante, essa pluralidade semântica apresentada ressalta-se, ainda, que a diferença de significação ocorre também para a realidade norte-americana e inglesa, Estados nos quais faltariam correspondentes técnicos ao tema da jurisdição constitucional por não abordarem o tema sob a mesma perspectiva.

Tomando como base a doutrina pátria, não são verificáveis grandes diferenças acerca do entendimento e da definição de jurisdição constitucional, colocando em linhas gerais que a mesma tem por fim manter constante a hierarquia do sistema jurídico através de procedimentos que garantam a conformidade com a Constituição (LUNARDI, 2013, p. 26), mas existem autores como José Afonso da Silva que colocam o Poder Judiciário em uma posição de destaque e maior importância dentro da perspectiva de jurisdição constitucional, conforme se vê:

¹ COUTRE, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 4. ed. Buenos Aires: ed. Montevideo, 2002.

A jurisdição constitucional, assim, consiste na entrega aos órgãos do Poder Judiciário, da missão de solucionar os conflitos entre os atos, procedimentos e órgãos públicos e a Constituição. Ou, em sentido mais abrangente, entrega ao Poder Judiciário a missão de solucionar conflitos constitucionais (SILVA, 2000, p. 247).

Georges Abboud (2011, p. 102) contribui para a temática afirmando que a jurisdição constitucional possui duas funções, sendo a primeira a função de impor limites ao Poder Público, coibindo seus excessos, seja com relação ao Poder Legislativo por meio do controle de constitucionalidade, seja do Poder Executivo, enquanto última forma de controlar seus atos. A segunda função é a de garantir o respeito e a concretização dos direitos previstos no texto da Constituição, preservando as minorias e, assim, preservando a própria Constituição e o Direito.

Resta evidenciado o papel do Poder Judiciário para a realização da observância da Constituição, pois, segundo Kelsen (2007, p. 150), não seria prudente crer que um órgão público (seja pertencente ao Poder Legislativo ou ao Poder Executivo) ao realizar determinado ato contrário à Constituição (pelas mais diversas razões que aqui não cabe aprofundar) iria, por sua deliberada iniciativa, anular tais atos, sendo necessário, portanto, um que um terceiro órgão declare a irregularidade, induzindo às medidas cabíveis para anular e corrigir a desconformidade e afronta à lei fundamental.

Corroborando ao raciocínio apresentado, Georges Abboud (2011, p. 101) explica que:

É, principalmente, por meio da jurisdição constitucional que o Poder Judicial insere-se, hoje, no equilíbrio dos poderes. A tarefa da jurisdição constitucional é decidir com autoridade, os casos de violação do texto constitucional. Essa atividade inclui tanto o controle dos poderes estatais como a tarefa da concretização e evolução do direito constitucional

Tem-se, assim, que a jurisdição constitucional possui grande importância para auxiliar na proteção de uma República democrática, bem como das minorias que nela estejam inseridas, posto que, ao garantir a constitucionalidade formal para a elaboração das leis ou, ainda, resguardar certos conteúdos materiais, evita-se o risco de expor a democracia e as minorias à vontade e dominação da maioria, que por vezes revelam-se prejudiciais e discricionárias. A justiça constitucional seria, então, uma forma minimamente eficaz de garantir alguma paz social entre majorias e minorias (KELSEN, 2007, p. 181-182).

Não obstante, Hans Kelsen (2007, p. 182-186) complementa que a jurisdição constitucional possui grande importância para os Estados federativos, os quais a descentralização do poder permite a autonomia suficiente dos entes, ao mesmo tempo em que

os mantêm agregados em torno de uma única Constituição, cujos meios da jurisdição constitucional auxiliam para a paz política do Estado.

3.2 Origens e modelos do Controle de Constitucionalidade

O controle de constitucionalidade das leis ordinárias é produto direto do amadurecimento e desenvolvimento de elementos do Direito Constitucional, cujo início se deu na segunda metade do século XVIII. Necessita-se, assim, da retomada de certas passagens históricas, apesar da aparente repetição, posto que não é possível desvincular alguns objetos do presente estudo que são atados entre si, como as Constituições modernas, o Poder Constituinte, a supremacia da Constituição e os próprios mecanismos de preservação da mesma. Nos dizeres de José Luiz Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento (2010, p. 61), de que “[...] o Direito Constitucional Moderno, bem como a própria jurisdição constitucional, surgiu, juntamente, com a ideia de Estado da modernidade”.

Essas experiências resultaram, basicamente, em três sistemas de realização de controle de constitucionalidade que, ainda hoje, estão presentes nas Constituições de diversos países. São eles o sistema francês, o sistema norte-americano e o sistema austríaco (por vezes chamado de sistema europeu, em decorrência da grande difusão e utilização em tal continente).

3.2.1 O Sistema Francês de Controle de Constitucionalidade

Dentre os grandes sistemas de controle de constitucionalidade provavelmente o sistema francês é o que mais destoa dos demais tanto em razão de suas fundamentações quanto, principalmente, pelo fato do controle não passar pelo domínio e atuação do Poder Judiciário, o que configura uma particularidade relevante quando se analisa os demais sistemas, todos perpassando em algum momento, se não integralmente, por um crivo judicial.

Até o advento da Revolução Francesa, o Poder Judiciário na Europa era tido, usualmente, como uma extensão dos poderes e desígnios dos reis, sendo os membros desse Poder político nomeados e investidos pelos monarcas, cujas decisões, de modo não raro, interferiam sobre as liberdades individuais dos súditos de forma arbitrária e discricionária. Tal conjuntura alimentou uma certa repulsa para com o judiciário, minorando sua influência e alcance após a Revolução que, por sua vez, propiciou uma grande valorização do Parlamento,

sendo esse o meio de exteriorização da vontade geral e da criação do Direito, restringindo aos juízes apenas a função de interpretar e aplicar tais leis (DUARTE NETO, 2010, p. 184 -186).

Estas circunstâncias não propiciaram espaço para o desenvolvimento de um controle jurisdicional de constitucionalidade, mas que não foi impeditivo para que houvesse o surgimento de outras formas de controle para garantir a supremacia das incipientes Constituições rígidas dos Estados europeus.

Segundo Ferreira Filho (1999, p. 16), o próprio Sieyès, compreendendo a necessidade de garantir a superioridade da Constituição, chegou a propor a criação de um órgão responsável por tornar nulos atos que fossem contrários à Lei Fundamental. Esta propositura deu-se, inicialmente, para a Constituição francesa de 1795, não sendo, no entanto, incorporada naquele momento.

Todo o conjunto da obra de Sieyès corrobora para a análise e a importância da proteção da Constituição, seja sob o aspecto da soberania da nação manifestada através do Poder Constituinte, seja pela própria necessidade de organização do Estado e, assim por diante. Nesse sentido o abade francês considera que:

Tudo se relaciona na ordem social. Se negligenciar uma parte, se uma parte for negligenciada, não será impunemente para as outras. Se começa pela desordem, percebe-se claramente as consequências. Se fosse possível tirar da injustiça e do absurdo os mesmos frutos que se tira da razão e da equidade, onde estariam, então, as vantagens destas? [...] Chamemos o tribunal da nação, único juiz competente em todas as diferenças relativas à Constituição [...] (SIEYÈS, 1986, p. 134, 138).

Ocorre que, mesmo com toda sua trajetória inovadora, a França revolucionária não logrou êxito em conseguir manter de forma minimamente estável e segura cada Constituição, sem aqui deixar de mencionar o fato de que a instabilidade política e social nunca tenha auxiliado. Mas, sim, em sentido oposto, era frequentemente gatilho para novas revoluções e, conseqüentemente, para a criação de novas Constituições.

Mauro Cappelletti (1984, p. 95 e 96) então observa que ao longo de todas as Constituições francesas, dentre aquelas que previam alguma forma de controle de constitucionalidade das leis ordinárias, sempre o fizeram de modo não judiciário, mas sim através de um controle preventivo e político, como foi o caso, por exemplo, das Constituições de 1799 (do ano VIII) com a criação do “Sénat Conservateur”; em 1852 através do “Senat”; na Constituição de 1946 com o “Comité Constitutionnel”, até chegar na atual Constituição francesa de 1958, que manteve a forma preventiva de controle, mas dessa vez por meio do

“Conseil Constitutionnel”, notadamente o mais eficaz e organizado em comparação com as demais experiências.

Interessante ressaltar que órgãos como o Senado Conservador (“Sénat Conservateur”), que foi a primeira experiência de controle prevista nas Constituições francesas e que deveria verificar a conformidade das leis face a Constituição mesmo não possuindo atribuição legiferante, não obteve o auxílio e apoio político necessário para que fosse efetivo, posto que dependia da provocação de outros órgãos como das Câmaras legislativas ou do próprio Governo para que houvesse a mencionada fiscalização, caindo, então, no ostracismo (DUARTE NETO, 2010, p. 190-191).

Tem-se, então, que a França sempre insistiu apenas na realização política e preventiva do controle de constitucionalidade, afastando de modo veemente qualquer possibilidade jurisdicional de controle, fruto de duas razões principais.

Conforme breve menção no início deste subtítulo, a primeira razão para o afastamento e a redução do poder dos juízes na França se dá em face de uma perspectiva histórica. Ocorre que no Antigo Regime (*Ancien Régime*) muitos eram os arbítrios e abusos cometidos pelos magistrados que, constantemente interferiam no âmbito de outros Poderes, além de apresentarem um conservadorismo contumaz, galgando-os, assim, ao posto de adversários da Revolução que, conseqüentemente, “nas terras da guilhotina, fez, afinal, largo messe de suas veneráveis cabeças”, nos dizeres de Mauro Cappelletti (1984, p. 96 e 97).

Não obstante à razão histórica, têm-se, também, as razões ideológicas, principalmente decorrentes da doutrina da Separação dos Poderes e da Soberania Nacional, cujo intento direcionava a França para um sentimento de que o poder pertence à nação e, qualquer fortalecimento do Poder Judiciário para atribuições de controle seria incompatível com tais ideias (CAPPELLETTI, 1984, p. 97).

Na França atual, em que pese não ser objeto do presente estudo a análise detalhada da realidade do controle de constitucionalidade de cada legislação estrangeira, faz-se pertinente mencionar em linhas gerais que é mantida a forma preventiva e política de controle, sem intervenção do Poder Judiciário. Mas, desde a Constituição francesa de 1958, tal função é competência do *Conseil d’État* (traduzido como Conselho do Estado ou Conselho Constitucional) e da *Cour de Cassation* (Corte de Cassação).

O surgimento desses institutos, especialmente do Conselho do Estado, ou Conselho Constitucional, promoveu mudanças no que havia de costumeiro dentro da experiência francesa, posto que houve uma transferência do controle de constitucionalidade, retirando-o do Parlamento. Nesse sentido Elival da Silva Ramos (2010, p.130) afirma que:

O constitucionalismo francês experimentou, por conseguinte, uma autêntica inversão de sinais em relação ao Parlamento, que, de intérprete maior da vontade nacional, passou a ser visto como a principal ameaça ao modelo de distribuição de competências normativas vinculadas diretamente à Constituição.

Acerca do Conselho Constitucional (ou do Estado), Duarte Neto (2010, p. 191 e 192) explica que tal sistema seria um modo *sui generis* de controle de constitucionalidade, sendo o referido órgão composto por membros nomeados pelo Presidente da República, pelo Presidente da Assembleia Nacional e pelo Presidente do Senado, além da vitaliciedade de ex-presidentes para a composição, restando proibida a reinvestidura à tais cargos, cujo mandato é de nove anos e a cada três anos renova-se na proporção de um terço do Conselho. Dentre as competências do Conselho de Estado, o mesmo deve realizar o controle de constitucionalidade preventivo das normatizações infraconstitucionais, zelar pelo processo eleitoral francês e sua devida regularidade, bem como solucionar eventuais conflitos de competência entre os Poderes políticos, especialmente entre Poder Legislativo e Poder Executivo.

A efetividade do Conselho foi ampliada com as reformulações ocorridas no ano de 1974 e, após longo período de instabilidade e disputas, hoje o Conselho Constitucional consolidou-se como guardião da supremacia constitucional, alcançando seu objetivo por meio da fiscalização sem utilizar-se das vias judiciais para tanto (DUARTE NETO, 2010, p. 193-195).

Já em relação à *Cour de Cassation*, também conhecido como Tribunal de Cassação, demonstra a tradicional desconfiança para com o judiciário, em que pese ser um tribunal instituído desde a segunda metade do século XVIII, especificamente no ano de 1790, mas que age como última instância recursal para diversas matérias jurídicas como questões comerciais, de Direito Civil, etc. Tal tribunal não realiza análises constitucionais ou que envolvam demais Poderes públicos (sendo esta competência do Conselho do Estado) ², agindo, apenas, no sentido de corrigir falhas cometidas pelos juízes de instâncias inferiores, conforme explica Mauro Cappelletti (1984, p. 98).

3.2.2 O Sistema Estadunidense de Controle de Constitucionalidade

² Demais detalhes sobre a *Court de Cassation* como, por exemplo, as competências, casos julgados, jurisprudência, etc., podem ser acessados através do endereço eletrônico oficial do órgão. Disponível em: < <https://www.courdecassation.fr/>>. Acesso em 14 de jan. de 2019.

Conforme mencionado outrora, parte do desenvolvimento dos elementos do Direito Constitucional, como no caso do controle de constitucionalidade, ocorreu de forma concomitante em diversos Estados.

Enquanto a França adotava o controle de constitucionalidade político e preventivo, o constitucionalismo dos Estados Unidos da América trilhava um caminho oposto, desenvolvendo o controle judicial e difuso de constitucionalidade.

Sob essa perspectiva, é necessário relembrar que enquanto a França revolucionária, no intuito de afastar-se o máximo possível do Antigo Regime, negando-se a abrir mão da possibilidade de reformar a Constituição quando o povo, titular do Poder Constituinte, julgasse necessário, enquanto os Estados Unidos da América, sem muitas dificuldades, transformaram a Constituição na exteriorização da vontade política e social da mesma soberania, mas com a capacidade de delinear o alcance, limitando “o raio de atuação do poder político”, como apresenta Conrado Hübner Mendes (2008, p. 5 e 6).

Observa-se que o pioneirismo estadunidense destaca-se, principalmente, acerca da criação, implantação e evolução dos elementos aqui analisados. Importante salientar que para alcançar o equilíbrio pretendido para a organização do poder e do Estado após a independência de 1776, foi de extrema valia o estabelecimento da seguinte estruturação:

A federação (repartição vertical e espacial de poderes), a tripartição de poderes (divisão orgânica e horizontal), o bicameralismo, a possibilidade de veto do presidente e a exigência de aval do senado para algumas competências presidenciais eram os principais mecanismos para promover o planejado equilíbrio (MENDES, C. H., 2008, p. 6).

No entanto, segundo Jorge Miranda (1996, p. 53 e 54), em que pese o desejo de se conceber um Estado organizado de forma federativa, democrática e que fosse independente, não havia, naquele momento, nenhum dispositivo para que as leis inconstitucionais fossem declaradas nulas. Mas invertendo-se a lógica, não havia, também, qualquer vedação para conferir e estabelecer tal competência.

Nesse segmento, novamente, a participação dos autores do *The Federalist papers* (mencionados no primeiro capítulo deste trabalho) e suas publicações foram de grande importância, muitas vezes responsáveis não por apenas apresentar certa ideologia e filosofia política, mas, também, por rebater as críticas que surgiam contra os intentos e posturas tomadas pela incipiente federação.

Sobre a necessidade de controlar a atividade legislativa para garantir a supremacia da Constituição, Alexander Hamilton, um dos autores do *The Federalist papers*, publica o artigo

nº 78³ no mês de junho de 1788, no qual elenca diversos argumentos favoráveis ao controle por meio do Poder Judiciário (DIMOULIS; LUNARDI, 2014, p. 26).

Segundo Alexander Hamilton, cabe aos tribunais declarar a nulidade dos atos que possam vir a contrariar as disposições previstas na Constituição. Com relação à legitimidade para declarar nulos os atos, especialmente do legislativo, bem como destacando a supremacia constitucional, Hamilton (1999, p. 432-440 apud DIMOULIS; LUNARDI, 2014 p. 27-28) disserta que:

Surgiram algumas dúvidas sobre o direito dos tribunais de declarar nulos atos legislativos por serem contrários à Constituição, considerando que essa doutrina levaria à superioridade do Judiciário em relação ao Legislativo. [...]. Não há afirmação baseada em princípios mais claros que a de declarar nulos os atos de uma autoridade delegada que contrariam o conteúdo da delegação dada. Assim sendo, nenhum ato legislativo pode ser válido se contrariar a Constituição. Negar isso significa admitir [...] que os representantes do povo são superiores ao próprio povo, que as pessoas que atuam em virtude de poderes concedidos podem fazer aquilo que esses poderes não autorizam e também aquilo que proíbem.

Tem-se, então, que nenhum ato legislativo que afronte a Constituição poderia ser dotado de validade, sendo equivalente afirmar que os representantes estariam dotados de mais poderes que os representados, fato que contrariaria frontalmente a titularidade originária do Poder. Atribuir aos tribunais à observância da Constituição ao coloca o Poder Judiciário acima do legislativo, apenas o povo estaria acima de todos, reforçando que tanto um quanto outro estão sujeitos à Constituição (MIRANDA, 1996, p. 54).

