

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL - PUCRS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - MESTRADO

FRANCISCO DIEGO MOREIRA BATISTA

O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO:
uma análise de qual Poder deve dar a última palavra
a respeito da constitucionalidade de leis no Brasil.

PORTO ALEGRE/RS
2015

FRANCISCO DIEGO MOREIRA BATISTA

O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO: uma análise de qual Poder deve dar a última palavra a respeito da constitucionalidade de leis no Brasil.

Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, no Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS (Mestrado Interinstitucional com a Faculdade Santo Agostinho/PI).

ORIENTADOR: PROF. DR. EUGÊNIO FACCHINI NETO

PORTO ALEGRE/RS
2015

B333g

Batista, Francisco Diego Moreira.

O guardião da Constituição : uma análise de qual Poder deve dar a última palavra a respeito da constitucionalidade de leis no Brasil / Francisco Diego Moreira Batista. - 2015.
110 f.

Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Convênio MINTER PUCRS-FSA, Porto Alegre, 2015.

“Orientação: Prof. Dr. Eugênio Facchini Neto”

1. Direito constitucional - Brasil. 2. Controle da constitucionalidade - Brasil. 3. Brasil. Congresso Nacional. Senado Federal. I. Facchini Neto, Eugênio. II. Título.

342.81

FOLHA DE APROVAÇÃO

A Dissertação sob o título “O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO: uma análise de qual Poder deve dar a última palavra a respeito da constitucionalidade de leis no Brasil”, realizada por FRANCISCO DIEGO MOREIRA BATISTA como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, no Programa de Pós-Graduação em Direito, nível Mestrado, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, foi submetida nesta data à banca avaliadora abaixo firmada e aprovada.

Porto Alegre, _____, de _____ de _____.

Prof. Dr. Eugênio Facchini Neto – Orientador

Prof. Dr. Adalberto Pasqualotto

Prof. Dr. Cláudio Ari Mello

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, guia maior de nossa jornada. À minha esposa Josy, pelo carinho, amor, dedicação e confiança diários. Ao meu filho Miguel, que trouxe imensuráveis doses de felicidade, renovando a esperança e alegria com sua vida. A meus pais (Moreira e Maria do Carmo), exemplos de vida, laboriosos forjadores de meu caráter e personalidade.

Agradeço a todos os Professores da PUCRS pelo compartilhamento dedicado do saber, especialmente ao meu orientador, Prof. Dr. Eugênio Facchini, e aos valorosos funcionários da PUCRS e da Faculdade Santo Agostinho/PI. Agradeço, também, à Profa. Socorro Carvalho pelo excelente trabalho de revisão.

“No plano do Direito Constitucional e Público, a grande ‘descoberta’ do pensamento moderno está nas Cartas Constitucionais, entendidas como a *lex superior*, vinculatória até para o legislador. (...) É a própria ânsia de sair do contingente, de ‘fazer parar o tempo’, de vencer, em suma, o humano destino de perene transformação e de morte: as leis mudam, mas permanece a Lei; permanecem os Valores Fundamentais.” (Mauro Cappelletti)

RESUMO

Após o surgimento e disseminação dos estados democráticos de direito no mundo, a Constituição tornou-se peça fundamental na vida da sociedade. Ela, a Constituição, estabelece os poderes com suas divisões de funções, organiza o Estado, prevê o rol de direitos fundamentais, dentre outras atribuições relevantes. Assim, interpretar a Constituição é tema central de qualquer Estado com tradição na jurisdição constitucional. O tema do guardião da Constituição é base para o estudo e definição da interpretação de seu texto.

Tema clássico no direito, foi centro de célebre debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen, no final da primeira metade do Século XX. Mas o debate os antecede, tendo origem desde o surgimento da noção de Constituição e desde o surgimento do controle de constitucionalidade das leis. Atualmente, encontra-se em voga interessante tese sobre os diálogos institucionais, pretendendo superar as antigas teorias de privilégio *prima facie* de um ou outro poder na interpretação da Constituição. O diálogo institucional defende que a interpretação é um processo em que cada poder, evolutivamente, dá uma contribuição ao debate, inclusive o povo.

Após o estudo do surgimento do controle de constitucionalidade no mundo e o estudo de três diferentes sistemas de controle (Estados Unidos, França e Áustria), verifica-se que os fatores de surgimento nos diversos países encontram matizes diversos. No Brasil, de um inicial seguimento da doutrina norte-americana, o país atualmente adota uma miscigenação de controle, com aspectos de controle difuso e concentrado, o que não destoa da maioria dos outros países que se pretendem democráticos.

Entende-se que o Brasil possui um sistema legal que permite o efetivo diálogo institucional e que nossa sociedade, com cada dia maior envolvimento da população no debate público e político, pavimenta terreno no qual permite-se falar em diálogo institucional dos poderes quanto à última palavra sobre controle de constitucionalidade das leis. A prevalência da última palavra cabe, no Brasil, ao Supremo Tribunal Federal, mas fazendo parte de um processo dialógico entre os demais poderes e à sociedade.