A partir dessas considerações, Jorge Miranda (1996, p. 55) elenca, ainda, dois argumentos jurídicos relevantes para o tema. O primeiro decorre do fato de que o Poder Constituinte Originário não se esgota ao constituir os demais Poderes (como já apresentado no primeiro capítulo), estando, assim, acima dos representantes eleitos. Já o segundo argumento diz respeito à necessidade de os tribunais aplicarem as leis em conformidade com a Constituição, dada a sua supremacia e seu posicionamento hierárquico.

Percebe-se, então, que as ideias iniciais de um controle judicial de constitucionalidade já se mostravam presentes nas elucubrações teóricas de parte dos atores políticos da época, mas tal forma só materializou-se de fato em 1803 quando na Suprema Corte dos Estados

³ Todos os artigos do publicados pelos “Federalistas” sob o pseudônimo de Publius foram compilados em diversas obras, mas também podem ser encontrados em sua integralidade, divididos por título, autor e data, em seção destinada pelo Congresso dos Estados Unidos da América em seu site oficial, percebendo-se, assim, a importância de tais ensaios para aquela nação. Disponíveis em: < <https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers>>. Acesso em 15 de jan. de 2019.

Unidos da América, ainda nos seus primeiros anos de atividade, o então *Chief Justice* John Marshall, que ocupava um cargo equivalente ao de presidente da referida corte, proferiu a aclamada decisão sobre o famigerado caso Marbury x Madison, retomando, inclusive, alguns argumentos já apresentados pelos Federalistas.

Em nota, Conrado Hübner Mendes (2008, p.14) reforça que o caso Marbury x Madison não teria sido a primeira situação a apresentar o entendimento acerca da prevalência da Constituição sobre as demais leis através da via judicial, mas o mesmo acabou se tornando o marco do nascimento desta modalidade de controle, principalmente, por uma convenção historiográfica, e ainda:

Mostram [outros precedentes] que a decisão não emergiu no vácuo, nem da cabeça de um homem só, que num lampejo teria inventado o instituto. Foi resultado de conflitos políticos e ideológicos peculiares que conduziram os Estados Unidos a forjar uma filosofia profundamente desconfiada do legislador e da regra da maioria (MENDES, C. H., 2008, p.14).

Antes de adentrar propriamente na análise da decisão do caso Marbury x Madison, bem como suas consequências para o controle de constitucionalidade do sistema americano, faz-se necessário apresentar o contexto que ensejou a lide.

Após a derrota nas eleições que elegeram o terceiro presidente dos Estados Unidos da América, o então presidente John Adams, antes de deixar o cargo, realizou uma série de nomeações para diversos cargos políticos, com destaque para os cargos de juízes do Distrito de Columbia. Ocorre que mesmo tendo havido a chancela do Senado para a realização das nomeações, em razão do advento do novo mandato do presidente eleito Thomas Jefferson e de seu secretário de Estado, James Madison, a posse dos nomeados não chegou a ocorrer. Inconformados com a não concessão e posse dos cargos, Marbury e demais nomeados pelo mandato anterior ingressaram com um processo na Suprema Corte pleiteando que o secretário Madison conferisse as posses, haja vista que o mesmo estaria negligenciando seu dever constitucional (OYEZ, 2017) ⁴.

Face tal demanda a Suprema Corte norte-americana, em observância ao voto e interpretação da Constituição conferida pelo juiz presidente John Marshall, entendeu ter

⁴ No original: “In the last days of President John Adams’ presidency, he nominated a number of people to serve as justices of the peace for the District of Columbia. The Senate confirmed the nominations, and the commissions were prepared. President Adams’ Secretary of State, John Marshall, did not deliver all of the commissions before President Thomas Jefferson took office. President Jefferson then ordered his Secretary of State, James Madison, not to deliver the commissions. The plaintiffs, men whose commissions were not delivered, sued Madison in the Supreme Court and argued that, in refusing to deliver the commissions, the Secretary of State was neglecting his Constitutional duty. ”

ocorrido a supressão de instâncias judiciais, faltando requisitos formais para cancelar qualquer decisão, indeferindo, portanto, o pleito de Marbury “[...] com fundamentação constitucional, alegando falta de competência em razão da inconstitucionalidade da lei que lhe atribuía essa competência” segundo Dimoulis e Lunardi (2014, p. 41).

Segundo Mauro Cappelletti (1984, p. 47), o próprio texto da Constituição dos Estados Unidos da América em seu art. VI, cláusula 2ª, no qual consta que a Constituição deve ser a “lei suprema da terra”, e, também, que os juízes de todos os estados estão obrigatoriamente vinculados a ela, foi fundamental para a interpretação do *Chief Justice* Marshall, e o autor português depreende silogisticamente:

Ou a Constituição é uma lei fundamental, superior e não mutável pelos meios ordinários, ou ela é colocada no mesmo nível dos atos legislativos ordinários e, como estes, pode ser alterada ao gosto do poder legislativo. Se é correta a primeira alternativa, então é preciso concluir que um ato legislativo contrário à Constituição não é lei; se é correta, ao contrário, a segunda alternativa, então quer dizer que as Constituições escritas outra coisa não são que absurdas tentativas de limitar um poder que é, por natureza, ilimitável (CAPPELLETTI, 1984, p. 48).

Segundo Duarte Neto (2010, p. 181), a decisão do caso Marbury x Madison foi a responsável por estabelecer o entendimento de que nos Estados Unidos da América o controle de constitucionalidade não ocorre abstratamente entre as leis e a Constituição, mas sim de forma incidental e difusa em que, diante de casos concretos deverá o juiz competente decidir a respeito. A eventual inconstitucionalidade não é arguida ou postulada em juízo próprio, ela, na realidade, é configurada como um obstáculo para a solução do mote principal da lide em questão.

Não compete ao presente trabalho dissertar acerca das diferenças estruturais entre a tradição jurídica do *Common Law* e o *Civil Law*, nem tão pouco sobre cada instituto e conceito que compõem o *Common Law*. Entretanto, tais diferenças não impediram que o sistema norte-americano de controle de constitucionalidade fosse de algum modo incorporado à realidade de países que seguem a tradição romanista, desde que realizadas as devidas e importantes adequações.

Para Mauro Cappelletti (1984, p. 76-78), o sistema difuso (estadunidense) de controle de constitucionalidade permite que todas as instâncias do judiciário o realizem, sejam federais ou estaduais e, obrigatoriamente, é necessário que deixem de aplicar as leis que não estejam de acordo com a Constituição levando em consideração que seguem o sistema do *Common Law*. Nesse caso, a estabilidade é conferida pelo sistema do *stare decisis*, precedentes, etc..

Tal método de controle, no entanto, geraria graves consequências caso transportado diretamente para o *Civil Law*, por exemplo, enquanto alguns juízes julgassem determinada lei inconstitucional, outros poderiam aplicá-la sem verificar maiores problemas, passando a haver perigosos “contrastes de tendências”, culminando em conflitos entre os órgãos e uma grande insegurança jurídica tanto para os indivíduos quanto para o próprio Estado.

Como resultado, tem-se, então, que o sistema de controle norte-americano de constitucionalidade para garantir os preceitos previstos na Lei Fundamental vale-se da discricionariedade do juiz que decidirá sobre cada caso concreto, anulando atos normativos que estejam ofendendo a Constituição. Assim, confere-se à Constituição as atualizações que se façam necessárias, recordando que a realização de alterações e reformas se dá por meio muito dificultoso, levando em consideração a rigidez que lhe é própria (DUARTE NETO, 2010, p. 184).

3.2.3 O Sistema Austríaco de Controle de Constitucionalidade

Em que pese parte considerável da doutrina utilizar-se de uma terminologia única para referir-se a tal sistema de controle de constitucionalidade, esse não é homogêneo em muitos dos seus aspectos, muito menos se deu de forma concomitante nos Estados europeus.

Pertinente relembrar, conforme já mencionado, que os países da Europa nutriam grande desconfiança para com o Poder Judiciário desde tempos remotos, especialmente, em decorrência dos abusos frequentes dos monarcas e de seus juízes para com os indivíduos em geral, e que a instituição do Parlamento em diversos Estados passou a representar e expressar a vontade da coletividade, atuando de sobremaneira para garantir direitos e liberdades dos cidadãos. Para Duarte Neto (2010, p. 184-186), tais razões políticas acabaram por retirar dos juízes qualquer competência para julgar o poder público, reduzindo-os a meros intérpretes da lei, fatos tais que dificultaram o desenvolvimento de um controle jurisdicional de constitucionalidade naquele continente, ao menos a princípio.

Segundo Elival da Silva Ramos (2010, p. 137), de forma contrária ao sistema norte-americano de controle de constitucionalidade, que dependeu em boa parte do elemento histórico para o seu advento, o controle europeu foi constituído pautando-se na razão, ainda que tardiamente.

Tem-se que, dentre os sistemas europeus, aquele que mais se destacou, principalmente em razão da sua originalidade e estrutura, foi o sistema de controle de constitucionalidade concebido na Áustria.

A tradição da supremacia do Parlamento, incorporado há muito à realidade europeia, aos poucos deu lugar ao princípio da Supremacia da Constituição, impulsionado pelo desenvolvimento do controle de constitucionalidade presente na Constituição austríaca de 01º de outubro de 1920. Esse controle foi minuciosamente elaborado por Hans Kelsen, mas em observância histórica aos traumas históricos do velho continente e de forma oposta ao sistema concebido nos Estados Unidos da América, não permitiu-se que os juízes, fossem estaduais ou federais, ou, ainda, aos tribunais, independentemente da instância, a realização do controle, sendo criado um tribunal especial destinado a essa função, não pertencente ao Poder Judiciário (RAMOS, 2010, p. 145).

Conforme detalha Mauro Cappelletti (1984, p. 104), à Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*) criada pela Constituição austríaca (*Bundesverfassung*) de 1920, foi destinada a atribuição privativa para avaliar e decidir sobre o controle de constitucionalidade que, por sua vez, para a realização do mesmo era necessário o ingresso de especial procedimento de ação, chamado de “*Antrag*”, cuja legitimidade para tanto era exclusiva de alguns órgãos políticos. O autor apresenta, ainda, suas considerações comparatísticas entre o nascente sistema austríaco do século XX e o consolidado sistema norte-americano instituído no início do século XIX:

Desta sorte, o controle de legitimidade das leis vinha a ser, na Áustria, diversamente dos Estados Unidos da América, *inteiramente desvinculado dos casos concretos*, vale dizer, dos processos comuns (civis, penais, administrativos); ele, por conseguinte, em vez de poder ser exercido, como na América, tão-só “em via incidental”, isto é, (como, também, com certa impropriedade se diz) “em via de exceção, devia ser exercido, na Áustria, sempre “em via principal”, ou seja, “em via de ação”, mediante um adequado e autônomo recurso e com a instauração de adequado e autônomo processo *ad hoc* perante a Corte Constitucional (CAPPELLETTI, 1984, p. 104-105).

Percebe-se, então, os motivos pelos quais os sistemas norte-americano e austríaco são colocados em lados opostos, dentro da perspectiva do controle de constitucionalidade realizado por via judicial, posto que o primeiro possibilita que o controle seja realizado por juízes comuns (por isso chamado de difuso), bem como seja aplicado na resolução de casos concretos (cujo questionamento sobre a constitucionalidade é incidental), enquanto o segundo, por sua vez, realiza o controle das leis e atos normativos face a Constituição de forma principal e abstrata, e por meio, somente, de um órgão específico (concentrado).

Ocorre que foi verificado um ponto de entrave no sistema de controle de constitucionalidade presente na Constituição austríaca de 1920. Tal sistema permitia que a

constitucionalidade das leis fosse arguida, apenas, por uma pequena quantidade de órgãos, e estes eram, exclusivamente, políticos como, por exemplo, o Governo Federal (*Bundesregierung*) e os Governos dos Estados da Federação (*Landesregierungen*), bem como não havia nenhuma fixação de tempo para que a faculdade de propositura do controle fosse exercida, fatos que, em muito, limitavam o alcance das necessidades que se apresentavam à realidade austríaca, conforme afirma Mauro Cappelletti (1984, p. 105).

Portanto, como forma de atenuar o problema apresentado, a Áustria no ano de 1929 realizou uma reforma constitucional ampliando a legitimação para a propositura e instauração do processo de controle de constitucionalidade perante a Corte Constitucional, que passou a incluir órgãos não apenas políticos, mas também do Poder Judiciário, como duas Cortes Supremas, uma administrativa (*Verwaltungsgerichtshof*) e outra de causas civis e penais (*Oberster Gerichtshof*). Esses órgãos, no entanto, poderiam arguir acerca da constitucionalidade perante a Corte Constitucional, apenas, quando no decorrer do julgamento de um processo ordinário fosse verificada a afronta à Constituição, diferenciando, assim, da via principal e abstrata, dando início a uma forma híbrida de controle de constitucionalidade. Porém, mesmo com essa reforma, restou, ainda, a impossibilidade de juízes ordinários deixarem de aplicar leis que não estivessem em consonância com a Constituição nos casos concretos. O problema foi apenas solucionado com reformas futuras, além de ser evitado nas experiências constitucionais de outros países da Europa (CAPPELLETTI, 1984, p. 105-108).

Sobre a reforma de 1929, tem-se que a mesma não foi contrária a Corte Constitucional, mesmo que tenha sido, também, alterada a forma de estabelecer seus membros, e que, posteriormente, teve seus trabalhos obstruídos em decorrência do totalitarismo que se instaurou, segundo Hans Kelsen (2007, p. 306-307):

A reforma da constituição austríaca em 1929 não foi, de modo algum, dirigida contra a Corte Constitucional em virtude de um conflito entre esta e o executivo. A emenda não alterou a jurisdição da Corte: estabeleceu que seus membros não seriam mais eleitos pelo Parlamento, mas sim indicados pelo executivo [...]. A velha Corte foi, com efeito, dissolvida e substituída por outra, cujos membros eram quase todos correligionários do executivo. Este foi o início de uma evolução política que inevitavelmente levou ao fascismo, sendo responsável pelo fato de não ter havido resistência contra a anexação da Áustria pelos nazistas.

Em linhas gerais, a construção argumentativa, bem como a propagação do sistema austríaco de controle de constitucionalidade por via judicial, concentrada e abstrata, deve-se a

Hans Kelsen, que fez uso da Constituição da Áustria de 1920 como principal laboratório das teorias desenvolvidas, segundo nota explicativa de Duarte Neto (2010, p.188).

Além da elaboração da Constituição da Áustria, o fato que associou definitivamente o nome de Kelsen ao modelo de controle ora estudado, para Elival da Silva Ramos (2010, p. 139) foi:

[...] a sua intensa participação no debate internacional que se travou, após os anos vinte do século passado, a propósito da jurisdição constitucional, tendo, então, por meio de palestras e de textos escritos, em que comentava as notas tipificadoras daquele sistema, comparando-o com o de padrão estadunidense e defendendo-o de investidas que buscavam a sua completa destruição, lançando bases doutrinárias do que viria, posteriormente, a se constituir no modelo europeu de fiscalização dos atos legislativos.

Para a construção lógica destinada à fundamentação do sistema de controle de constitucionalidade, parte-se da premissa de que a Constituição regula toda a organização do processo de criação das normas, obviamente, tomando por base a visão positivista de direito, conforme apresenta Hans Kelsen (2007, p. 132):

A Constituição não é, então, unicamente uma regra de procedimento, mas também uma regra de fundo; por conseguinte, uma lei pode ser, então, inconstitucional, seja por causa de uma irregularidade de procedimento em sua elaboração, seja em decorrência da contrariedade de seu conteúdo aos princípios ou diretivas formulados na Constituição, quando excede os limites estabelecidos por esta.

No entanto, para evitar qualquer incongruência no bojo de todo conjunto de sua obra, o autor austríaco apenas admite a possibilidade de existir uma inconstitucionalidade material, desde que essa seja compreendida como inconstitucionalidade formal, ainda que possa parecer paradoxal. Para ele, ao afrontar o conteúdo de uma Constituição, uma lei, caso aprovada, deixaria de ser inconstitucional, mas como nesse exemplo não foram respeitados os limites estabelecidos pela Constituição, seria então um desrespeito à forma posta para criação legislativa. O autor austríaco finaliza o raciocínio afirmando que:

Se o direito positivo não diferencia essas duas formas [inconstitucionalidade formal e material], o estabelecimento de princípios, de diretivas, de limites para o conteúdo das leis não tem sentido jurídico e não passa de uma aparência desejada por motivos políticos, como são aliás as liberdades garantidas na forma constitucional no caso frequente em que a Constituição autoriza a legislação ordinária a limitá-las (KELSEN, 2007, p. 132).

Outro ponto relevante foi o meio que Hans Kelsen encontrou para consubstanciar a atividade do controle de constitucionalidade por uma via jurisdicional, afastando a tradição parlamentar. Para tanto, o mesmo aproximou as funções desempenhadas por ambos (Parlamento e Tribunal Constitucional) na criação e na atividade normativa, com a diferença de que o juiz constitucional figuraria como um “legislador negativo” (RAMOS, 2010, p. 140-143).

Essa equiparação realizada entre as atividades de um julgador e de um legislador poderia dar ensejo a questionamentos sobre a interferência entre os Poderes e Kelsen (2007, p. 151) argumenta que:

Mas o caráter problemático dessa argumentação tão logo salta aos olhos, ao se considerar que o órgão a que é confiada a anulação das leis inconstitucionais não exerce uma função verdadeiramente jurisdicional, mesmo se, com a independência de seus membros, é organizado em forma de tribunal. Tanto quanto se possa distingui-las a diferença entre função jurisdicional e legislativa consiste antes de mais nada em que esta cria normas gerais, enquanto aquela cria unicamente normas individuais.

Hans Kelsen de forma silogística propõe, então, que anular uma lei é ao mesmo tempo criar uma regra geral “com sinal negativo”, e que, portanto, o tribunal que tivesse tal poder seria parte, também, do Poder Legislativo (KELSEN, 2007, p. 151-152).

Em breve paralelo, pode-se perceber nesse ponto a imprescindibilidade do raciocínio kelseniano para a formatação do controle jurisdicional de constitucionalidade concentrado, largamente utilizado nos dias atuais. Há, no entanto, diversas ponderações realizadas sobre uma aplicação desvinculada de tal ideia, principalmente ao levar em consideração novos provimentos jurisdicionais das Cortes, bem como as alterações e novas percepções acerca das Constituições, transcendendo uma visão unicamente procedimentalista e formal, conforme contextualização necessária realizada por Georges Abboud (2011, p. 173-175) ao angariar posicionamentos de diversos autores.

Além do mais, com relação as diferenças que mais ressaltam entre os sistemas norte-americano e austríaco, uma especial reside sobre a anulabilidade do ato inconstitucional, para o primeiro ato é nulo por si só, enquanto para o segundo é anulável, perdurando no interior do ordenamento jurídico e, inclusive, produzindo efeitos, até que se dê, efetivamente, a anulação pelo órgão competente, bem como a determinação dos efeitos, que pode variar quanto ao grau da anulabilidade e o caso (DUARTE NETO, 2010, p. 187). Após elencar possibilidades de modulação da anulação e seus efeitos, Kelsen (2007, p.173) conclui que:

Cumpra notar enfim que a anulação não deve se aplicar necessariamente à lei inteira ou ao regulamento inteiro, mas também pode se limitar a algumas das suas disposições, supondo-se naturalmente que as outras permanecerão apesar de tudo aplicáveis ou ainda não tenham seu sentido modificado de modo inesperado. Caberá ao tribunal constitucional apreciar livremente se quer anular a lei ou o regulamento inteiros, ou simplesmente algumas das suas disposições.

Insta salientar que nem todas as modificações realizadas pela reforma da Constituição austríaca de 1929 chegaram a vigorar em decorrência dos fatos políticos e sociais que antecederam a Segunda Guerra Mundial, posto que a Áustria estava integralmente envolvida. As motivações e desdobramentos do conflito fizeram com que a referida reforma apenas fosse posta em vigor após o encerramento do conflito, instituindo-se novamente a Corte Constitucional. Posteriormente ocorreram outras alterações como, por exemplo, na década de 1970, em que se ampliou a competência para a realização do controle de constitucionalidade, passando a permitir que os tribunais de segunda instância também o fizessem, além de adequações acerca do processo de declaração da inconstitucionalidade, o sistema de exclusão da norma contrária, bem como a modulação dos efeitos, incluindo sua retroatividade, dentre outras alterações (DIMOULIS; LUNARDI, 2014, p. 45-47).

3.2.4 A Ideia de um “Sistema Europeu” de Controle de Constitucionalidade

Com o advento da Segunda Grande Guerra interrompeu-se boa parte da construção e das experiências constitucionais europeias. A caminhada foi retomada, apenas, após o encerramento do combate mencionado, iniciando uma profícua fase de reconstitucionalização dos países da Europa, tendo como uma das principais bases dessa nova etapa a Constituição alemã de Bonn de 1949 e, como coloca Conrado Hübner Mendes (2008, p. 15), os debates e reflexões passaram a tomar como objeto os direitos fundamentais, de modo que as Constituições seguintes tanto na Europa quanto em outros lugares do mundo passaram a adotar o caráter dirigente, como foram os casos dos textos constitucionais de Portugal em 1976, da Espanha em 1978, e do Brasil em 1988 mais recentemente.

Para Louis Favoreu (2004, p. 22-23), diversas são as razões históricas que levaram alguns países europeus a adotarem o modelo kelseniano de jurisdição constitucional. Os nefastos resultados das experiências nazista e fascista tiveram grande influência para o reestabelecimento da Corte Constitucional na Áustria, bem como a criação destas Cortes na Alemanha e na Itália, enquanto, no mesmo sentido, a Espanha e Portugal criaram, também, tal

modalidade de Tribunal, posto que estavam em busca do refazimento de suas democracias após terem passado por longos períodos de governos ditatoriais.

Esse conjunto de fatores históricos fez com que a confiança nos juízes ordinários (que já não era alta na Europa em decorrência da tradição Parlamentar já estudada) diminuísse mais ainda, bem como os países perceberam que até os legisladores, representantes legítimos da soberania do povo, poderiam ser igualmente opressores, tornando, assim, necessário a criação de meios para que deles a nação pudesse se proteger (FAVOREU, 2004, p. 23).

Não obstante a criação das Cortes Constitucionais, Mauro Cappelletti (1984, p. 108-111) em relevante percepção, sem reduzir o mérito e a influência do controle de constitucionalidade concebido pela Áustria, confere atenção para o cuidado e diferenciação que as Constituições da Itália de 1948 (posta em prática em 1956) e a alemã de Bonn de 1949 tiveram acerca dos juízes comuns e das instâncias inferiores aos tribunais que concentravam a competência para julgar as controvérsias constitucionais, sendo esses igualmente incompetentes, mas destacando que:

[...] na Itália como na Alemanha, diferentemente da Áustria, *todos os juízes comuns, mesmo aqueles inferiores*, encontrando-se diante de uma lei que eles considerem contrária à Constituição, em vez de serem passivamente obrigados a aplicá-la, têm, ao contrário, o poder (e o dever) de submeter a questão da constitucionalidade à Corte Constitucional, a fim de que seja decidida por esta, com eficácia vinculatória (CAPPELLETTI, 1984, p. 109).

Tem-se, assim, mais uma contribuição do que pode ser chamado de sistema europeu de controle de constitucionalidade, cujos caracteres por vezes misto e particular de cada país, conserva semelhanças com o sistema austríaco (concentrado e abstrato), mas apresentando inovações como, por exemplo, a legitimação dos juízes e tribunais ordinários dando-lhes a possibilidade e o dever de dirigir a controvérsia dos casos concretos para as Cortes Constitucionais competentes.

Em suma, os fatos narrados ao longo dos últimos itens foram os prolegômenos do desenvolvimento dos principais modelos de jurisdição constitucional e do controle de constitucionalidade, mesmo sem a pretensão de esgotar as contribuições e minúcias de todos os países, fortaleceu-se o sedimento necessário para a compreensão da realidade brasileira em voga.

3.2.5 As Cortes Constitucionais da Europa

Os modelos de jurisdição constitucional existentes nos países europeus não teriam sido criados e aprimorados se não fosse a construção inicial de Kelsen e sua imprescindível contribuição ao constitucionalismo austríaco, especialmente com relação a ideia de Corte Constitucional, alinhavando o modelo concentrado, como já exposto.

Louis Favoreu (2004, p. 15-17) relata que todas as Constituições europeias que foram criadas no pós 02º Guerra Mundial adotam a existência de uma Corte Constitucional para os seus países, podendo-se definir esta instituição como “[...] *uma jurisdição criada para conhecer especial e exclusivamente o contencioso constitucional, situada fora do aparelho ordinário independente deste e dos poderes públicos [...]*”.

Além das razões históricas apresentadas acerca da necessidade de prevenir os abusos tanto dos integrantes do Poder Judiciário, quanto dos parlamentares, que se revelaram opressores⁵ em potencial, resta possibilitada a compreensão das razões políticas para instituir um órgão que servisse de contrapeso e freio aos mandos e desmandos dos autores políticos que possam estar na posse do poder. Nesse sentido Maurice Hauriou⁶ (1929, p. 636, apud FAVOREU, 2004, p. 25) já havia alertado sobre “[...] a necessidade de controlar os parlamentos porque sua legislação, emudecida pelas paixões eleitorais, tornou-se uma perigosa ameaça para as liberdades”.

Restam evidentes, então, os motivos, eminentemente políticos, pelos quais se compreende ser necessário realizar a devida fiscalização por meio de uma Corte Constitucional, reforçando, também, a Supremacia da Constituição e os valores que nelas usualmente estiverem inseridos. Desta feita, Louis Favoreu (2004, p. 25-26) deduz que:

Em face do bloco majoritário, a oposição tem necessidade de proteção, e a própria maioria tem necessidade de um contrapeso, uma vez que, caso contrário, não estaremos mais em um regime parlamentarista. [...].
[...]. Nos sistemas europeus hostis ao exercício da justiça constitucional pelos tribunais ordinários, a evolução do regime parlamentarista para um “regime majoritário” terminou conferindo uma imunidade jurisdicional às ações do Governo, na medida em que elas tomam a forma de projetos de lei, votados sem pestanejar por uma maioria parlamentar “submissa”.

Apesar da heterogeneidade, ao se falar de Corte Constitucional, posto que cada uma possui uma organização que lhe é própria, bem como atende os desígnios e particularidades

⁵ No sentido de realizarem escolhas que prejudiquem e cerceiem direitos tanto de minorias quanto de maiorias, seguindo desígnios ideológicos ou político-partidários que colocam em risco a convivência minimamente harmônica dos membros de uma determinada sociedade.

⁶ HAURIOU, Maurice. *Précis de droit constitutionnel*. Paris: Sirey, 1929.

dos países em que são criadas, podem ser estabelecidos alguns caracteres básicos que auxiliam na identificação e na diferenciação em relação as demais jurisdições e tribunais.

Louis Favoreu (2004, p. 27-39) elenca as principais características das Cortes Constitucionais do modelo europeu, enaltecendo o fato de que, geralmente, essas são implementadas em Estados cujo regime político seja o parlamentarismo, ou o semi-parlamentarismo, e devem possuir independência para que a Corte possa organizar a si própria, bem como o funcionamento de suas atribuições, não podendo estar vinculada de forma alguma aos poderes públicos os quais deverá ela fiscalizar. Nesse sentido, o autor assevera de forma contumaz:

Qualquer instituição, cuja existência, funcionamento ou atribuições arrisquem-se a serem desprezados pelo legislador ou pelo governo, não pode ser considerada uma Corte Constitucional nem como uma jurisdição constitucional (FAVOREU, 2004, p. 27).

Outro elemento necessário para a distinção de uma Corte Constitucional é que esta detenha, efetivamente, o monopólio da jurisdição constitucional (FAVOREU, 2004, p. 28). Caso contrário, se fosse facultado aos juízes ordinários conhecer os conflitos constitucionais, restaria apenas uma mera repetição do modelo norte-americano difuso de controle de constitucionalidade.

Ademais, a composição das Cortes também merece especial atenção. Por se tratar de uma jurisdição que não está inserida no âmbito de nenhum dos Poderes, não faria sentido que os seus membros alcançassem a Corte através de uma carreira, tal qual magistrados comuns o fazem no decorrer do exercício profissional galgando instâncias superiores através de promoções, de acordo com os critérios estabelecidos por aquele Judiciário (FAVOREU, 2004, p. 28).

No geral, as Cortes europeias possuem grandes semelhanças entre si sobre como são realizadas as indicações realizadas pelas autoridades políticas para os cargos de juízes que irão as compor, seja por se destacarem ou em decorrência de suas tendências políticas, conforme explica Louis Favoreu (2004, p. 29), que observa, também, a grande proporção de professores universitários dentre as indicações, considerados como possuidores de uma maior autonomia do que magistrados de carreira. Não obstante, para algumas Cortes como, por exemplo, o Conselho de Estado da França, não se faz necessário que o indicado seja um jurista (professores de Direito, advogados, etc.), diferentemente de países como Áustria, Alemanha, Itália, Espanha, Portugal, dentre outros, que possuem algumas exigências de que

para ser indicado, o novo juiz deve ser ou ter sido, por exemplo, professor de Direito, magistrado, dentre outras atividades.

Ainda sobre os membros das Cortes Constitucionais, esses são designados por diversos atores políticos dos respectivos países, sejam eles do Poder Legislativo, Judiciário ou Executivo, como, por exemplo, o Presidente da República, Parlamento, Conselhos, tribunais superiores, além do fato do mandato ter duração certa, ou até atingir determinada idade (FAVOREU, 2004, p. 30-31).

Com relação ao caráter institucional das Cortes Constitucionais, Louis Favoreu (2004, p. 32-33) afirma que elas precisam, necessariamente, estarem situadas fora da estrutura jurisdicional ordinária, não sendo tão somente uma instância do Poder Judiciário, mas funcionando como uma verdadeira jurisdição dotada de autoridade, conforme descrito *in verbis*:

Definitivamente, o que importa é que a Corte Constitucional afirme o Direito com autoridade de coisa julgada e que suas declarações de inconstitucionalidade possam terminar em anulações com efeito *erga omnes*. Em compensação, quando à Corte cabe apenas devolver a lei ao Parlamento, sem poder anulá-la, podendo duvidar de que se trate de uma verdadeira jurisdição; [...]

Depreende-se, então, que não se pode confundir a atividade do controle de constitucionalidade com a atividade legislativa. Não encaminhar a própria decisão ao Parlamento não significa que a Corte esteja criando uma lei, tal qual a função legiferante do Poder Legislativo, mas reforçando sua autoridade e decidindo dentro dos parâmetros que lhe compete, não dotada de liberdade criativa.

Em suma, a competência principal da jurisdição constitucional e, conseqüentemente, das Cortes Constitucionais é a de submeter a vontade do Parlamento à vontade da Constituição tanto material quanto formal, podendo ocorrer por diversos meios, e para Louis Favoreu (2004, p. 33-35), não importa se for realizado o controle antes ou depois da promulgação das leis, ressaltando que diversas Cortes, dentre elas a alemã, a italiana, a espanhola, a portuguesa e a austríaca, permitem ambos os momentos:

Portanto, quer sejam provocadas *a priori* ou *a posteriori*, pelas minorias parlamentares ou pela autoridade do Estado, as Cortes asseguram esse tipo de controle [contencioso concentrado] preconizado por Kelsen, que é de fato um interesse para a ordem constitucional.

O autor francês conclui, então, que a proteção dos direitos fundamentais face o legislador é o principal objeto do controle realizado na Europa, competindo tal tarefa apenas às Cortes Constitucionais, razão da importância e da estruturação concebida (FAVOREU, 2004, p. 35-36).

3.3 Classificações Gerais do Controle de Constitucionalidade

O Direito Constitucional enquanto ramo da ciência jurídica possui estruturas que são próprias ao seu funcionamento e entendimento que, por vezes, não podem ser transportadas para outros segmentos ou, ainda, compreendidas sem a devida contextualização.

Tem-se, também, que a construção da presente seara não se dá de forma unívoca, ou tão pouco pacificada, seja com relação às terminologias utilizadas, ou com relação às definições e sentidos empregados.

Ocorre que, mesmo diante de tais dificuldades, a partir do momento no qual foram apresentadas as perspectivas teóricas e históricas que propiciaram o desenvolvimento dos seus elementos, torna-se viável compreender que as Constituições consolidaram-se como baluartes da organização e dos princípios dos Estados, especialmente os Estados Democráticos de Direito. Para sua efetiva promoção são necessários meios que possibilitem a proteção de sua supremacia.

Nem sempre, como visto, a proteção da Constituição precisa ocorrer por meio de vias judiciais. A competência para defendê-la será mais adiante discutida, tomando-se o controle de constitucionalidade, mesmo com todas suas variações, como uma das formas que historicamente comprovaram-se eficazes para a realização de tal função.

Condensando parte relevante das considerações doutrinárias sobre o assunto, Ferreira Filho (2013, p. 64) apresenta o controle de constitucionalidade como sendo:

[...] a *verificação da adequação de um ato jurídico* (particularmente da lei) à Constituição. Envolve a verificação tanto dos *requisitos formais* – subjetivos, como a competência do órgão que o editou – objetivos, como a forma, os prazos, o rito, observados em sua edição – quanto dos *requisitos substanciais* – respeito aos direitos e às garantias consagradas na Constituição – de constitucionalidade do ato jurídico.

Apenas a título de complementação, considerada aqui como necessária, tem-se que o ato jurídico deve ser encarado de forma ampla, não apenas como texto de lei e, não obstante,

aos requisitos bem pontuados, mencionam-se, também, as eventuais omissões de atores políticos presentes na organização do Estado.

Não se tem o intuito de transformar o presente item em manual didático ou mero catálogo sobre o tema, mas para melhor compreensão do recorte do trabalho faz-se necessário elencar alguns dos critérios classificatórios sobre o controle de constitucionalidade, que decorreram diretamente das experiências históricas apresentadas no item anterior, relevantes a temática central, mesmo tendo a consciência de que tais delimitações possam, eventualmente, incorrer na negligência de outros critérios de classificação, bem como seus detalhes que, no entanto, não acarretarão prejuízos ao conteúdo.

3.3.1 Quanto aos sujeitos que realizam o controle

Dentre os critérios clássicos que são frequentemente utilizados por diversos autores que desenvolvem estudos acerca do controle de constitucionalidade, apresenta-se uma diferenciação básica sobre quem realiza o controle, podendo ser através de sujeitos políticos ou jurisdicionais. Esse critério decorre da compreensão e da análise dos principais sistemas de controle apresentados no item anterior, o sistema francês, o sistema norte-americano, e o sistema austríaco.