Palavras-Chave: Direito Constitucional. Guardião da Constituição. Brasil. Quem detém a Última Palavra sobre Constitucionalidade de Leis.

ABSTRACT

After the appearance and dissemination of democratic rule of law in the world, the Constitution has become a fundamental part in the life of society. The Constitution sets out the authorities with its divisions of functions, it organizes the state, provides the list of fundamental rights, among other relevant duties. Interpreting the Constitution is a central theme of any state with tradition in constitutional jurisdiction. The Constitution's guardian theme is the basis for the study and definition of the interpretation of its text.

Law's classic theme, was the center of the famous debate between Carl Schmitt and Hans Kelsen, at the end of the first half of the twentieth century. But the debate precedes them, originating since the emergence of the knowledge of Constitution and since the dawn of the judicial review. Currently it is in vogue interesting thesis about institutional dialogue, intending to overcome ancient privilege theories *prima facie* from one or another power in the interpretation of the Constitution. The institutional dialogue argues that the interpretation is a process in which each power, evolutionarily, gives a contribution to the debate, including the people.

After studying the birth of judicial review in the world and the study of three different control systems (United States, France and Austria), it is verified that the display of factors in different countries find different nuances. In Brazil, from an initial use of US doctrine, the country currently adopts a mixture of control with aspects of diffused and concentrated control, which does not clash with most countries intended to be democratic.

It is understood that Brazil has a legal system that allows effective institutional dialogue and that our society, with greater daily involvement of the population in public and political debate, paves land on which allow discussions about institutional dialogue of powers as the last word on judicial review. The final prevalent, in Brazil, belongs to the Federal Supreme Court, including parts of a dialogical process between other powers and society.

Keywords: Constitutional law. Guardian of the Constitution. Brazil. Who has the Last Word on Constitutional Interpretation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: PRINCIPAIS EXPERIÊNCIAS ESTRANGEIRAS	3
1.1 Surgimento do Controle de Constitucionalidade nos Estados Unidos da América	4
1.2 Panorama do Controle de Constitucionalidade na França.....	19
1.3 Panorama do Controle de Constitucionalidade na Áustria.....	27
2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL	32
2.1 Evolução Histórica	32
2.2 Atual Panorama do Controle de Constitucionalidade no Brasil	50
3 QUEM DEVE SER O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO.....	58
3.1 O debate na Alemanha: a polêmica entre Kelsen e Carl Schmitt	58
3.2 Debates recentes.....	77
3.3 O Guardião da Constituição na República Federativa do Brasil	86
CONCLUSÃO.....	96
REFERÊNCIAS	101

INTRODUÇÃO

Com a presente pesquisa, objetiva-se analisar qual poder deve ser o Guardião da Constituição no Brasil.

O estudo do guardião da Constituição é tema central para o Direito.

A noção do atual sistema jurídico parte, na origem, da adequada separação entre poderes do Estado e da especificação de funções a tais poderes. Uma sociedade baseada no direito, fundada em uma Constituição que estabelece os limites aos poderes e aos cidadãos, necessita de um intérprete de seu conteúdo.

Não se pode falar em Estado de Direito atualmente sem que haja uma Constituição com previsão de poderes, divisão de funções estatais e previsão de proteção aos direitos fundamentais. A jurisdição constitucional hoje é aplicada na maioria dos países considerados democráticos. A interpretação da Constituição é tema dos mais estudados no mundo, com grandes teses atualmente construídas sobre os limites da jurisdição constitucional.

Mas a antessala deste estudo encontra-se na definição de quem deve guardar a Constituição. Qual poder é o seu legítimo intérprete e quem detém a última palavra em matéria de interpretação constitucional.

Pretende-se lançar luzes para algumas questões: o Parlamento, com sua representatividade popular, pode derrubar decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal? O Povo, através de referendo, pode derrubar decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal? Quais os fundamentos históricos que fizeram surgir o Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil? A função contramajoritária das decisões proferidas pelo STF viola a soberania popular? Quem deve ter a última palavra sobre constitucionalidade: os Tribunais ou o Parlamento? A Proposta de Emenda à Constituição – PEC nº 33 – viola alguma cláusula pétrea da Constituição Federal? O modelo atual, que concede a última palavra aos Tribunais, implica um agigantamento da jurisdição?

Para alcançar este intento, far-se-á uma análise histórica sobre o surgimento do controle de constitucionalidade das leis (nos Estados Unidos e seus antecedentes da Inglaterra), será apresentado um panorama do controle na França (que partiu de uma inicial separação radical dos poderes para uma atual previsão de controle de constitucionalidade) e tratar-se-á do sistema de controle austríaco.