O controle político de constitucionalidade, associado diretamente ao seu maior expoente, o sistema francês, como o nome já deixa claro, é realizado por órgãos políticos tais como, assembleias representativas, Parlamentos, etc. Não raro o controle político é também chamado de controle não judicial.

Segundo Elival da Silva Ramos (2010, p. 56-57) é possível dividir o controle político entre impróprio e próprio. Para o primeiro, controle deve ser observado e realizado juntamente com a função legislativa, geralmente, figurando como uma etapa do processo de criação das leis, ocorrendo tanto pela rejeição de eventual veto do Presidente da República (posto que este é superável, pelo menos no que diz respeito ao processo legislativo brasileiro) quanto pelo controle de constitucionalidade realizado no decorrer das etapas de criação de uma norma, por meio das Comissões de Constituição e Justiça das casas legislativas. Já o segundo controle, o controle político próprio, é assim chamado por estar desvinculado da função legislativa, porém não existem exemplos de países que atualmente façam uso desta modalidade.

Outro ponto pertinente sobre esta modalidade é que os responsáveis pelo controle político costumam ser legitimados pelo voto popular, seja através de eleições diretas ou

indiretas, tanto para o Poder Legislativo quanto para o Poder Executivo (DIMOULIS; LUNARDI, 2014, p. 70).

Além do controle político, tem-se, ainda, o controle jurisdicional, que por sua vez é tradicionalmente subdividido em difuso ou concentrado.

Em breve apresentação sobre as principais diferenças entre o controle políticos do controle judicial, não ignorando que o Poder Judiciário possui em sua atuação uma grande natureza política que direciona suas decisões, Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi (2014, p. 69) pontuam que:

No sistema judicial todos os julgadores realizam o controle como também pode ser criado um tribunal específico encarregado de proteger a Constituição, através de um procedimento judicial com características jurisdicionais. Em ambos os casos, o controle de constitucionalidade é promovido mediante procedimento adotado pelo Judiciário, seguindo, em geral, as regras de um processo legal.

A existência de independência política dos responsáveis pelo controle jurisdicional de constitucionalidade, esses se veem (ao menos na teoria) limitados a seguir as regras processuais, bem como a fundamentar suas decisões, diferentemente da liberdade de criação dos Poderes Políticos que lhe é intrínseca (DIMOULIS; LUNARDI, 2014, p. 69).

Por fim, Dimoulis e Lunardi (2014, p. 70) relembram a existência de variações do controle de constitucionalidade que podem combinar em um único sistema tanto a forma política quanto a forma jurisdicional. Tais formas permitem que os sistemas coexistam paralelamente e são usualmente chamados de sistema combinado ou misto.

Já com relação a quantidade de órgãos competentes para a realização do controle jurisdicional de constitucionalidade (sistema difuso e sistema concentrado), tem-se que o controle jurisdicional de constitucionalidade difuso (ou universal) foi inicialmente desenvolvido pelos Estados Unidos da América, razão pela qual é, também, chamado de controle norte-americano, e confere a autoridade do controle das leis para qualquer juiz, independentemente da instância, quando este estiver diante de um caso judicial concreto, sendo o juiz competente para realizar a devida apreciação (CANOTILHO, 2003, p. 898).

Em sentido oposto há, ainda, o sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade concentrado, que segundo Canotilho (2003, p. 898), diferencia-se por haver apenas um órgão competente para decidir acerca da constitucionalidade das leis, que por sua vez pode variar de país para país, podendo integrar o Poder Judiciário, ou, ainda, ser uma Corte Constitucional

independente dos demais poderes políticos. Este sistema é conhecido, também, como sistema austríaco.

Há, ainda, quem diga que possam existir modelos mistos, “[...] quando o Tribunal Supremo decide de forma concentrada sobre a constitucionalidade de leis, mas isso não impede que qualquer juiz possa realizar o controle de maneira difusa” (DIMOULIS; LUNARDI, 2014, p. 74). No entanto, esse critério não deve ser aceito, posto que a presente classificação leva em consideração a quantidade de órgãos legitimados para realizar o controle jurisdicional de constitucionalidade. Portanto, se existem mais de um órgão legitimado para realizar o controle, em que pese haver um destinado especificamente ao controle concentrado, não deixa de ser uma forma difusa de controle, conforme explicam Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi (2014, p. 75).

3.3.2 Quanto ao momento do controle

Outro critério relevante que deve ser analisado ao se tratar de controle de constitucionalidade é o momento em que este inicia sua atuação, podendo ser preventivo, repressivo ou misto.

O controle de constitucionalidade preventivo ocorre quando determinado ato normativo não tenha encerrado seu processo de formação (bem como não tenha entrado em vigor), sendo, portanto, um ato jurídico imperfeito (CANOTILHO, 2003, p. 901).

Há, ainda, importante observação realizada por Elival da Silva Ramos (2010, p. 62-63). Quando explica que, apesar de historicamente o controle preventivo ser associado ao controle de constitucionalidade político no decorrer do processo legislativo, especialmente em observação ao modelo francês, um não está necessariamente vinculado ao outro, apesar de coincidirem.

A título de complementação sobre o sistema francês de controle de constitucionalidade, Dimoulis e Lunardi (2014, p. 77) relembram que desde 2008, através de uma Emenda Constitucional, a França não mais realiza o controle exclusivamente político. Tal emenda passou a possibilitar que o *Conseil Constitutionnel* também fosse invocado e pudesse realizar controle repressivo caso fossem violados direitos fundamentais garantidos pela Constituição.

Em contrapartida há o critério repressivo acerca do momento do controle de constitucionalidade.

Corriqueiramente vinculado ao sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade, apesar de não ser equivalente, o controle repressivo ocorre após o aperfeiçoamento do ato normativo, quando este não mais pertence ao processo de formação legislativa. Sobre o controle repressivo, tem-se que:

A maior parte das classificações sobre aspectos ou técnicas dos sistemas de controle de constitucionalidade dizem respeito ao controle jurisdicional repressivo, que, de longe, foi aquele que maior importância e desenvolvimento científico assumiu (RAMOS, 2010, p. 65).

Além do controle preventivo, também chamado de *a priori*, e do controle repressivo, chamado de *a posteriori*, tem-se nas experiências de controle de constitucionalidade o modelo misto, ou combinado, nos quais as Constituições admitem ambos os momentos de controle.

3.3.3 Quanto ao modo do controle

Por fim, dentre as principais classificações elencadas para a presente pesquisa, atenta-se para as formas de realização do controle jurisdicional de constitucionalidade, podendo-o ocorrer por via incidental ou principal, e concreto ou abstrato.

O controle jurisdicional de constitucionalidade por via incidental ocorre no decurso de uma ação judicial que tenha por objeto uma matéria qualquer da seara do Direito, como questões cíveis, penais, tributárias, etc., mas averigua-se a existência de eventuais afrontas à Constituição que, por sua vez, prejudicam a resolução da matéria principal do conflito. Portanto, para a solução do caso, faz-se necessária a realização do controle de constitucionalidade de modo incidental.

Essa modalidade de controle pode remeter quem o analisa, por vezes inconscientemente, ao controle difuso de constitucionalidade (sistema norte-americano), mas Canotilho (2003, p. 899) alerta que a via incidental ocorre, também, em modelos concentrados, *in verbis*:

O incidente da inconstitucionalidade pode suscitar-se em qualquer tribunal para efeitos de *desaplicação* da norma inconstitucional ao caso concreto. Mas é incorreto dizer-se hoje que o controlo por via incidental se identifica com o controlo difuso. [...]. Noutros sistemas, o controlo concentrado pressupõe também o incidente da inconstitucionalidade, embora aqui o juiz (ao contrário do controlo difuso) se limite, como tribunal *a quo*, a suspender a acção fazendo subir a questão da inconstitucionalidade para o Tribunal Constitucional.

Em contrapartida ao controle incidental de constitucionalidade cujo objeto principal da ação em curso não é a afronta à Constituição, no controle jurisdicional de constitucionalidade por via principal, a eventual inconstitucionalidade de ato (geralmente normativo) é questionado em processo exclusivo para tal verificação, conforme previsão e sistema adotado por cada país (RAMOS, 2010, p. 75).

Ressalta-se, também, que da mesma forma que o controle incidental não necessariamente está vinculado ao sistema de controle difuso, o controle jurisdicional de constitucionalidade por via principal pode remeter-se tanto ao controle abstrato quanto ao controle de garantias concretas de direitos fundamentais, mas ambos são destinados em procedimentos autônomos aos Tribunais competentes como, por exemplo, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, etc. (CANOTILHO, 2003, p. 900).

Dialogando com os critérios apresentados tem-se, ainda, a distinção classificatória entre controle de constitucionalidade abstrato e concreto.

Para Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi (2014, p. 78-79), o controle abstrato é, basicamente, aquele que através de ações diretas do controle de constitucionalidade, os dispositivos de determinado ato normativo são confrontados com a Constituição objetivando a proteção e supremacia desta, e que o interesse desse tipo de controle não é individual ou está vinculado a nenhum processo jurídico específico. Já o controle concreto versa sobre algum caso que, por via de procedimentos ordinários, seja necessário verificar a compatibilidade das leis infraconstitucionais referentes à questão e a Constituição.

Enquanto não é possível realizar nenhuma generalização sobre o controle incidental ou principal e os sujeitos que realizam o controle (modelo difuso ou concentrado), pode-se aqui compreender uma aproximação natural entre o controle incidental e sua concretude, e o controle principal e sua característica abstrata, conforme apresenta Elival da Silva Ramos (2010, p. 77-78):

Por tudo o que até aqui se expôs, não é difícil perceber que o controle incidental, em maior ou menor escala, sempre será de natureza concreta, em qualquer de suas modalidades. [...].

Por seu turno, o controle principal, isto é, desenvolvidos por meio de processos constitucionais de controle, intitulados de ações diretas, adquire, em geral, feições abstratas.

Sobre a última colocação existe, no entanto, a ressalva de que também pode haver ação direta de inconstitucionalidade em que se observe particularidades individuais acerca de

direito material que seja afetado pela norma tida como inconstitucional (RAMOS, 2010, p. 78).

Há, ainda, a possibilidade de existir em um só sistema jurídico a combinação de todas essas formas de controle jurisdicional de constitucionalidade, seja o controle principal ou incidental, seja abstrato ou concreto, conforme afirmam Dimoulis e Lunardi (2014, p. 78-80), mas tal mescla com frequência geram problemas diversos como, por exemplo, a falta de congruência entre as decisões dos casos concretos, a morosidade e grande acúmulo de processos que demandam por decisões nos órgãos concentrados, gerando, assim, uma ausência de segurança jurídica sobre a constitucionalidade arguida, independentemente da forma.

São essas algumas das classificações possíveis cujo desenvolvimento e adaptações das experiências de cada país contribuíram para o amadurecimento do controle de constitucionalidade, especialmente jurisdicional, objetivando a primazia da Constituição e tudo que dela decorre como, por exemplo, a busca pela justiça, legalidade, equidade, etc..

Reitera-se a consciência de que existem diversas outras modalidades classificatórias acerca do controle de constitucionalidade, mas dentre tantas, aquelas que foram aqui apresentadas são as que conferem a capacidade de compreensão do tema proposto, especialmente para análise da realidade pátria do controle jurisdicional de constitucionalidade, que será a seguir trabalhada.

4 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

O controle de constitucionalidade, enquanto instrumento da jurisdição constitucional, apresenta diversas maneiras de proteger a Constituição e zelar por sua supremacia. Essa, por sua vez, fortaleceu-se mediante o acúmulo de conquistas políticas, jurídicas e sociais no decorrer de séculos que foram permeados pelos mais variados tipos de conflitos, seja no campo da força bruta ou no campo das ideias.

Aos poucos no Brasil foram importadas doutrinas e teorias jurídicas das mais diversas origens, por vezes antagônicas entre si, como no caso das formas de controle de constitucionalidade austríaca e estadunidense.

O controle de constitucionalidade dá azo a diversos problemas até mesmo em Estados de tradição jurídica mais homogênea, fato que ao ser transportado para a realidade brasileira apenas fez com que aumentasse a complexidade do assunto dentro do sistema jurídico pátrio.

Mas, conforme afirma Hans Kelsen (2007, p. 153), “[...] não se pode propor uma solução uniforme para todas as Constituições possíveis. A organização da jurisdição constitucional deverá se adaptar às particularidades de cada uma delas”. Por essa razão serão analisadas no presente capítulo as particularidades do controle de constitucionalidade brasileiro e os problemas que dele surgem.

4.1 Origens do Controle de Constitucionalidade nas constituições do Brasil

Antes da atual Constituição brasileira de 1988, o Brasil teve outras seis Leis Fundamentais no decorrer de sua história. Inicia-se com a Constituição Imperial de 1824, passando por Cartas que foram frutos de diversos momentos e formas de organização do país, como a proclamação da república e experiências ditatoriais. A última foi promulgada ao se alcançar, finalmente, a redemocratização e a Constituição de 1988.

Para Duarte Neto (2010, p. 203), nem sempre a substituição de uma Constituição por outra representa um indício de que a instabilidade tenha tomado conta da situação política e social de determinado país, partindo, então, da premissa que as leis fundamentais “[...] nascem, crescem, transformam-se e fenecem [...]”.

Insta salientar que, apesar de muitos autores fazerem uso recorrente da terminologia “evolução histórica”, o presente trabalho opta, apenas, pela identificação das transformações que ocorreram no decorrer da história, afastando eventuais expectativas de que toda mudança

se deu de forma linear, ou tenha alcançado, necessariamente, algum progresso, que pode ser, também, relativo.

A promoção da supremacia das experiências constitucionais brasileiras foi realizada de diversas formas, por vezes examinando e, posteriormente, incorporando alguns dos modelos de controle de constitucionalidade que eram criados e utilizados nas mais diversas realidades dos países europeus e americanos.

Nesse sentido, inicia-se a análise das formas de controle de constitucionalidade existentes nas Constituições brasileiras, por aquela que foi a primeira Constituição, mas que, no entanto, era desprovida da previsão de controle jurisdicional.

Criada sob uma forte influência dos ideários franceses da época, especialmente com relação à separação dos Poderes, a Constituição de 1824, também chamada de Constituição do Império, realizava, apenas, a verificação política acerca da constitucionalidade das leis formuladas pelo Poder Legislativo, organizado à época em duas casas da Assembleia Geral. Essa verificação, por sua vez, era realizada preventivamente pelo Poder Moderador, cujo objetivo principal era o de manter a harmonia entre os poderes políticos (RAMOS, 2010, p. 177-183).

Em movimento oposto, a Constituição de 1891, a primeira Constituição republicana do Brasil, estabeleceu profundas alterações para a organização do Estado brasileiro, incluindo o sistema presidencialista e a forma federativa de composição do Estado, em nítida inspiração norte-americana. O estímulo desse modelo culminou na criação do Supremo Tribunal Federal, bem como na adoção da forma difusa de controle de constitucionalidade, especialmente por parte dos estados federados, conforme apresenta Fábio Cesar dos Santos Oliveira (2004, p. 58-60). Sobre essa inserção, Elival da Silva Ramos (2010, p. 184) explica que o fato de passar a existir o controle difuso e jurisdicional, esse não afastou por completo a possibilidade do controle de constitucionalidade político e preventivo, mas que dessa vez competia ao Presidente da República à realização de veto.

Não obstante, importante mencionar acerca da adequação necessária decorrente da importação do sistema difuso e jurisdicional do *Common Law* para o *Civil Law*, estabelecendo parâmetros em formato de norma como solução para que o controle fosse realizado sem maiores problemas:

Se nos Estados Unidos a competência do Poder Judiciário para efetuar o controle de constitucionalidade dos atos legislativos exigiu elaborada construção jurisprudencial, combinando ao princípio da supremacia da Constituição uma compreensão precisa dos limites e possibilidades da

função jurisdicional, no Brasil tal fiscalização não admitia, em princípio, dúvida alguma, pois embora a nossa primeira Constituição republicana não consagrasse, de modo direto a possibilidade de a magistratura nacional recusar a aplicação de leis inconstitucionais, indiretamente o fazia, nos termos de seu art. 59, § 1º, alíneas *a* e *b* (RAMOS, 2010, p.185).

A Constituição seguinte, de 1934, em que pese sua curta duração, foi responsável por manter a influência do sistema estadunidense de controle, bem como por ampliar as adequações necessárias para a realidade brasileira, cuja tradição jurídica é tão diversa da dos Estados Unidos. Estabelece-se, por exemplo, que a inconstitucionalidade fosse declarada pela maioria dos órgãos do tribunal que estivesse realizando o controle de constitucionalidade, evitando, assim, a criação de jurisprudência sobre o tema que fosse divergente. Menciona-se, ainda, que a Constituição de 1934 foi responsável por iniciar uma abertura ao sistema austríaco de controle de constitucionalidade, criando uma ação direta, passando-se, então, a aceitar uma forma concentrada do controle, que não mais seria inteiramente difuso (OLIVEIRA, 2004, p. 60-63).

Antes de dar prosseguimento a análise do controle de constitucionalidade nas Constituições brasileiras é fundamental mencionar acerca do intranquilo momento político e social pelo qual o Brasil passava. Entre os anos de 1930 e 1945 o Brasil em maior ou menor modo foi conduzido por Getúlio Vargas, com todas as suas características, peculiaridades e ideários políticos, conforme explica Duarte Neto (2010, p. 230) em tenaz colocação:

Foi um período de grande instabilidade constitucional, principalmente pela ausência de segurança e previsibilidade do Direito e o que se afirma tem uma razão singela: preteriu-se o governo das leis, pelo governo dos homens, ou, se é admitido dizer, pelo governo de um homem em particular. Isso se mostrou a descoberto a partir do Estado Novo.