Estas três experiências não são colhidas ao acaso. Os Estados Unidos por ser apontado como país de origem do *judicial review*, especialmente após a decisão do caso Marbury vs. Madison, sob a relatoria do *Chief Justice* John Marshall. A França porque, tradicional e inicialmente alheia à ideia de um Poder Judiciário forte apto a controlar os atos do legislativo e declarar-lhes sua nulidade, evoluiu para adoção atual de um robusto sistema de controle. Por fim, o sistema austríaco por ser origem do sistema concentrado e do chamado modelo europeu de controle, um sistema diferenciado do *Judicial Review*, com previsão de um órgão central de controle de constitucionalidade e uma ação específica com efeitos decisórios gerais.

Após esta análise será dado o panorama histórico do fenômeno no Brasil, especificando as características e crescimento do sistema de controle ao longo da história do constitucionalismo brasileiro, permitindo uma compreensão do atual sistema vivenciado no Brasil. Com esta abordagem histórica e crítica, pretende-se deixar assentada a evolução do sistema e aclarar suas características atuais, orientando o estudo para sua conclusão.

No último capítulo, analisar-se-ão importantes estudos sobre o tema e apontar-se-á a posição aqui defendida. Primeiramente será dado grande enfoque ao clássico debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen, na primeira metade do Século XX, que deu ares centrais ao debate no mundo com apresentação de duas posições diferentes sobre o tema. Em seguida, serão apresentados estudos de renomados autores estrangeiros e brasileiros sobre o tema, com especial enfoque à teoria dos diálogos institucionais. Por fim, conclui-se o capítulo apresentando uma posição sobre o tema.

No procedimento de investigação serão utilizados especialmente dois métodos: histórico e tipológico. Utilizar-se-á o método histórico quando da análise dos principais clássicos que escreveram sobre o assunto e das estruturas utilizadas em países centrais durante os momentos mais importantes. Será utilizado o método tipológico quando da análise comparativa dos fenômenos e da elaboração de soluções ao problema.

Na interpretação jurídica será utilizado o método sociológico, pois analisar-se-á o fenômeno estudado inserindo-o no contexto social.

A pesquisa lançará mão de técnicas que podem ser classificadas da seguinte forma: a) quanto à natureza, teremos uma pesquisa qualitativa e teórica; b) quanto aos objetivos, a pesquisa será exploratória e explicativa; c) quanto aos procedimentos, a pesquisa será documental e bibliográfica.

1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: PRINCIPAIS EXPERIÊNCIAS ESTRANGEIRAS

Para se atingir o objetivo final deste estudo, é importante iniciar com breves pontuações sobre a experiência estrangeira no controle de constitucionalidade. Esta análise dar-se-á de forma panorâmica, focando, especialmente, as raízes históricas do surgimento do controle de constitucionalidade no mundo.

Não se pretende, aqui, tecer um substancial estudo sobre todos os sistemas de constitucionalidade existentes, pois esta não é a sede adequada (tal estudo mereceria um sem-número de trabalhos específicos diante da amplitude, profundidade e complexidade exigidas). Também não se objetiva analisar todos os sistemas internacionais nos diversos países do Globo, pois acabar-se-ia esvaziando o propósito perseguido. A intenção, neste momento, consiste em demonstrar alguns dos diferentes sistemas que se desenvolveram de forma parcialmente diversa entre si, de modo a possibilitar uma análise fundamentada sobre o tema central.

Considerando essas premissas, decidiu-se analisar o surgimento do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos da América (juntamente com suas raízes históricas), traçar uma visão panorâmica sobre o controle de constitucionalidade na França e sobre o controle de constitucionalidade na Áustria.

A escolha desses três sistemas não se dá ao acaso.

O *Judicial Review* é visto pela maioria dos estudiosos que se dedicam ao tema como um produto surgido nos Estados Unidos da América, especificamente após a decisão do caso *Marbury vs. Madison*, sob a relatoria do *Chief Justice* John Marshall. Demonstrar-se-á que este não é um surgimento repentino nem uma teoria mágica surgida naquele clássico julgamento, mas, sim, uma excelente lapidação da questão e marco da sistematização da matéria.

A França foi escolhida porque, tradicionalmente, sempre mostrou-se alheia à ideia de um Poder Judiciário forte a ponto de controlar os atos do legislativo e declarar-lhes sua nulidade. Na França, predominou, até por decorrência da Revolução Francesa e de seus teóricos, a noção de separação estrita de poderes, com um legislativo que legisla, um judiciário que aplica leis e um executivo que executa leis. Um sistema peculiar que contribui para apresentar o panorama da matéria.

Por fim, aborda-se o sistema austríaco por ter surgido do gênio de Hans Kelsen na Constituição de 1920 como um sistema diferenciado do *Judicial Review*, com um órgão central de controle de constitucionalidade e uma ação específica com efeitos decisórios gerais.

1.1 Surgimento do Controle de Constitucionalidade nos Estados Unidos da América

Pode-se dizer, de forma geral, que o Controle de Constitucionalidade de leis surgiu nos Estados Unidos da América contemporaneamente à sua independência (1776 a 1783) e muito tempo antes de seu advento na Europa. De fato, o sistema norte-americano do *judicial review of legislation* fez nascer, efetivamente, o que se pode chamar de constitucionalismo e supremacia da constituição: a noção de estabilidade da constituição e seus princípios, os quais não podem ser violados por nenhum dos poderes, incluindo-se o Poder Legislativo.