Nesse período foi, então, concebida a Constituição de 1937, cujo espírito eminentemente antidemocrático afetou, inclusive, o controle de constitucionalidade, em que pese ter ocorrido a conservação das formas do controle difuso que já haviam sido inseridas nas Constituições anteriores, conforme explica Fabio Cesar dos Santos Oliveira (2004, p. 63-64). A Constituição de 1937, no entanto, não se firmou como exemplo a ser seguido em termos normativos, ou tão pouco como fonte de inspiração para demais instituições, deixando de contribuir com as experiências futuras em razão de sua baixa efetividade e grande instabilidade (DUARTE NETO, 2010, p. 232).

O Brasil, objetivando a superação deste conturbado período autoritário pelo qual passou, elabora a Constituição de 1946 através de uma Assembleia Nacional Constituinte, resgatando, assim, os valores democráticos.

No entanto, acerca da nova organização constitucional, Duarte Neto (2010, p. 237) ressalva que, apesar do momento ser democrático, esse não necessariamente conferiu estabilidade ao país, sendo, ainda, um período de grande conturbação política, marcado por diversas crises das instituições, bem como sucessivas tentativas de diversos grupos para chegar ao poder, mesmo que por meios não previstos nas regras constitucionais.

Com relação a estrutura do controle de constitucionalidade na lei fundamental de 1946, Elival da Silva Ramos (2010, p. 204) apresenta:

De modo geral, pode-se dizer, no que pertence ao controle de constitucionalidade jurisdicional-repressivo, que se retornou à disciplina normativa de 1934, recuperando-se as importantes inovações introduzidas no sistema de padrão estadunidense moldado por nossa primeira Constituição republicana.

A Constituição de 1946 teve, ainda, importância para o controle de constitucionalidade por duas contribuições. A primeira se deve ao resgate da ação direta de inconstitucionalidade, que já havia sido introduzida na carta fundamental de 1934, mas sem aplicação efetiva. Essa, por sua vez, sofreu modificações como, por exemplo, conferir a titularidade da representação ao Procurador-Geral da República e elencou os princípios nos quais as violações dariam ensejo ao controle, sendo eles: a forma republicana representativa, a independência entre os Poderes, a limitação temporal dos cargos eletivos, dentre outros taxativamente apresentados no art. 7º e 8º da Constituição em questão, conforme apresenta Gilmar Ferreira Mendes (2012, p. 139).

Outro fato insigne decorrente dessa ação do controle foi que pela primeira vez no Brasil o Supremo Tribunal Federal tomou para si a função de apreciar questões de constitucionalidade abstrata (RAMOS, 2010, p. 203-213).

Nota-se que, naquele momento, era compreensível que o Supremo Tribunal Federal assumisse o papel de julgador dos casos abstratos, principalmente por não ter sido estabelecido nenhum rito processual completo sobre a referida forma de controle, fato que acabou por desencadear essa competência, possibilidade, e entendimento no país.

A segunda e relevante contribuição da Constituição de 1946 para o controle de constitucionalidade ocorreu através da Emenda Constitucional nº 16, de 1965, que positivou a competência do Supremo Tribunal Federal para dar andamento processual e julgar aquelas

representações contra a inconstitucionalidade de atos normativos federais ou estaduais, incorporando, também, o caráter concentrado do controle de constitucionalidade, conforme apresenta Oliveira (2004, p. 66-67).

Convém atentar para o fato de que quando houve a edição da Emenda Constitucional nº 16 de 1965, o Brasil já não mais vivia uma democracia dada a ruptura da ordem jurídico-constitucional sofrida com o golpe civil-militar de março de 1964, em que pese ter sido editado naquele ano o Ato Institucional nº 1, que manteve a vigência da Constituição de 1946, gradativamente retalhada por Emendas Constitucionais e demais Atos Institucionais que a modificaram quase que por completo (RAMOS, 2010, p. 213-214).

A escalada autoritária do regime militar instaurado outorgou em 1967 a nova Constituição do Brasil, que em relação ao controle de constitucionalidade manteve as criações da Constituição anterior.

Alterações relevantes para o controle ocorreram com o advento da Emenda Constitucional nº 01 de 1969, que passou a aceitar a averiguação de constitucionalidade de leis municipais face as Constituições estaduais, e com a Emenda Constitucional nº 7 de 1977 que conferiu a legitimidade ativa ao Procurador-Geral da República para a proposição do controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos federais ou estaduais perante o Supremo Tribunal Federal, bem como estabeleceu a possibilidade do referido tribunal realizar a apreciação das representações em sede liminar (OLIVEIRA, 2004, p. 68-69).

Existem diversos outros detalhes jurídicos tanto materiais quanto formais acerca das Constituições que o Brasil já teve no decorrer de sua história, mas que sairia do propósito do trabalho conferir especial atenção para estes pontos, ainda que relevantes para a seara constitucional como um todo.

As considerações realizadas nesse item conferem o auxílio para compreender a trajetória que culminou no atual e complexo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade estabelecido pela Constituição de 1988.

4.1.1 A Constituição brasileira de 1988 e o controle de constitucionalidade

Após longos anos nos quais a liberdade e a democracia haviam sido suprimidas pela ditadura civil-militar, que insistia em perdurar, entre o final da década de 1970 e, especialmente, o início da década de 1980, clamava-se no Brasil por uma nova ordem que conferisse efetiva participação popular nas diretrizes e tomadas de decisão do país.

O Brasil vivia, então, uma situação que demandava e possibilitava a criação de novas normas fundamentais, bem como uma nova Constituição que retomasse a ideia de justiça e uma nova formatação do Estado, segundo José Afonso da Silva (2000, p. 107-108). O autor expõe, também, que a situação constituinte da qual o povo estava imbuído era irremediável:

Sentia-se que aquele espírito do povo, que transmuda em *vontade social*, que dá integração à comunidade política, já havia despertado irremissivelmente, como sempre acontece nos instantes históricos de transição, em que o povo reivindica e retoma o seu direito fundamental primeiro, qual seja, o de manifestar-se sobre o modo de existência política da Nação pelo exercício do *poder constituinte originário* (SILVA, 2000, p. 108).

Dentre as manifestações populares que direcionavam o país para tais mudanças, citam-se, usualmente, o processo de abertura política, o movimento das “Diretas já”, malgrado não tenham logrado êxito pretendido, conseguindo, apenas, a eleição indireta do candidato da oposição, Tancredo Neves, que faleceu antes de ser empossado, dando lugar ao Vice-Presidente, José Sarney (DUARTE NETO, 2010, p. 251).

Ocorre que, apesar de tais esforços, não fora concebida uma revolução¹ que conferisse a ruptura política e jurídica necessária, decorrente em parte por certo comodismo, e quiçá por interesses diversos que não convém aqui adentrar. Toda conjuntura desdobrou-se da seguinte forma apresentada por Elival da Silva Ramos (2010, p. 224):

Falta de ousadia ou de vontade da classe política não permitiu que vingasse a proposta de uma convocação de uma Assembleia Constituinte exclusivamente voltada à tarefa de reconstitucionalização do País, tendo-se optado pela atribuição de poderes constituintes ao Congresso eleito em 15 de novembro de 1986, nos termos do art. 1º da Emenda Constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985.

José Afonso da Silva (2000, p.78) à época² já esclarecia que se tratava de um procedimento constituinte atípico, conferindo particular característica, pois a dita Assembleia Constituinte não era fruto de um ato revolucionário, tendo em vista que houve a convocação de órgãos do Poder Legislativo já constituídos e eleitos sob a égide da Constituição de 1967, formando, assim, um “Congresso Constituinte”, mesmo a população tendo consciência de que

¹ Emprega-se o termo “revolução” em sua acepção jurídica, devidamente apresentada no Capítulo 1, subcapítulo 1.2, do presente trabalho.

² Diz-se à época, posto que o autor produziu tal texto no início do ano de 1986, presenciando o contexto que antecedeu a Constituição de 1988 e refletindo acerca de sua importância e gravidade.

na eleição de 1986 que renovaria parte do Congresso seriam eleitos representantes destinados a realização da nova Constituição.

Diversas falhas ocorreram tanto para a formação deste Poder Constituinte, cujo déficit democrático era evidente, quanto à própria organização dos trabalhos do Congresso Constituinte, elaboração de textos, e discussão de propostas, mas que apesar de tudo culminou na promulgação da Constituição em 5 de outubro de 1988, que, sem dúvidas foi a mais debatida de nossa história, cujo caráter analítico e detalhista do conteúdo e dos segmentos normativos, ainda hoje, demonstram consonância com diversos estudos constitucionais atuais e parte dos anseios da sociedade brasileira (que em muito se modificou nesses últimos 30 anos) (RAMOS, 2010, p. 225-226).

Inúmeros foram os avanços na seara organizacional do Estado e dos direitos previstos na Constituição de 1988, com especial menção aos direitos fundamentais, largamente expandidos e destacados, principalmente quando analisados face as Cartas anteriores, previstos em sua maioria no art. 5º da CF/88.

Com relação ao controle de constitucionalidade, tem-se que a Constituição de 1988 incorporou praticamente cem anos de avanços e desenvolvimento da matéria, cuja importância para a manutenção da estabilidade e da supremacia constitucional é indubitável, conforme reforça Duarte Neto (2010, p. 267):

De nada adianta impor limites à transformação da Constituição, se uma emenda pode transpô-los ou se uma lei, direta ou indiretamente, os infrinja. Essa fiscalização, por sua vez, assume peculiaridades conforme o órgão encarregado de exercê-la, o procedimento empregado e o tipo de sanção à inconstitucionalidade. Quando concatenados esses últimos elementos, tem-se um modelo de fiscalização de constitucionalidade, que pode ter maior ou menor efetividade.

A Constituição de 1988 estabeleceu várias formas de controle político de constitucionalidade em seus dispositivos como, por exemplo, o veto presidencial (art. 66 §1º da CF/88), o controle de atos normativos do executivo pelo Congresso Nacional (art. 49, V da CF/88), o controle realizado no âmbito preventivo inserido no próprio processo de criação das normas, quando as propostas são encaminhadas para análise das Comissões de Constituição e Justiça de cada casa do Congresso, dentre outras modalidades.

Com relação ao controle jurisdicional, foram mantidas as formas do sistema difuso, realizado no decorrer do processo em trâmite, cuja apreciação da constitucionalidade se dá por juízes ou tribunais e, em havendo questionamento de matéria constitucional, também

habilita o Supremo Tribunal Federal como última instância julgadora, inclusive do mérito, por meio de Recurso Extraordinário, conforme previsão constitucional do art. 102, inciso III, alíneas a, b, c e d (RAMOS, 2010, p. 228-229).

Necessário trazer à baila, também, os remédios constitucionais presentes na Constituição de 1988, como o *Habeas Corpus* (art. 5º, LXVIII), Mandado de segurança (art. 5º, LXIX) e Mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX), o *Habeas Data* (art. 5º LXXII), o Mandado de injunção (art. 5º, LXXI) e a Ação Popular. Em que pese os mesmos não configurarem, necessariamente, como formas do controle de constitucionalidade, esses fazem parte da processualística constitucional, tendo função fiscalizadora acerca do funcionamento regular de atos do Estado e, principalmente, como meio de tutela de direitos constitucionais e fundamentais, conforme pontuam Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi (2014, p. 375-376).

Poder-se-ia debruçar aqui sobre diversos aspectos relevantes e complexos do controle de constitucionalidade estabelecido na Constituição de 1988, no entanto, resultaria em total fuga do tema proposto, para o qual a compreensão dos elementos do controle jurisdicional de constitucionalidade concentrado principal e abstrato é o caminho que precisa ser percorrido.

As modalidades de controle jurisdicional de constitucionalidade (por via principal e abstrata) representam as mais relevantes contribuições propiciadas pela Constituição de 1988, segundo Elival da Silva Ramos (2010, p. 230). Dentre os instrumentos de maior destaque tem-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade (prevista no art. 102, I, *a* e regulamentada pela Lei n. 9.868 de 1999), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (decorrente da ADIN e prevista na Lei n. 9.868 de 1999), a Ação Declaratória de Constitucionalidade (também prevista no art. 102, I, *a* e regulamentada pela Lei n. 9.868 de 1999), e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (prevista no art. 102, §1º e regulamentada pela Lei n. 9.882 de 1999).

Outra contribuição de muita importância para o fortalecimento do controle jurisdicional de constitucionalidade principal e abstrato foi a ampliação sem precedentes dos legitimados para realizar a propositura deste tipo de controle, previsto no art. 103 da Constituição de 1988, figurando no seu rol o Presidente da República, as Mesas do Senado ou da Câmara dos Deputados, as Mesas das Assembleias Legislativas dos estados federados ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, os Governadores dos Estados ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partidos políticos com representação no Congresso Nacional, e, por fim, as confederações sindicais ou entidades de classes de âmbito nacional.

Essa ampliação dos legitimados ativos gerou consequências nunca vistas para o controle de constitucionalidade no Brasil, que até a Constituição de 1967 conferia tal competência apenas ao Procurador-Geral da República.

Para Gilmar Ferreira Mendes (2005, p. 86-90), a ampliação dos legitimados induziu em automática redução do sistema do controle de constitucionalidade difuso, que era majoritário até então no Brasil, e ainda:

Portanto, parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. [...].

A Constituição de 1988 alterou, de maneira radical essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema *difuso* ou *incidente*, mas ao modelo *concentrado*, uma vez que as questões constitucionais passam a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Em que pese a ampliação da legitimação ativa para realização do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade dentro da nova realidade constitucional brasileira, alargando de sobremaneira a guarda da Constituição e tudo que dela decorre, passa-se a averiguar quais razões legitimam o Supremo Tribunal Federal enquanto órgão competente para a apreciação das controvérsias constitucionais, quais os limites e os momentos para a realização deste, tanto face o aspecto democrático quanto face a engenharia que desenha a organização entre os Poderes Políticos do Estado.

4.2 O Supremo Tribunal Federal

O órgão máximo do Judiciário brasileiro foi instituído pela primeira vez no ano de 1829 sob o nome de Supremo Tribunal de Justiça, e desde então possui relevante participação ao longo do desenvolvimento constitucional brasileiro, conforme será melhor analisado nesta seção.

4.2.1 Organização do STF e o controle de constitucionalidade como atribuição fundamental

Durante a vigência da Constituição do império de 1824 foi criado o Supremo Tribunal de Justiça que tinha por competência a restrita função de julgar recursos específicos, não gozando de autonomia para conferir eficácia *erga omnes* ou interpretar de forma original

questões do Direito Civil, Penal, Comercial, dentre outros (MENDES, 2005, p. 24-25). Tal característica reforça a ideia vigente à época de que o juiz era, apenas, a “boca da lei”, revelando a influência da codificação francesa e da metodologia exegética:

[...]. Assim, a principal premissa desse movimento metodológico se apresenta no comando de respeitabilidade que existe entre o texto e o intérprete (no caso, os juízes): este deveria ater-se, rigorosamente, aos dizeres contidos na compilação. Era necessário manter a fidelidade aos artigos dos códigos. Nem um tipo de complementação judicial era admitida, havendo, portanto, uma total equiparação entre código e direito. [...] (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2015, p. 388).

Já o Supremo Tribunal Federal foi provisoriamente estabelecido no ano de 1890, após a proclamação da República de 1889, possuindo fundamental importância para a abertura e introdução do controle de constitucionalidade (difuso) no Brasil, e sendo instituído de forma definitiva com o advento da Constituição Republicana de 1891, agora sob forte influência do constitucionalismo norte-americano, passando-se a conferir, então, a função de guardião da Constituição. Não obstante a prevalência do controle difuso de constitucionalidade, chegou a ser debatida em Assembleia Constituinte de 1891 a possibilidade de inserir uma forma inicial de controle abstrato para os casos em que ocorressem violações de princípios fundamentais da Constituição, porém tal proposição foi rejeitada naquele momento (MENDES, 2005, p. 25-26).

Tem-se, então, que, em todas as Constituições que o Brasil já teve desde o final do século XIX até hoje, sempre restou prevista a existência do Supremo Tribunal Federal, em que pese alterações sofridas de acordo com as competências a ele atribuídas, bem como quantidade de membros e outros detalhes que não convém adentrar exaustivamente.

Posteriormente, sob o advento da atual Constituição Federal de 1988, tem-se que o Supremo Tribunal Federal é um órgão pertencente ao Poder Judiciário (art. 92, I, CF/88), com sede na Capital Federal (art. 92, § 1º, CF/88), e com jurisdição em todo território nacional (art. 92, § 2º, CF/88). O Supremo Tribunal Federal é composto por onze Ministros nomeados pelo Presidente da República, após a devida aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, que possuam mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, com notório saber jurídico e reputação ilibada (art. 101 *caput* e parágrafo único da CF/88).

Os Ministros do Supremo Tribunal Federal, da mesma forma que os demais juízes, possuem as garantias de irredutibilidade de vencimentos, vitaliciedade, inamovibilidade, aposentadoria compulsória (art. 93, CF/88).

Ademais, menciona-se que o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal é responsável, também, por organizar as atividades do Tribunal como, por exemplo, a eleição do Presidente do Tribunal, a divisão das turmas, regras processuais referentes aos processos de competência originária, dentre outras.

Não obstante, ainda com relação a organização do Supremo Tribunal Federal, esse possui o direito de propor leis sobre a organização judiciária, cargos e vencimentos (art. 96, II, CF/88), bem como é dotado de autonomia administrativa (art. 96, I, CF/88) e financeira (art. 99, §1º, CF/88), a primeira para editar seu regimento interno, desde que observadas às regras processuais vigentes, e a segunda através da formulação de proposta orçamentária (MENDES, 2005, p. 24).

A Constituição Federal de 1988, conforme transformou-se em tradição nas Constituições republicanas que o Brasil já teve, estabelece como principal competência do Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição (art. 102, *caput*, CF/88). Para a efetiva proteção tem-se, então, a competência do Supremo Tribunal Federal para a realização do controle de constitucionalidade tanto difuso, através de recurso extraordinário (art. 102, III, CF/88) quanto concentrado, por meio de ação originária do controle (art. 102, I, *a*, CF/88).

Acerca do controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal, tal qual já fora mencionado no item anterior, Gilmar Ferreira Mendes (2005, p. 20-21) reforça a importância de dois marcos históricos principais. O primeiro na Constituição de 1934, que conforme disposto pelo constituinte, o Supremo Tribunal Federal passou a declarar a inconstitucionalidade incidental, conferindo eficácia *erga omnes* e permitindo ao Senado suspender a execução da lei em desacordo com a Constituição, sendo mantida tal possibilidade até os dias presentes (art. 52, X, CF/88). Ato contínuo se fez necessário uniformizar a interpretação constitucional do controle difuso, estabelecendo, assim, o Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, enquanto última instância. O segundo marco histórico, seguindo na contramão do controle difuso, foi que no ano de 1965, sob a vigência da Constituição de 1946, foi inserido o controle abstrato, cuja legitimação para a propositura à época recaía apenas ao Procurador-Geral, e hoje foi consideravelmente ampliada (art. 103, CF/88). O autor após essa pequena digressão e compilação sobre o controle de constitucionalidade e o papel do Supremo Tribunal Federal, conclui que:

A combinação desses dois sistemas outorga ao Supremo Tribunal Federal uma peculiar posição tanto como órgão de revisão de última instância, que concentra suas atividades no controle das questões constitucionais discutidas nos diversos processos, quanto como Tribunal Constitucional, que dispõe de

competência para aferir a constitucionalidade direta das leis, estaduais e federais no processo de controle abstrato de normas (MENDES, 2005, p. 21).

Essa combinação, para Elival da Silva Ramos (2010, p. 68-74) não confere o caráter misto com relação aos órgãos competentes para julgar jurisdicionalmente o controle de constitucionalidade, a despeito do que vem sendo realizado, segundo ele, pela doutrina pátria. O autor afirma que a Constituição Federal de 1988 na realidade distribuiu a competência do controle jurisdicional de constitucionalidade, sendo o sistema brasileiro um sistema “indubitavelmente” difuso, posto que qualquer juiz ou tribunal pode averiguar eventual inconstitucionalidade, em que pese ao Supremo Tribunal Federal ter sido conferida a competência para o julgamento das ações diretas declaratórias de inconstitucionalidade.

Tem-se, então, que o caráter misto do controle de constitucionalidade jurisdicional previsto na Constituição de 1988 recai sobre os métodos empregados e não quanto à quantidade de órgãos que o realiza:

[...] o sistema de fiscalização jurisdicional brasileiro se mostra efetivamente misto, combinando o controle incidental, em que a questão constitucional consubstancia uma prejudicial (*lato sensu*) ao exame de mérito, com o controle principal, em que a resolução da questão constitucional consiste no próprio objeto do processo (RAMOS, 2010, p. 250).

Por conseguinte, colocando as características inerentes ao Supremo Tribunal Federal diante das características comuns apresentadas sobre as Cortes Constitucionais (item 2.2.5 do capítulo 2 deste trabalho), pode-se concluir que o tribunal brasileiro não pode ser identificado como uma Corte Constitucional, em que pese ser notório que não existe uma uniformização ao se tratar de jurisdição constitucional, variando de país para país.

Para que o Supremo Tribunal Federal pudesse ser efetivamente reputado como uma Corte Constitucional, seria necessário que o tribunal brasileiro não detivesse apenas a competência para realização do contencioso de constitucionalidade das leis, mas sim o seu monopólio efetivo, a exclusividade de seu exercício, fato que não se verifica, levando em consideração a possibilidade do controle jurisdicional ser realizado universalmente por juízes e tribunais ordinários.

Outrossim, é imprescindível que as Cortes Constitucionais não componham o aparato jurisdicional ordinário, sendo necessário que estas sejam por si só jurisdições autônomas, razão pela qual, também, não é possível considerar o Supremo Tribunal Federal uma Corte,

posto que ele encontra-se inserido na hierarquia do Poder Judiciário, não representando um Poder independente dos demais. Neste sentido reforça Louis Favoreu (2004, p. 33):

Esta é a diferença fundamental entre uma Corte Suprema e uma Corte Constitucional: enquanto a primeira está necessariamente – daí seu nome – colocada no cume de um edifício jurisdicional, a segunda está localizada fora de todo aparelho jurisdicional. [...]. Isto é válido para todos os sistemas estudados, pois, como também destacou Kelsen, o órgão encarregado de fazer respeitar a Constituição não pode ser assimilado por um dos poderes que ele controla.

No entanto, necessário ressaltar que é possível que existam conexões entre os Tribunais ordinários e as Cortes Constitucionais, mesmo com a independência efetiva das Cortes, posto que em determinados procedimentos permite-se encaminhar questões jurisdicionais que envolvam eventuais violações de direitos fundamentais (FAVOREU, 2004, p. 33).

Reputa-se, também, como aspecto que afasta a compreensão do Supremo Tribunal Federal e as Cortes Constitucionais, as formas de composição destas jurisdições. Enquanto no Brasil os membros do Supremo Tribunal Federal são indicados exclusivamente pelo Presidente da República (art. 101, parágrafo único da CF/88), sendo apenas aprovados pelo Senado, desde que alcançada a maioria absoluta, já as experiências das Cortes Constitucionais da Europa possuem, geralmente, uma maior participação dos poderes políticos para propositura dos membros.

Em catalogação realizada por Louis Favoreu (2004, p. 42, 59-60, 77-78, 94, 104, 114), esse apresenta as formas de indicação dos membros das principais Cortes Constitucionais europeias, sendo elas: a Corte austríaca, dentre os membros titulares, oito são indicados pelo Governo Federal, três pelo Conselho Nacional, e três pelo Conselho Federal; na Corte alemã, seis membros são magistrados de carreira, cinco são eleitos pelo Senado, e os outros cinco são eleitos pela Câmara dos Deputados; na Corte italiana, dentre os quinze membros, um terço é indicado pelo Parlamento, um terço pelo Presidente, e um terço são compostos por juízes de carreira; o Conselho Constitucional francês também divide os nove membros na proporção de um terço indicado pelo Presidente, um terço pelo Presidente do Senado, e um terço indicados pela Assembleia Nacional; já na Espanha, todos os doze membros são nomeados pelo Rei, mas são propostos por demais órgãos, sendo quatro propostos pelo Congresso dos Deputados, quatro pelo Senado, dois pelo próprio governo e dois pelo Conselho geral do Poder Judiciário;

por fim Portugal estabelece os treze membros de sua Corte, sendo dez designados pela Assembleia da República e três pelos próprios membros da Corte.

Apesar dos modelos europeus, da mesma forma que o modelo de indicação brasileiro, apresentarem grande debilidade democrática para a composição dos membros dos órgãos destinados ao controle concentrado de constitucionalidade, é possível perceber que nas Cortes europeias existe uma maior participação de todos os poderes políticos, gerando maior harmonia entre Legislativo, Judiciário e Executivo, haja vista que se trata de um suprapoder, que precisa ter sua competência reconhecida por todos os outros.

Por fim, tal qual mencionado no item 2.2.5 do capítulo anterior, uma última diferenciação sobre o controle de constitucionalidade realizado pelas as Cortes Constitucionais e o Supremo Tribunal Federal, diz respeito ao momento em que são acionadas as jurisdições constitucionais.

Nas Cortes Constitucionais da Europa é possível observar que:

O contencioso concentrado por via de ação é essencialmente aquele que é acionado pelas autoridades políticas; pouco importa se ele foi *a priori* ou *a posteriori*, pois se trata sempre de um contencioso objetivo, de um processo relativo a um ato, à lei. Que o controle seja feito antes ou depois da promulgação é indiferente, pois a Lei existe desde o instante em que é votada e a promulgação nada lhe acrescenta. Aliás, o controle prévio existe perante os Tribunais Constitucionais alemão, italiano, espanhol, austríaco e português, uma vez que essas cortes exercem um controle jurisdicional não apenas *a posteriori*, mas também quando elas estatuem *a priori* (FAVOREU, 2004, p. 34).

De modo geral, essa atribuição jurisdicional de realizar o controle de constitucionalidade preventivamente ocorre vinculado ao processo legislativo, e a propositura da ação destinada ao controle acarreta a suspensão do trâmite legiferante, que somente poderá ser reestabelecido após a decisão das Cortes Constitucionais, segundo Elival da Silva Ramos (2010, p. 63). No entanto, J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 901), partindo do sistema português como exemplo, realiza a ressalva de que o controle realizado culmina efetivamente em decisão jurisdicional sobre a constitucionalidade dos projetos em si.

Em oposição à prática das Cortes Constitucionais europeias, o Brasil refuta de forma veemente o controle jurisdicional preventivo. Segundo Gilmar Ferreira Mendes (2005, p. 210), “O controle abstrato de normas pressupõe, também na ordem jurídica brasileira, a existência formal da lei ou do ato normativo, após a conclusão definitiva do processo legislativo”.

Portanto, adentra-se aqui na problemática principal do presente trabalho, buscando compreender as razões pelas quais o controle jurisdicional de constitucionalidade na sua forma concentrado, abstrato e preventivo não é realizado no Brasil, bem como averiguar se é possível conferir outro entendimento e outra interpretação sobre a questão.

4.2.2 O controle preventivo na jurisprudência do STF

Existe hoje no Brasil uma forte tendência de compreender o controle jurisdicional de constitucionalidade como eminentemente repressivo, realizado em face de atos legislativos completos, ainda que não sejam figuras indissociáveis uma da outra. O controle repressivo ganha destaque em decorrência da previsão clara e da larga utilização na prática da fiscalização constitucional, conferindo, portanto, maior notoriedade, e propiciando, também, mais discussões e análises voltadas ao desenvolvimento teórico e científico da modalidade, conforme apresenta Elival da Silva Ramos (2010, p. 65). Em sentido contrário existe o controle preventivo sendo “[...] aquele que se exerce antes de concluído o processo de formação do comportamento ou do ato, inclusive no que pertinente à sua efetiva execução” (FERRAZ, 1999, p. 281).

Então, segundo Anna Candida da Cunha Ferraz (1999, p. 281) o controle preventivo tem por objeto a busca da proibição de que atos flagrantemente contrários à Constituição entrem em vigor, evitando principalmente que as normas inconstitucionais adquiram validade através de sua promulgação. Conclui a autora que essa modalidade de controle tem como essência o fato de ser um instrumento de defesa da Constituição contra indubitáveis profanações.

Outro relevante detalhe acerca do controle preventivo, é que este pode ocorrer internamente ou externamente. O controle interno é realizado pelos órgãos e comissões que compõem o próprio Poder Legislativo durante o processo de criação e de tramitação de um projeto de lei. No Brasil, essa modalidade ocorre através do pronunciamento das Comissões de Constituição e Justiça, nos termos dos regimentos internos de cada Casa Legislativa. Em contrapartida o controle preventivo externo é realizado por órgão diverso ao que esteja criando a norma ou qualquer outro ato passível de controle, que no caso brasileiro tradicionalmente vincula-se ao controle político tanto do Poder Legislativo sobre o Executivo quanto o inverso, como no caso de veto do Presidente da República (art. 66, § 1º CF/88), e, também, do controle político do Congresso sobre atos do Presidente (art. 49, V, e 68, §3º CF/88) (FERRAZ, 1999, p. 282, 289-290).

No entanto, o motivo de recorrente controvérsia desenvolve-se com relação a possibilidade de um controle preventivo de constitucionalidade que seja realizado por um órgão externo e não político, mas sim jurisdicional:

Contudo, exatamente por se tratar de um órgão judiciário ou judicialiforme, estranho à representação político-partidária, questiona-se, com mais contundência do que em relação ao controle jurisdicional repressivo, a legitimidade democrática de sua atuação (RAMOS, 2010, p. 65).

Dessa feita, o Supremo Tribunal Federal, em razão da atribuição que lhe é destinada para a realização do controle abstrato, tem sido provocado a posicionar-se sobre a matéria do controle jurisdicional, preventivo e abstrato. Destacam-se três principais processos que ainda hoje são balizadores para o tema, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 466, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 43, e o Mandado de Segurança n. 20.257.

No mês de março de 1991 o Partido Socialista Brasileiro (PSB) ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 466 impugnando a Proposta de Emenda Constitucional n. 01-B de 1988, cujo objetivo era o de, através de consulta plebiscitária, ampliar a pena de morte no ordenamento pátrio para casos de roubo, sequestro e estupro, seguidos de morte. Alega o partido que haveria, então, uma incompatibilidade material com o art. 60, § 4º, IV da CF/88, posto que o objeto da referida PEC incidiria na abolição de direitos e garantias individuais, sendo que tais alterações são expressamente vedadas pelo dispositivo constitucional invocado.

Convém observar que ao tempo da propositura desta ADIN n. 466 os institutos da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Direta de Constitucionalidade, bem como da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ainda não possuíam regulamentação quanto ao processamento e julgamento dessas, fato que só viria ocorrer anos depois com a promulgação das Leis n. 9.868 e n. 9.882, ambas de 1999. Não obstante, André Ramos Tavares (2001, p. 95) é enfático ao explicar sobre a aplicabilidade imediata, apesar da possibilidade de regulamentação, dos institutos do controle abstrato previstos na Constituição Federal de 1988:

[...]. A própria Carta Magna previu, originalmente, o núcleo das normas processuais referentes ao que comumente se denomina “processo objetivo”, estabelecendo os legitimados ativos e a quem cabe a defesa do ato legislativo impugnado, quando for o caso. Pode-se dizer que essas são regras constitucionais mínimas e comuns quanto ao processo das ações de controle concentrado de constitucionalidade que, no início, eram apenas três: ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de constitucionalidade por

omissão e arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental. [...].

Não havia, portanto, motivo para se deixar de conferir a necessária e imprescindível aplicação à norma constitucional criadora do instituto ora em cotejo.

Retomando a análise da ADIN n. 466, tem-se que entre as principais considerações realizadas pelos Ministros está o fato de que a Ação Direta de Inconstitucionalidade deve recair sobre ato normativo, rechaçando atos normativos *in fieri*, cuja formação não se deu por finalizada, conforme pontua o Ministro Celso de Mello, Relator do caso, em trecho de seu voto:

Atos normativos “*in fieri*”, ainda em fase de formação, com tramitação procedimental não concluída, não ensejam e nem dão margem ao controle concentrado ou em tese de constitucionalidade, que supõe – ressalvadas as situações configuradoras de omissão juridicamente relevante – a existência de espécies normativas definitivas, perfeitas e acabadas (BRASIL, 1991, p. 13).

O Ministro Relator explica que, historicamente, o ordenamento jurídico pátrio, mesmo após a Constituição de 1988, não admite o controle preventivo, mas reconhece que outros países preveem no bojo de suas leis fundamentais a possibilidade de controle de constitucionalidade das proposições legislativas que não tenham adquirido, ainda, a estabilidade das normas definitivas (BRASIL, 1991).

Não obstante, Celso de Mello deixa claro que as Emendas Constitucionais estão sujeitas ao controle de constitucionalidade tanto quanto as demais leis ordinárias, em atenção especial às limitações impostas pela Constituição Federal de 1988, as cláusulas pétreas:

Convém ressaltar, neste ponto, por necessário, que mesmo as emendas à Constituição Federal não estão excluídas da possibilidade de virem a constituir objeto de controle de constitucionalidade. O Congresso Nacional, no exercício de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário que [...] identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune à ação revisora da instituição parlamentar. [...]. A irreformabilidade desse núcleo temático [art. 60 §4º], acaso desrespeitada, pode legitimar o controle normativo abstrato, e mesmo a fiscalização jurisdicional concreta de constitucionalidade (BRASIL, 1991, p. 14).

Sob a fundamentação apresentada, por maioria dos votos, o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal não conheceu da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.

466, restando prejudicado o julgamento da liminar pleiteada (BRASIL, 1991). Esse caso notabiliza-se por ter sido o primeiro da vigência da Constituição Federal de 1988 a abordar a questão do controle de constitucionalidade abstrato e preventivo, influenciando, ainda hoje, demais discussões sobre a matéria.

Outro caso relevante encontrado na presente pesquisa foi a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 43, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), distribuída em agosto de 2003.

A ADPF n. 43 tinha por objetivo a sustação de Proposta de Emenda Constitucional n. 40, que tratava da Reforma da Previdência, cujo conteúdo confrontaria o art. 60, § 4º da Constituição Federal de 1988, posto que elementos da referida reforma estariam a violar direitos adquiridos de servidores públicos, razão pela qual requereu-se no pleito a concessão de medida liminar para que fosse suspensa a tramitação da Proposta até decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Quando da análise do pedido liminar da ADPF n. 43, o Ministro Relator do caso, Ayres Britto rechaçou a possibilidade de realização de controle abstrato preventivo sobre Proposta de Emenda Constitucional, justificando que esta não seria um ato do Poder Público. Desta feita o Ministro Relator não conheceu da ação constitucional, razão pela qual restou prejudicada a análise da medida liminar.