Porém, para ser mais preciso, as razões históricas e a aplicação de uma certa espécie de controle de constitucionalidade surgiram bem antes do *Judicial Review* estadunidense.

A previsão inicial não veio com a constituição norte-americana, não veio com os excelentes estudos de Alexander Hamilton nos *Federalists Papers*¹, nem com a solidificação da tese por ocasião do célebre julgamento do caso *Marbury vs. Madison* (nascimento da Doutrina Marshall, na Suprema Corte dos Estados Unidos)². Esses pontos se encontram um pouco mais avançados na história do controle de constitucionalidade, que possui capítulos precedentes de grande importância.

Mauro Cappelletti³ apresenta interessantes exemplos de sistemas que, mesmo não tão sofisticados, evoluídos e sistematizados como o da *judicial review* estadunidense, são precursores na noção de limite aos poderes por uma norma superior e de uma certa noção de controle de constitucionalidade.

O primeiro sistema lembrado pelo autor é o da grande civilização ateniense (Grécia). No direito ateniense, havia a distinção entre o *nómos* (a lei em sentido estrito) e o *pséfisma* (uma espécie de norma infralegal, como um decreto). Os *nómoi* (leis) tinham características que os aproximavam das modernas constituições, pois dispunham da organização do Estado e somente

¹ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 708 e seguintes.

³ CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. 2. ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Antonio Fabris, 1992. p. 49 ss.

poderiam ser alteradas mediante um especial procedimento legislativo. As leis eram consideradas valores relativamente fixos retirados da experiência da vida política e sua alteração somente seria realizada através de um procedimento complexo, cercado de grandes garantias, inclusive responsabilização do proponente da modificação se esta não fosse aprovada ou se se mostrasse inoportuna. A maioria da *Eclesía* (Assembleia Popular), dessa forma, não poderia propor alterações súbitas nos *nomói*, o que dava estabilidade frente às maiorias de ocasião. Mas a *Eclesía* podia editar atos normativos inferiores, o *pséfisma*, que dispunha de diversos conteúdos, assemelhando-se a uma lei. Essas *pséfismata*, que acabavam por regulamentar o dia-a-dia da sociedade, deveriam manter respeito na forma e na substância com os *nomoi*, sob pena de serem reconhecidas como ilegais. Essa ilegalidade da *pséfisma* acarretava uma responsabilidade penal daquele que a havia proposto (mediante ação pública de ilegalidade – *grafè pranómon*).

Outro exemplo informado pelo autor que retrata a distinção hierárquica entre uma norma superior estável e as normas inferiores mutáveis está no sistema jurídico da Idade Média. Naquela época, o direito natural tinha lugar de proeminência, era considerado norma superior, de origem divina, e todas as demais normas deveriam fiel respeito a ele. Nesse sistema, um ato estatal que violasse normas estabelecidas pelo direito natural seria nulo, sendo o juiz obrigado a declarar sua nulidade. Por esse sistema, era possível distinguir duas espécies de normas: *jus naturale* (uma norma superior inderrogável, o direito natural) e o *jus positum* (norma inferior positivada – direito positivo – que não poderia conter violação ao *jus naturale*). Assim, pode-se perceber uma certa forma de supremacia das normas do direito natural e controle de normas inferiores em seu conteúdo, o que teria uma certa semelhança com o controle de constitucionalidade.

Prosseguindo um pouco mais na linha do tempo, Mauro Cappelletti observa que a Doutrina Marshall teve inspiração direta do próprio direito inglês, por uma sequência de fatos que ele denominou de “astúcia da história”⁴. Isso porque o *judicial review* norte-americano decorreu de seu imediato oposto inglês, o sistema da supremacia do parlamento.

No início do Século XVII, um grande expoente do direito inglês foi o Sir Edward Coke (1552-1634), defensor da *common law* diante da *statutory law*. Coke entendia que a lei não era criada, mas declarada pelos juízes, sendo obra dos magistrados (*common law*). Ao contrário, a *statutory law* seria o direito criado pela vontade do Soberano (ou do Parlamento).

⁴ CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. p. 57-63.

A Doutrina Coke, como ficou conhecida esta posição do direito no Século XVII, fundava-se na autoridade do juiz como árbitro maior entre o Rei e a nação. A supremacia do juiz sobre o Rei era justificada por Coke pelo fato de que apenas o Poder Judiciário emitia decisões fundadas na ciência do direito, que requeria muitos anos de estudo e experiência para que se obtivesse um mínimo de conhecimento na área. Ao contrário, o Rei não detinha conhecimentos da lei através da ciência do direito, o que demonstraria a necessidade de prevalectimento da última palavra com o Poder Judiciário. Em relação ao parlamento, Sir Edward Coke trazia argumento favorável à prevalência do judiciário pela supremacia da *common law* sobre seus atos, que poderiam ser controlados pelo juiz em caso de abuso ou contrariedade dos atos legislativos com a *common law*. Segundo esse pensamento de Coke, a *common law* seria uma espécie de limite à atividade do legislador, que não poderia legislar de forma contrária ao seu conteúdo, sendo o Poder Judiciário o órgão vocacionado a exercer este controle.