Não resignado com a decisão, o partido que realizou o ajuizamento da ADPF n. 43 optou pela interposição de Agravo Regimental alegando que não é pressuposto de cabimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental que o ato do Poder Público esteja finalizado.

O Ministro Relator Ayres Britto, ao proferir seu voto, explica sobre sua interpretação de que o ato do Poder Público refere-se ao ato já concluído, e invoca, inclusive, o voto do Ministro Celso de Mello quando do julgamento da ADIN n. 466, apresentada anteriormente, reforçando, basicamente, a postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal:

Ademais, este excelso Pretório tem sinalizado no sentido de que arguição de descumprimento de preceito fundamental veio a completar o sistema de controle objetivo de constitucionalidade. Se assim é, cumpre ponderar que o manejo da arguição de descumprimento de preceito fundamental, impugnado ato com tramitação em aberto, ostenta nítida feição de controle preventivo de constitucionalidade em abstrato. Controle esse que, na esteira da remansosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não encontra nenhum suporte em norma integrante do Ordenamento Jurídico pátrio. Confira-se, à guisa de ilustração, o aresto da ADI 466, Rel. em Min. Celso de Mello [...] (BRASIL, 2003, p. 6).

Por unanimidade dos votos, acompanhando o voto do Ministro Relator, foi negado o provimento ao Agravo, ampliando, assim, o entendimento do Tribunal sobre a não possibilidade de controle preventivo jurisdicional e abstrato, estendendo a limitação, também, para a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

É possível notar que, basicamente, o principal motivo pelo qual o Supremo Tribunal Federal tem sido provocado para manifestar-se em sede de controle preventivo abstrato, diz respeito, não por acaso, a violações das cláusulas pétreas previstas no art. 60, § 4º da Constituição Federal de 1988, especialmente nas Propostas de Emenda Constitucional.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, enquanto sede de controle difuso, costuma ser acionado para realização de um controle preventivo indireto, embasado em direito subjetivo, líquido e certo, e que sua violação hoje abre margem para proteção jurisdicional nos termos do art. 5º, XXXV da CF/88, conforme explica Anna Cândida da Cunha Ferraz (1999, p. 293).

Tal modalidade de controle toma vida por meio de Mandado de Segurança impetrado por parlamentares, que para o presente trabalho restringe a análise em sede federal, portanto integrantes da Câmara dos Deputados ou do Senado, levando em consideração o fato de serem titulares do processo legislativo, tanto do direito de propositura quanto do direito de voto, e que seriam impedidos de colocarem esses direitos em prática de forma efetiva (FERRAZ, 1999, p. 293).

A modalidade ganhou destaque após o julgamento do Mandado de Segurança n. 20.257 de agosto de 1980 (anterior à vigência da Constituição Federal de 1988), impetrado pelos então senadores Itamar Franco e Antonio Mendes Canale em face da Mesa do Congresso Nacional, cujo objetivo era impedir a tramitação das Propostas de Emendas Constitucionais n. 51 e 52/80, que eram tendentes à abolição da República.

Em sessão plenária, sobre relatoria do Ministro Décio Miranda e tendo o Ministro Moreira Alves como Relator do Acórdão, o Supremo Tribunal Federal decidiu pelo indeferimento do Mandado de Segurança conforme ementa abaixo transcrita:

Mandado de segurança contra ato da Mesa do Congresso que admitiu a deliberação de proposta de emenda constitucional que a impetração alega ser tendente a abolição da republica.

Cabimento do mandado de segurança em hipóteses em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação (como é o caso previsto no parágrafo único do artigo 57) ou a sua deliberação (como na espécie). Nesses casos, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer - em face da gravidade

dessas deliberações, se consumadas - que sequer se chegue a deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, se ocorrente, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a constituição.

Inexistência, no caso, da pretendida inconstitucionalidade, uma vez que a prorrogação de mandato de dois para quatro anos, tendo em vista a conveniência da coincidência de mandatos nos vários níveis da Federação, não implica introdução do princípio de que os mandatos não mais são temporários, nem envolve, indiretamente, sua adoção de fato.

Mandado de segurança indeferido (BRASIL, 1981, p. 1).

O julgado ganhou relevância não pelo fato de ter indeferido o Mandado de Segurança em si, mas por ter aceitado o cabimento do Mandado de Segurança, enquanto instrumento hábil contra deliberações do processo legislativo que contrariem a Constituição, reconhecendo a existência da inconstitucionalidade antes mesmo da Lei ou Emenda Constitucional ser devidamente promulgada.

Nesse sentido, sobressai com notoriedade o voto do Ministro Relator para o Acórdão, Moreira Alves, que tornou compreensível o fato de que a Constituição proíbe a totalidade do processamento de lei ou emenda que não esteja em conformidade com os desígnios da mesma:

Diversas, porém, são as hipóteses como a presente, em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou emenda, vedando a sua apresentação [...] ou a sua deliberação [...]. Aqui a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer – em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas – que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, neste caso, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformarem em lei ou emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição (BRASIL, 1981, p. 27).

Ato contínuo, revelando no desdobramento de seu raciocínio a presença do pensamento kelseniano, o Ministro Moreira Alves destaca a competência do Poder Judiciário em proteger a Constituição, função devidamente outorgada, destacando-se, assim, da mera relação entre os Poderes Políticos, conforme segue:

E cabe ao Poder Judiciário – nos sistemas em que o controle da constitucionalidade lhe é outorgado – impedir que se desrespeite a Constituição. Na guarda da observância desta, está ele acima dos demais Poderes, não havendo, pois, que falar-se, a esse respeito, em independência dos Poderes. Não fora assim e não poderia ele exercer a função que a própria Constituição, para a prestação dela, lhe outorga (BRASIL, 1981, p. 27-28).

Debalde, teria sido o entendimento do Ministro, em que pese ser vencedor no caso do Mandado de Segurança n. 20.257, sobre a possibilidade de controle preventivo, ainda que de forma indireta, enquanto direito subjetivo público dos parlamentares. Esse, no entanto, não foi suficiente para estender o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de controle preventivo abstrato, que pode ser compreendido como uma forma preventiva direta, sendo mantida apenas a possibilidade do mandado de segurança parlamentar³, mas que ainda é tido como exceção no sistema de controle de constitucionalidade jurisdicional pátrio.

4.3 Barreiras ao controle jurisdicional preventivo abstrato e a possibilidade de superação

A esta altura do presente estudo não devem restar muitas dúvidas acerca da supremacia da Constituição. Caso contrário, seria inócuo dissertar sobre a necessidade de que os atos da vida política estejam em devida conformidade com a Lei Fundamental.

Traz-se à memória, também, o fato de que a validade da Constituição não deriva de outras normas que não elas mesmas, incorrendo, assim, em uma autoprimazia normativa, a partir da qual deriva-se toda produção das normas subsequentes, de modo que nenhuma possa estar em contradição com as normas e princípios constitucionais (CANOTILHO, 2003, p. 1147-1148).

Não obstante, conforme asseveram Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi (2014, p. 20) “a Constituição encontra-se em uma zona permanente de tensão. Os conflitos de interesses e opiniões são múltiplos e incessantes”, razão pela qual os Constituintes originários, ao não depositar confiança nos poderes conferidos à maioria, restringem as condições para o exercício da democracia, fixando formas e limites à atuação dos Poderes, bem como estabelecendo direitos em que o exercício independe de resultados decisórios coletivos.

Dessa maneira, pode surgir o questionamento sobre quem deveria ser o guardião da Constituição e de sua efetividade. Tão logo é apreensível que “o princípio da supremacia constitucional impõe que *todas* as autoridades estatais velem pela correta aplicação da Constituição, respeitando e fazendo respeitar a sua supremacia”, seja o Poder Legislativo,

³ Insta salientar que o MS n. 20.257/DF (DJ 27-02-1981) serve, ainda hoje, como precedente para outros Mandados de Segurança impetrados por parlamentares diante de contrariedades às cláusulas pétreas após o início da vigência da Constituição federal de 1988. A título de exemplo cita-se os seguintes casos: Agravo Regimental no MS 21.303/DF, Relator: Ministro Octavio Galloti, (DJ 02-08-1991); MS 24.642/DF, Relator: Ministro Carlos Velloso (DJ 18-06-2004); e mais recentemente o MS 36.121/DF (ainda em trâmite), Relator: Ministro Luiz Fux (DJe 254, 29-011-2018).

Executivo, Judiciário ou Corte Constitucional, incluindo, também, a participação de todos os cidadãos (DIMOULIS; LUNARDI; 2014, p. 21-25).

Ademais, como já visto em Kelsen (2007, p. 150) resta fundamental que um órgão que também detenha autoridade estatal, mas diverso aquele criador das nas normas, seja habilitado para eventual anulação do que possa incorrer em inconstitucionalidade. Portanto, mesmo compreendendo a importância da garantia da supremacia constitucional por todos que compõem o Estado, sejam Poderes instituídos ou os próprios cidadãos, reitera-se importância do processo de justiça constitucional dada as consequências - quiçá maior efetividade - das decisões tomadas. Nesse sentido:

[...] as decisões oriundas da jurisdição constitucional possuem impacto político e alcance político mais que das demais jurisdições. Não obstante esse alcance político, as decisões da jurisdição constitucional não perdem sua característica de decisões efetivamente jurisdicionais (ABBOUD, 2011, p. 102).

Sobrevém que a admissão da atuação de um poder sobre o exercício de outro, não raro, gera inquietudes e demanda cuidados, conforme explica Anna Candida da Cunha Ferraz (1999, p. 294), geralmente em sistemas presidencialistas ou parlamentaristas nos quais é adotada a separação dos poderes.

É possível notar que a situação se agrava durante a verificação do devido cumprimento no desempenho das funções e atividades de cada poder, especialmente com relação à observância ou não da Constituição, como no caso do controle de constitucionalidade jurisdicional, independente se esse for preventivo ou repressivo. Há, porém, um agravamento das dificuldades quando se aborda os casos de controle preventivo:

Não se trata, pois, de modalidade de controle isenta de dificuldades e perplexidades. [...].

O exercício do controle preventivo retrata problemas graves, se não mais intrincados, certamente semelhantes àqueles suscitados pelo controle repressivo de constitucionalidade. [...].

A intromissão de um órgão estranho significa clara interferência na função legislativa. Por igual, quando se trata de interferência nos comportamentos dilatados diretamente pela Constituição [...] (FERRAZ, 1999, p. 294).

O clássico, e frequentemente invocado, princípio da separação dos poderes (MONTESQUIEU, 1996) figura como um dos principais obstáculos apresentados para o controle de constitucionalidade, mas entende-se que as supostas “intromissões” de um

poder sobre o outro apenas são possíveis quando compreendidos não como órgãos cuja independência é total, visto que todos são subsidiários aos preceitos constitucionais.

Isso posto, para que haja equilíbrio constitucional evidenciado, talvez, o melhor sentido do princípio da separação dos poderes, Kelsen (2007, p. 152) afirma que:

Para mantê-lo [o equilíbrio constitucional] na República democrática, só pode ser levado razoavelmente em conta, dentre esses diferentes significados, aquele que a expressão “divisão dos poderes” traduz melhor que a de separação, isto é, a ideia da repartição do poder entre diferentes órgãos, não tanto para isolá-los reciprocamente quanto para permitir um controle recíproco de um sobre os outros.

O autor austríaco ainda assevera que além de evitar a concentração única do poder, fato que colocaria em risco a democracia, a jurisdição constitucional [e conseqüentemente o controle] serve, também, para reforçar o funcionamento regular dos órgãos do Estado (KELSEN, 2007, p. 152).

De certa feita, até mesmo como consequência à questão da separação dos poderes, o controle de constitucionalidade defronta-se com outra grande e relevante interpelação, o dilema existente entre o Poder Judiciário, enquanto responsável pela jurisdição constitucional, e a legitimidade democrática.

Segundo Anna Cândida da Cunha Ferraz (1999, p. 294), tanto o controle repressivo quanto o controle preventivo sofrem dificuldades para sua real efetivação. O primeiro mesmo possuidor de uma maior aceitação, mas igualmente questionável sob o ponto de vista democrático e o segundo sendo ainda mais rechaçado:

Se o controle repressivo de constitucionalidade das leis suscitou e ainda suscita dúvidas quanto à sua compatibilidade com o regime democrático, como se apontou de início, por consistir, em última análise, na realização de um controle sobre a ação constitucional do órgão de representação popular, realizado por órgão estranho e, em geral, não-eleito diretamente pelo povo, o controle preventivo, a esse propósito, coloca polêmica particularmente mais acirrada.

No entanto, Lênio Luiz Streck (2011, p. 75) relembra que a democracia não pode ser entendida como a hegemonia da vontade e da regra de uma maioria, caso o fosse seria então conferido ao conjunto constitucional um viés antidemocrático, contrariando a própria Constituição, razão pela qual se faz necessário retirar do alcance da decisão da maioria eventuais escolhas sobre determinadas matérias que demandam proteção de regras

contramajoritárias. Ademais, para o autor, a existência de uma regra contramajoritária proporciona uma dilatação da compreensão da Constituição:

A regra contramajoritária, desse modo, vai além do estabelecimento de limites formais às denominadas maiorias eventuais; de fato, ela representa a materialidade do núcleo político-essencial da Constituição, representado pelo compromisso [...] do resgate das promessas da modernidade, que apontará, ao mesmo tempo, para as vinculações positivas (concretização dos direitos prestacionais) e para as vinculações negativas (proibição de retrocesso social) [...] (STRECK, 2011, p. 76).

O autor sustenta, também, que é possível a coexistência entre democracia e constitucionalismo, ainda que paradoxalmente, posto que se tenciona a vontade geral, representada pela legislação e que possui seu avanço moderado pela jurisdição, cuja existência [quando do momento de sua criação e atribuição] também decorre da vontade geral (STRECK, 2011, p. 77, 79).

Em um diálogo não proposital, dando continuidade a linha de raciocínio ora apresentada, Oscar Vilhena Vieira (1999, p. 211) afirma que “Os tribunais são efetivamente antimajoritários em relação ao legislador, mas a autoridade superior do povo, cristalizada na Constituição, autoriza essa intervenção”. O autor não está aqui se referindo ao controle preventivo em si, mas sim à possibilidade da atuação de um Tribunal no caso de afronta à Constituição, especialmente às cláusulas pétreas (superconstitucionais), que objetivam a supremacia da Constituição.

Para Oscar Vilhena Vieira (1999, p. 235), a fixação dessas cláusulas superconstitucionais pelo Poder Constituinte Originário não são óbices a eventuais reformas da Constituição caso busquem a melhoria da mesma, pois estas cláusulas guarnecem a ideia central de um Estado, como no caso do Brasil:

O que se procura defender com o estabelecimento de cláusulas superconstitucionais – ao menos como instituídas pelo constituinte brasileiro – é a essência da Constituição: direitos e princípios básicos que buscam estruturar a democracia e o Estado de Direito, na perspectiva da emancipação e da dignidade humana. Assim, a reforma que busque o aperfeiçoamento da democracia, da separação de Poderes, dos direitos fundamentais e da Federação pode e deve ser levada a cabo pelo poder constituinte reformador.

No entanto, configuraria certa ingenuidade crer que a mera previsão textual das normas superconstitucionais (cláusulas pétreas), previstas na Constituição de 1988 no art. 60,

§ 4º e incisos, seria suficiente para sua concretude. A realização material dessas cláusulas, ainda que complementadas pelo conteúdo de todo texto constitucional e auxiliada pela filosofia política, demanda, necessariamente, uma interpretação voltada para uma argumentação racional, que por sua vez representa “um procedimento discursivo destituído de qualquer forma de coerção que não o constrangimento do melhor argumento, em que todos os participantes se reconheçam reciprocamente como seres iguais, autônomos e racionais” (VIEIRA, 1999, p. 236).

Resta imprescindível que a argumentação racional seja utilizada pelos juízes e Tribunais, posto que dessa forma contribuí-se para a democracia ao dar publicidade ao processo argumentativo percorrido para estabelecer o alcance dos princípios e direitos previstos nos sistema constitucional e no seu ideário de justiça, não submetendo toda a interpretação da Constituição à um decisionismo majoritário, conforme explica Oscar Vieira (1999 , p. 238) buscando refutar um escalonamento entre processo jurídico e democrático, mas reforçando que a racionalização contribui como limites da democracia.

Sabe-se, também, que nem sempre se alcança a melhor interpretação e argumentação para proteção e aplicação dos dispositivos constitucionais, especialmente das cláusulas pétreas, quando confrontada, por exemplo, com Emendas Constitucionais que possivelmente incidam na violação destas, mas o ambiente de um Tribunal responsável por esse controle propicia melhor ambiência haja vista a existência de igualdade e liberdade argumentativa , mesmo compreendendo que se trata de um processo antimajoritário, mas que estaria justificado pelos meios empregados e a finalidade que buscam proteger, conforme raciocina Oscar Vieira (1999, p. 239):

Isso não significa que a Corte não esteja engajada em um processo antimajoritário. Porém, se for capaz de impedir a abolição ou erosão dos princípios fundantes da ordem constitucional, entendida como reserva de justiça, e de seus elementos que habilitam a perpetuação do processo político democrático, a Corte estará, paradoxalmente, favorecendo a democracia.