No célebre Caso Bonham (*Bonham's Case*⁵), a *Court of Common Pleas* (Corte de Súplicas Comuns – tribunal inglês que decidia casos que não envolvessem o rei, ou seja, demandas entre comuns), capitaneada pelo *Chief Justice* Edward Coke, decidiu, no ano de 1610, que a *common law* poderia ser um limitador para os atos do parlamento. A corte declarou que as leis editadas pelo parlamento estão submetidas a um direito superior, chamado de *common law*, e que seriam nulos quaisquer atos do parlamento que o desrespeitassem.

Em suma, a Doutrina Coke informava que os atos do Rei eram controlados pelo Juiz em virtude de as decisões serem fundadas na Ciência do Direito, afeita a *experts*. Os atos do legislativo eram controlados pelo judiciário porque aquele apenas declarava a *common law*: qualquer forma de legislação que violasse a *common law* deveria ser anulada pelo judiciário, o que terminava por apresentar a *common law* como norma de superioridade em relação às demais normas (*statutory law* e *custom law*).

⁵ O caso, em breve notas, ocorreu da seguinte forma: Dr. Bonham graduou-se em medicina pela Universidade de Cambridge. Apesar de formado, o *Royal College of Physicians* apenas permitiu o exercício da profissão em Londres se ele obtivesse licença daquele instituto. Dr. Bonham se negou a retirar sua licença e o *Royal College* aplicou-lhe uma multa e ordenou sua prisão, agindo amparado por uma concessão real confirmada por um ato do parlamento inglês. Ele, então, moveu uma demanda judicial contra o *College* por prisão indevida, tendo o caso sido julgado pela *Court of Common Pleas*, no qual Sir. Edward Coke exercia a função de *Chief Justice*. A corte decidiu o caso em favor de Bonham, expressando o entendimento de que a *common law* deve controlar os atos do parlamento e, às vezes, julgá-los totalmente inválidos. HELMHOLZ, R. H. *Bonham's case, judicial review and the law of nature*. *Journal of legal analysis*. Oxford. Winter, 2009. Vol. 1, nº 1. Disponível em: <<http://jla.oxfordjournals.org/content/1/1/325.full.pdf>>. Acesso em: 07 de maio de 2014.

A Doutrina Coke preponderou no direito inglês por algumas décadas do Século XVII (tendo, também, frutificado nas colônias inglesas da América), sendo substituída na época da Revolução Gloriosa (1688) pela doutrina da *Supremacy of the Parliament* (Supremacia do Parlamento), capitaneada por John Locke⁶.

No direito inglês vigora, desde essa época, o princípio da Supremacia do Parlamento, embora com alguns temperamentos nos dias atuais. A Constituição britânica era marcada pela flexibilidade (embora atualmente seja mais difícil sua modificação). As “leis da constituição” não diferiam das outras leis em geral, pois a Constituição inglesa podia ser alterada por um ato ordinário do parlamento. O Poder Legislativo, nesse sistema jurídico, é tanto corpo legislativo quanto assembleia constituinte.

Segundo Edward McWhinney⁷, citando Albert Venn Dicey (considerado o decano dos constitucionalistas britânicos), a soberania do parlamento é um produto da insistência e da supremacia política do braço legislativo do governo nas disputas constitucionais do Século XVII. A noção da supremacia do parlamento era fundada em três argumentos, em três proposições centrais: a) não há lei que o Parlamento não possa modificar, atuando em sua função legislativa normal; b) não há nenhuma distinção, abaixo da Constituição, entre leis fundamentais ou constitucionais e aquelas que não são fundamentais ou constitucionais; c) não há nenhuma pessoa ou corpo de pessoas (legislativo, executivo ou judiciário) que possa invalidar atos aprovados pelo Parlamento Inglês.

A função do Poder Judiciário na Inglaterra, considerando-se esta *Parliamentary Sovereignty* (Soberania do Parlamento), deve ser entendida de forma diferente daquela por nós conhecida. A tradição jurídica na Inglaterra tem natureza de *common law*, ou seja, é baseada nos precedentes judiciais. Também vigorava a possibilidade de o parlamento poder superar, desfazer, uma decisão judicial por um simples ato legislativo, decisão esta que será declarada em

⁶ Esta afirmação não é compartilhada pela unanimidade dos autores. Cappelletti (CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*) compartilha deste entendimento com Marinoni (MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.) e diversos outros autores, que afirmam ter sido a Revolução Gloriosa inglesa (1688) o marco fixador da Supremacia do Parlamento na Inglaterra. Porém, outra corrente indica que a doutrina Coke não representou um verdadeiro controle de constitucionalidade, sequer o seu autor pretendia tal mister, tendo-se mantida a Supremacia do Parlamento mesmo durante tal período. O que importa ao nosso estudo é o fato de que a doutrina Coke é apontada, tranquilamente, como um dos mais importantes precedentes do *Judicial Review* dos Estados Unidos. (HELMHOLZ, R. H. *Bonham's case, judicial review and the law of nature*. Journal of legal analysis. Oxford. Winter, 2009. Vol. 1, nº 1. Disponível em: <<http://jla.oxfordjournals.org/content/1/1/325.full.pdf>>. Acesso em: 07 de maio de 2014.).

⁷ McWHINNEY, Edward. *Judicial review*. 4ª ed. Toronto: University of Toronto Press, 1969. p. 32/33.

desacordo com a opinião predominante no órgão legislativo⁸. Mas essa rigidez da supremacia do parlamento não impediu o desenvolvimento do sistema jurídico inglês.

Na Inglaterra, diferentemente da França, a soberania do parlamento sofre limitações pelo direito criado pelos tribunais. A ausência de constituição escrita não implica dizer que inexistente tal diploma na Inglaterra. Lá, a Constituição está viva na tradição nacional, possuindo uma realidade arraigada de tal maneira no sentimento público e na jurisprudência dos tribunais que nenhum legislador ousa retirar-lhes. Assim, a Constituição na Inglaterra constitui-se de um corpo esparso de normas não necessariamente positivadas, mas arraigadas indelevelmente na tradição jurídica do país. Para compensar a impossibilidade de declarar nula uma lei ou ato do parlamento, o Poder Judiciário inglês desenvolveu bastante o sistema de interpretações, que permite evoluir o imediato significado do diploma legal à situação e aplicar a lei sem precisar declará-la inconstitucional.

A estrutura do direito inglês, *common law* por natureza, é formada pela evolução histórica, especialmente da jurisprudência. Ao lado das regras da *common law*, formadas pelo trabalho, especialmente dos tribunais, surgiu a chamada *equity*, que era um julgamento a cargo do Chanceler (primeiramente ao Rei, depois delegado ao Chanceler) de decidir uma causa não com base nas regras formais e rígidas da *common law*, mas pela aplicação de um conjunto de soluções criadas para completar e eventualmente rever o sistema, considerando-se a ideia de justiça (em que pese a atual crítica à noção de justiça ao caso concreto e à função dos princípios no direito). Esta *equity*, naturalmente, deveria sempre respeitar o direito, não podendo contrariá-lo frontalmente (*equity follows the law*)⁹.

Apenas para deixar bem esclarecida a concepção do direito inglês:

O direito inglês, proveniente dos processos de *common law*, é essencialmente um direito jurisprudencial (*case law*); suas regras são, fundamentalmente, as regras que se encontram na *ratio decidendi* das decisões tomadas pelos tribunais superiores da Inglaterra. Na medida em que faz declarações que não são estritamente necessárias para a solução do litígio, o juiz inglês fala *obiter*, emite opiniões que podem ser sempre postas em causa e discutidas, porque não constituem regras de direito. A *legal rule* inglesa coloca-se ao nível do caso concreto em razão do qual, e para cuja resolução, ela foi emitida. Não se pode colocá-la a um nível superior sem

⁸ MCWHINNEY, Edward. *Judicial review*. p.44.

⁹ DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. *passim*.

deformar profundamente o direito inglês, fazendo dele um direito doutrinal; os ingleses são bastante avessos a uma tal transformação e apenas adotam, verdadeiramente, em particular, as regras formuladas pelo legislador, por menor que seja a interpretação que elas exijam, quando forem efetivamente interpretadas pela jurisprudência; as aplicações jurisprudenciais tomam então o lugar, no sistema do direito inglês, das disposições que o legislador editou¹⁰.

O direito inglês não possui códigos como no direito francês, com regras abstratas e de caráter geral. Ao contrário, ele foi elaborado pelas Cortes Reais, sendo um conjunto de regras processuais e materiais que essas Cortes consolidaram e aplicaram para a solução de litígios específicos¹¹. Originalmente, o direito inglês não continha regras de direito material: existiam apenas regras processuais que permitiam aos juízes decidir os conflitos. Pelo julgamento das cortes, as decisões passaram a ser reiteradas e respeitadas, existindo o sistema dos precedentes judiciais (*stare decisis*), sendo estas as regras de direito material, as regras que serviriam para os casos futuros. Observe-se que o direito inglês se formou com a reiteração de decisões judiciais que passaram a vigorar para casos futuros, um direito eminentemente costumeiro.

Não se tendo por objetivo aprofundar no cativante estudo do sistema jurídico inglês, tais pontos foram levantados para demonstrar que o sistema jurídico vigente na Inglaterra, na época da independência dos Estados Unidos da América, apresentava regra distinta da *Judicial Review: a Supremacy of the Parliament* (mesmo que não igualmente ao vigente na França)¹².

O paradoxo e a “astúcia da história” no surgimento do *Judicial Review* norte-americano, acima citados, encontram-se exatamente nesse contraponto.