A tentativa argumentativa de tornar mais eficaz as decisões jurisdicionais, principalmente as que dizem respeito ao controle de constitucionalidade, encontram grande resistência, tal qual a própria existência de um controle judicial, principalmente face a perspectiva democrática.

Nesse sentido Conrado Hubner Mendes (2008, p. 160) é enfático reconhecer que de fato o processo legislativo e democrático possui diversas falhas, mas que ainda assim não estaria justificada uma defesa irrestrita da utilização da jurisdição constitucional:

Não são autosuficientes para minar qualquer argumento que defenda, em nome da democracia (ou da política participativa), a supremacia do legislativo. Aquela postura se desvia do problema. Furta-se a enfrentar a necessidade de aperfeiçoamento do processo representativo e participativo. Delega a juízes e torce para que decidam “corretamente”, “racionalmente”, etc.

Essa fuga da política, que deposita os valores mais sensíveis da comunidade política a uma “torre de marfim” do direito, pode ser uma opção que mais fragiliza do que reforça a democracia.

No tocante as cláusulas pétreas, ou superconstitucionais, Conrado Hübner Mendes (2008, p. 161-168) afirma que a criação dessas pelo Poder Constituinte Originário não as colocariam completamente isoladas da possibilidade de serem revistas, e principalmente interpretadas pelas gerações seguintes, bem como os limites materiais estabelecidos devem ser observados tanto pelo legislador quanto pelo juiz, sabendo-se que o risco de eventual violação está presente na atuação de ambos.

Haveria, então, um fundamento unicamente abstrato para que o Tribunal, enquanto responsável pela interpretação das cláusulas pétreas em sede de jurisdição constitucional, fosse capaz de utilizar plenamente da razão para a construção decisória, porém não é possível apreender que empiricamente isto ocorrerá necessariamente (MENDES, C. H, 2008, p. 169).

Em que pese a construção abstrata para realização do controle, ainda que falte legitimidade democrática concernente à sua formação, mas que esse déficit pudesse ser superado pela existência de cláusulas pétreas que objetivam a primazia da Constituição, Conrado Hübner Mendes (2008, p. 171), frustrando este esforço, defende que:

Cláusulas pétreas protegidas por uma Corte Constitucional são uma tentativa de fabricar artificialmente um regime político justo. No entanto as instituições, sozinhas simplesmente não podem consegui-lo. Não há arranjo institucional que, por si só, garanta o absoluto e permanente respeito aos direitos e liberdades. Esse desejado conforto existencial não existe na esfera política e da vida em comunidade.

Segundo o autor, para que a democracia possa ser efetiva não se faz necessária a utilização de um controle de constitucionalidade, especialmente judicial, mas necessário seria que existissem instrumentos propícios para a criação de decisões não apenas em sentido formal.

Já para a teoria constitucional, o controle de constitucionalidade seria uma última trincheira destinada à proteção de um conteúdo moral mínimo existente e que deve ser preservado de supostas más decisões majoritárias, mas o legislador não estaria eximido de

eventual controle, é o sentido conferido por Conrado Hübner Mendes (2008, p.182) ao afirmar que:

Ao criticar a existência de revisão judicial, não se endossa um cheque em branco para o legislador. Essa é uma grande distorção. Se assim o fosse, dar ao juiz a última decisão também seria passar a ele um cheque em branco. Erre ou acerte, não há vias institucionais de contestação. Saber se a maioria tomou uma decisão justa ou injusta continua a ser importante questão para uma teoria política. Mesmo que não exista um juiz para vigiá-lo, o legislador não está livre para desvirtuar os princípios de organização política. Esse é um temor construído pela teoria constitucional. Defender a supremacia do legislador não corresponde à obrigação de curvar-se a qualquer decisão majoritária, tampouco reduzir a democracia a um procedimento. O legislador em momento algum está despido de controle.

No entanto, o próprio autor assevera que não seria efetivo abandonar a prática do controle de constitucionalidade adotada em larga escala pela doutrina constitucional, posto que existe o cumprimento de funções relevantes, em que pese uma falta de consistência teórica que não afete, ainda que minimamente, a democracia. Ato contínuo tem-se que no caso da realidade brasileira, levando em consideração a não existência de outro modo seguro para proteção de direitos, talvez fosse pouco prudente que diante de uma crise da democracia representativa fossem atribuídas competências ao Poder Legislativo para decisões delicadas (MENDES, C. H., 2008, p. 187-188).

Em que pese não ser o meio mais democrático, o controle realizado pelo Poder Judiciário acaba por servir como proteção contra as próprias debilidades que usualmente possam existir na democracia e que são combatidas com veemência (especialmente por aqueles cujo elitismo conduz para uma suposta superioridade em termos de competência para o Judiciário), no qual Conrado Hübner Mendes (2008, p. 188) pondera que:

Delegar decisões em princípio a um órgão majoritário exigiria grande maturidade política. Enquanto isso, prefere-se mitigar a democracia para impedir que ela mesma se arruíne. Delegam-se decisões constitucionais a pessoas ensinadas e treinadas a “levar direitos à sério”. Não importaria que esse mecanismo não se afinasse com o princípio democrático. Serve como anteparo da democracia enquanto se desconfia da possibilidade de cidadãos não versados em direito decidirem com a competência de juristas sobre os princípios fundantes da comunidade política.

Portanto o controle de constitucionalidade acaba por ser aceito até mesmo por faltar outra engenharia capaz de solucionar a problemática da efetividade da Constituição e seus limites face os desmandes da maioria democrática, dada a configuração da própria sociedade

brasileira, aspectos históricos, dogmáticos e a maneira com a qual os representantes relacionam-se com o Poder.

Não obstante, retomando a análise com relação a possibilidade do controle preventivo de constitucionalidade, esse se reveste de inegável efetividade, posto que impediria o próprio nascimento de normas que contrariassem à Constituição (FERRAZ, 1999, p. 294-295), em que pese todo ônus apresentado com relação a democracia.

Portanto, caso seja admitida a utilização desse meio, é necessário conferir redobrado cuidado sobre os limites de atuação, sendo interessante, talvez, restringi-lo à observância unicamente das cláusulas pétreas, não fossilizando a Constituição no tocante a mudanças que se revelem pertinentes e que forem demandadas pela sociedade.

Esse controle, que incorre no cerceamento da liberdade parlamentar, seria aceitável, unicamente, caso destinado a evitar eventuais danos em abstrato, posto que as proposituras legislativas e de emendas teriam o seu processamento obstruído, assim, não chegariam a obter a validade quando da possível promulgação.

Mencionam-se especialmente as ofensas às cláusulas pétreas, em que pese o paradoxo já debatido, mas para que não sejam furtadas as condições ali previstas que contribuem para a existência de uma justiça constitucional que preze pela democracia, defende-se essa possibilidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente dissertação teve por intuito verificar a possibilidade do Supremo Tribunal Federal de realizar o controle de constitucionalidade abstrato e preventivo.

Considera-se que mesmo em face de todos os entraves existentes, não é impossível que esta forma de controle seja utilizada na realidade brasileira. Apresentando-se, então, como uma forma eficaz de preservação da Constituição tendo em vista o fato de impossibilitar que a proposta afrontosa se torne válida e gere efeitos.

Ao analisar a legislação em vigor, especialmente a Constituição federal de 1988, as leis regulamentam as ações do controle direto, bem como a jurisprudência sobre o tema, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal é competente para a realização do controle de constitucionalidade abstrato.

Ressalva-se, no entanto, que resta presente o paradoxo de um Poder não eleito democraticamente possa controlar atos dos demais Poderes que possuem sua representação baseada na decisão da maioria.

Ato contínuo, não restou plenamente verificada a possibilidade de os parlamentares deliberarem sobre temas que são guarnecidos pela rigidez constitucional na figura de cláusulas pétreas, ainda que sustentados pela legitimação democrática.

Entende-se que após a manifestação da vontade soberana do povo por meio do Poder Constituinte Originário, o Poder Constituinte Reformador, que é instituído pelo primeiro, por mais que venha a possuir uma eventual maioria eleitoral, permanece condicionado e limitado à Constituição já elaborada. Em termos dogmáticos, como existe a previsão das cláusulas pétreas, essas não devem ser vilipendiadas.

Não obstante, face todo exposto no trabalho, compreende-se que caso a soberania popular delibere pela atuação do Poder Constituinte Originário - que não se esgota com a criação da Lei Fundamental - e tenha realmente o intento de alterar os princípios norteadores do Estado, que seja realizado, então, por meio de uma revolução¹.

Ademais, caso parlamentares, tanto na função legiferante ordinária quanto como representantes do Poder Constituinte Reformador – derivado – cheguem a propor Emendas à Constituição que vão de encontro as cláusulas superconstitucionais, ou propor atos normativos que não estejam de acordo com a Constituição em sua totalidade, este trabalho

¹ Revolução conforme a acepção jurídica do termo apresentado no primeiro capítulo da presente dissertação, que não implica necessariamente no uso da força, tal qual pode ser visto na última experiência Constituinte brasileira, mas que reformulou por completo a organização do Estado, conforme detalhado no terceiro capítulo desse trabalho.

entende que o Supremo Tribunal Federal, além do controle de constitucionalidade repressivo, teria, também, a legitimidade implícita para realização de controle jurisdicional preventivo que interrompa a tramitação da proposta em desconformidade.

Constata-se que a forma prevista na Constituição federal de 1988 de indicação e composição dos membros do Supremo Tribunal Federal deixa a desejar acerca da representatividade democrática.

Também é possível verificar nos julgados analisados no terceiro capítulo, que o Supremo Tribunal Federal usualmente se posiciona como parte do Poder Judiciário. E não um como uma Corte Constitucional.

Sem dúvidas a discussão do controle de constitucionalidade preventivo seria facilitada caso existisse no Brasil um tribunal constitucional que não fizesse parte do Poder Judiciário conforme apresentado no segundo capítulo.

Ademais, para conferir a legitimidade democrática seria necessária uma maneira de composição e indicação distinta àquela realizada atualmente para o Supremo Tribunal Federal. Para tanto, poderia se utilizar como inspiração alguns Tribunais Constitucionais da Europa nos quais os membros são oriundos ou indicados pelos três Poderes políticos, bem como a renovação realiza-se por mandatos periódicos.

Para fechar o contexto que melhor propiciaria a hipótese desse controle preventivo, seria necessário que houvesse uma limitação da matéria imposta. A nova Corte Constitucional –aqui idealizada – não poderia figurar como última instância do controle difuso. Limitar a matéria unicamente ao controle de cláusulas pétreas, e o procedimento restrito às ações diretas do controle, poderia ser uma alternativa válida para a organização brasileira.

Mas, retomando a realidade em vigor no Brasil, foi possível verificar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já aceita o controle preventivo de modo indireto, decorrente do direito subjetivo do parlamentar.

Ora, questiona-se, então, qual o problema de realizar o controle preventivo direto?

Tem-se que na própria argumentação utilizada pelo então Ministro Moreira Alves² – sistematicamente utilizada como base para novos julgamentos – no Mandado de Segurança n. 20.257/DF, reconhece-se que o processamento de propostas de atos normativos inconstitucionais “já desrespeita por si só a Constituição”.

² Vide citação do voto do ministro apresentada no Capítulo 3, item 3.2.2 do presente trabalho.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, motivado – talvez – pela busca de uma relação harmônica com os demais Poderes, opta por evitar a adoção de uma postura mais ativa no sentido de controlar as atividades inerentes ao Legislativo e Executivo.

As especulações aqui apresentadas no tocante à aprovação de normas que afrontem as cláusulas pétreas podem não chegar a ocorrer. Entretanto, diante da frágil democracia brasileira³ e a crise de representatividade política, na qual as maiorias apaixonadas pelos mais diversos fundamentos, sejam políticos, religiosos, sociais, etc., pouco demonstram preocupar com a guarda da Constituição.

Por essa razão compreende-se ser necessário que existam meios eficazes, ainda que excepcionais, de cercear as possíveis graves violações à Constituição antes mesmo que elas possam entrar em vigor e gerar danos irreparáveis, tanto para organização do Estado quanto para os indivíduos.

Contudo, essa postura não significa que eventuais decisões contramajoritárias atribuídas à um juízo constitucional sejam necessariamente “melhores” ou racionalmente justificadas em oposição à decisão das maiorias, demandando iguais discussão e cautela para que não deslumbrem-se com o poder que tem nas mãos.

³ Diz-se “frágil democracia” ao constatar-se que na história do Brasil, desde a proclamação da República, ocorreram diversas rupturas na organização do Estado, culminando nos mais diversos modos de governos autocráticos. Em sentido oposto existem democracias consolidadas em países como o Estados Unidos da América cuja estabilidade da democracia pode ser averiguada pela sua existência contínua há mais de dois séculos.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ABBOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- _____; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- _____. **O futuro da democracia**. Trad. Marcos Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- _____. MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1998.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Mandado de Segurança n. 20.257. Impetrantes: Itamar Augusto Cautiero Franco e Antonio Mendes Canale; Aut. Coatora: Mesa do Congresso Nacional. Relator: Ministro Décio Miranda; Relator para Acórdão: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 08 out. 1980. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 27 fev. 1981. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85046>>. Acesso em: 01 fev. 2019.
- _____. (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 29 jan. 2019.
- _____. Senado Federal. Regimento Interno, estabelecido pela Resolução n. 93, de 1970. Texto editado em conformidade com a Resolução n.º 18, de 1989a. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/regimento-interno>>. Acesso em: 27 jun. 2016.
- _____. Câmara dos Deputados. Regimento Interno, estabelecido pela Resolução n. 17, de 1989b. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados>>. Acesso em: 27 jun. de 2016.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 466. Requerente: Partido Socialista Brasileiro; Requerida: Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 03 abr. 1991. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 10 maio 1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266369>>. Acesso em: 31 jan. 2019.

BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 nov. 1999a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm>. Acesso em: 29 jan. 2019.

_____. Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1o do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 6 dez. 1999b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 29 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Agravo Regimental Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 43. Agravante: Partido Democrático Trabalhista. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 20 nov. 2003. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 19 dez. 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347925>>. Acesso em: 31 jan. 2019.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; BUSTAMANTE, Evanilda de Godoi. Jurisdição Constitucional na Era Cunha: entre o Passivismo Procedimental e o Ativismo Substancialista do STF / Judicial Review in the Age of Eduardo Cunha. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 13, p.346-388, 9 mar. 2016. DOI: 10.12957/dep.2016.17530. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/17530>>. Acesso em: 29 jan. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

FRANCE, Constitution (1791). **Constitution de La France de 1791**. Conseil Constitutionnel. Paris, France. Disponível em: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1791>>. Acesso em: 18 dez. 2018.

_____. (1793). **Constitution de La France de 1793**. Paris, France. Disponível em: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-du-24-juin-1793>>. Acesso em 02 jan. 2019.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Levando os direitos a sério**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DUARTE NETO, José. **Rigidez e estabilidade constitucional: aspectos críticos do exercício frequente da atribuição reformadora**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Notas sobre o controle preventivo de constitucionalidade. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 36, n. 142, p. 279-296, abr./jun. 1999. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/491>>. Acesso em: 28 jan. 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Curso de direito Constitucional**. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1991.

GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Jurisdição Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. Fundamentos de metodologia científica. 5 edição. São Paulo: Atlas, 2003.

LAVILLE, Christian; DIONNE, Jean. **A construção do saber: manual de metodologia da pesquisa em ciências humanas**. Porto Alegre: Artmed; Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999.

LEGIFRANCE, Le service public de la diffusion du droit. Disponível em: < <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution>>. Acesso em: 05 ago. 2017.

LUNARDI, Soraya. **Teoria do processo constitucional: análise de sua autonomia, natureza e elementos**. São Paulo: Atlas, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

_____. **Teoria do Estado e da Constituição**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAIS, José Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e cidadania**: por uma jurisdição constitucional democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Metodologia do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OLIVEIRA, Fabio Cesar dos Santos Oliveira. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**: Comentários à Lei nº 9.882 de 03/12/1999. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

OYEZ, Chicago- Kent College of Law at Illinois Tech. **“Marbury v. Madison.”** Disponível em: < <https://www.oyez.org/cases/1789-1850/5us137>>. Acesso em: 05 ago. 2017.

RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil**: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**: o que é o Terceiro Estado? Org. Intr. Aurélio Wander Bastos. Trad. Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular** (Estudos sobre a Constituição). São Paulo : Malheiros Editores, 2000.

_____. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2011.

TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei n. 9.882/99. São Paulo: Saraiva, 2001a.

_____. (Orgs.). **Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil**: recurso extraordinário e arguição de descumprimento de preceito fundamental. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TAVARES, André Ramos **Tratado da arguição de preceito fundamental**: Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. (Coord.). **Justiça constitucional**: pressupostos teóricos e análises concretas. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **A Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em 02 jan. 2019.

UNITED STATES, Constitution (1787). **Constitution of the United States**: Original text. United States Senate. U.S Capitol, Washington, D.C., United States. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>. Acesso em: 18 dez. 2018.

_____. White House. **James Madison**. Washington, United States. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/about-the-white-house/presidents/james-madison/>>. Acesso em 31 dez. 2018a.

_____. Congress. **About the Federalist Papers**. United States Congress. U.S Capitol, Washington, D.C., United States. Disponível em: <https://www.congress.gov/resources/display/content/About+the+Federalist+Papers>>. Acesso em 31 dez. 2018b.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça**: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999.