As colônias inglesas na América eram regidas, em sua maioria, por cartas ou estatutos próprios (quando não regidas pelas leis inglesas incorporadas ao sistema jurídico interno). Essas cartas são consideradas as primeiras constituições das colônias, pois vinculavam toda sua legislação, regulavam sua estrutura jurídica e suas funções principais. As colônias norte-americanas, por sua vez, editavam leis para reger a vida no interior de seu espaço geográfico, mas estas não podiam violar as leis inglesas (leis do reino). Vigorava, portanto, um regime de

¹⁰ DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. p. 408-409.

¹¹ DAVID, René. *O direito inglês*. Trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 3 *et. seq.*

¹² Na verdade, o sistema jurídico inglês não apresenta, atualmente, a regra da superioridade do parlamento. O direito inglês nasce dos tribunais, não da lei. Porém, atualmente a lei possui importância cada vez maior no sistema jurídico inglês, sendo aplicada pelos juízes conforme a interpretação dada pelos tribunais superiores (*stare decisis*). Mesmo assim, no Século XX, e início de Século XXI, o sistema jurídico inglês atribui importância cada vez maior à lei (*statute law*). “O direito inglês, que até o século XX era um direito essencialmente jurisprudencial, atribui hoje uma importância cada vez maior à lei” (DAVID, René. *O direito inglês*. p. 11).

supremacia da lei inglesa sobre as cartas e leis das colônias. Esta supremacia tornava-se um reflexo da supremacia do próprio parlamento inglês no sistema legal das colônias.

Mas como o direito inglês se fazia prevalecer, na prática, sobre o direito das colônias se não havia *Judicial Review* na Inglaterra?

Quando uma lei colonial violava alguma lei do reino, o caso poderia ser submetido ao *Judicial Committee of the Privy Council*. Referido conselho foi reestruturado (com sua formação atual) em 1833, pelo chamado “*Act for the better Administration of Justice in His Majesty’s Privy Council*”¹³, e se constitui em um corpo de conselheiros do monarca britânico. Sua função inicial era auxiliar o Rei a decidir sobre os mais importantes assuntos do reino. Na época das colônias inglesas na América, o *Privy Council* constituía-se como uma corte de conselheiros que apresentavam um relatório e uma opinião sobre determinados temas submetidos ao crivo do Rei em seu Conselho. Todas as apelações e reclamações deveriam ser trazidas, antes de enviar ao Rei, ao *Privy Council*, que deveria fazer uma recomendação para Sua Majestade. Embora esse conselho tivesse forma de tribunal, seu papel consistia em relatar o caso ou fazer recomendações ao Rei. Porém, de acordo com o costume Constitucional, nenhuma decisão de Sua Majestade contrariava as recomendações tecidas pelo *Privy Council*, que se tornou uma verdadeira corte da lei.

Os casos *from the old Dominions* (ou seja, das colônias) eram submetidos ao Conselho por qualquer juiz ou Corte Judicial. Assim, vários desses foram submetidos ao *Privy Council* da Inglaterra que recomendavam aos juízes das colônias aplicar as leis locais apenas se estas não fossem incompatíveis com as leis do Reino¹⁴. O *Privy Council* exercia, de fato, o *judicial review* das leis coloniais com a premissa de que os parlamentos coloniais eram subordinados ao Parlamento Britânico.

¹³ MCWHINNEY, Edward. *Judicial review*. p. 49. No mesmo sentido: History of Judicial Committee of the Privy Council. Disponível em: <<https://www.jcpc.uk/about/history.html>>. Acesso em 02 de junho de 2015.

¹⁴ MCWHINNEY, Edward. *Judicial review*. p. 56, 58: “It is the general condition of all legislation by subordinate and provincial assemblies, throughout the British Empire, that the same ‘shall not be repugnant to the law of England’. This condition is enforced ... by the decision of the local judiciary in the colony, in the first instance, and ultimately of her Majesty’s imperial privy council, upon an action or suit at law, duly brought before such a tribunal, to declare and adjudge a colonial, dominion, or provincial statute, either in whole or in part, to be ultra vires and void (...)” (Tradução livre: É a condição geral de toda a legislação das assembleias provinciais subordinadas por toda a extensão do Império Britânico que ela ‘não poderá ser conflitante com a lei da Inglaterra’. Esta condição é imposta ... por decisão da magistratura local na colônia, em primeira instância, e, em última instância, do Imperial Conselho Privado de Sua Majestade, mediante uma ação ou modificação na lei, devidamente levado perante tal tribunal, para declarar e julgar o estatuto provincial, no todo ou em parte, como *ultra vires* e nulo). Também: CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. p. 61.

Essa circunstância da história contribuiu para arraigar-se, na estrutura jurídica do povo norte-americano, a noção de que as leis devem obediência a uma norma superior (primeiramente às leis do Reino da Inglaterra; posteriormente à Constituição dos Estados Unidos da América) assim como os juízes devem afastar a aplicação de leis que sejam incompatíveis com essas normas superiores. Surgiu, por um acaso da história, uma tradição jurídica arraigada que contribuiu para o nascimento e florescimento do *Judicial Review*.

Esse contexto levou John Marshall a decidir, no caso *Marbury vs. Madison* (1803), que a Constituição dos Estados Unidos é superior às leis editadas pelo parlamento.

Mas antes do célebre caso *Marbury vs. Madison*, alguns precedentes judiciais da antiga colônia inglesa ajudam a ilustrar a sequência histórica que levou a este ponto. William Michael Treanor¹⁵ revela a existência de diversos casos julgados antes de *Marbury vs. Madison* em que foi declarada a inconstitucionalidade de leis diante de uma lei superior. O autor afirma que o mais influente escrito sobre o assunto aponta que existiram pelo menos cinco casos, tanto nos tribunais federais quanto estaduais, em que houve declaração de inconstitucionalidade de leis no período compreendido entre a Constituição dos Estados Unidos e o caso *Marbury vs. Madison*¹⁶. Ao contrário, em seu texto, Treanor observa trinta e um casos em que uma lei foi invalidada, somados a sete casos onde, embora a lei tenha sido mantida hígida, um juiz concluiu por sua inconstitucionalidade.

Na análise desses casos, o autor distingue duas formas de exercício do *judicial review*: a primeira, por incompetência dos órgãos que elaboraram as normas (inconstitucionalidade formal); a segunda, por inconstitucionalidade no mérito do ato atacado. A noção historicamente fixada de que houve o nascimento, uma ruptura do sistema, pelo Juiz Marshall no caso *Marbury* reflete uma consequência do equívoco da obra de Alexander Bickel, “The Most Dangerous Branch”, ao considerar a decisão do caso *Marbury vs. Madison* um divisor de águas na história do *judicial review*. Para o autor, essa noção de nascimento do *judicial review* com *Marbury* perdeu seu domínio na doutrina que considera a existência de algumas decisões anteriores a *Marbury* assinaladas pelo reconhecimento da *judicial review*, porém com certa timidez (os autores costumam citar no máximo de cinco decisões anteriores a *Marbury*). William

¹⁵ TREANOR, William Michael. *Judicial review before Marbury*. Stanford Law Review, 58. 2005. Disponível em: <<http://www.stanfordlawreview.org/sites/default/files/articles/treanor.pdf>>. Acesso em: 07 de maio de 2014.

¹⁶ Este seria o livro de Sylvia Snowiss, *Judicial Review and the Law of the constitution*. New Haven: Yale University Press, 1990.

M. Treanor, como dito, aponta aproximadamente trinta e um casos com aplicação da *judicial review* antes de Marbury.

O caso Holmes vs. Watson (1780) é citado como sendo o mais antigo a adotar a aplicação de uma certa forma de *judicial review* nos Estados Unidos da América. Nesse caso, a Suprema Corte de Nova Jersey declarou nula uma lei que autorizava a apreensão de propriedades e previa que a decisão sobre quem seria o legal senhor de tal propriedade caberia a um júri composto de seis membros. A *New Jersey Supreme Court* concluiu que esse júri não era previsto na Constituição do Estado, razão por que não era um júri constitucional. Nessa época da revolução dos Estados Unidos, a noção de *judicial review* apresentava-se tímida e limitada.

Muitas decisões semelhantes foram emitidas durante este período¹⁷, culminando com o famoso caso Marbury vs. Madison.

Mesmo diante desses estudos aprofundados acima, a maioria dos autores aponta a certidão de nascimento do controle de constitucionalidade no mundo em 1803, com Marbury vs. Madison, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, sob a presidência do Juiz Marshall.

Com efeito, a declaração de independência dos Estados Unidos, datada de 4 de julho de 1776, continha, em seu texto, alguns termos emblemáticos que demonstravam a importância da herança inglesa da *common law*. Alguns autores entendem que a declaração de independência afirma a matriz jusnaturalista da Constituição do país (aprovada pela Convenção da Filadélfia entre 25 de maio e 17 de setembro de 1787)¹⁸. A declaração de independência continha, logo no início do documento, termos como “leis da natureza” e “estas verdades como evidentes por si mesmas”¹⁹, o que demonstrava a forte recepção pelos teóricos da revolução das ideias de superioridade da *common law* derivadas da Doutrina Coke.

Essa atmosfera vivida no período é bem retratada na obra “O Federalista”, de Hamilton, Madison e Jay²⁰. Para os autores, a acumulação dos Poderes Legislativo, Executivo e

¹⁷ Cappelletti lembra, também, do referido caso Holmes vs. Watson (1780), e do caso Commonwealth vs. Caton (1782), julgado pela Corte da Virgínia como precedentes ao caso Marbury. CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. p. 62-63.

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 724.

¹⁹ Declaração de independência dos Estados Unidos da América. Disponível em: <<http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/declaraindepeEUAHISJNeto.pdf>>. Acesso em: 13 de maio de 2014.

²⁰ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003. Especialmente p. 298 ss. Este livro constitui a reunião de artigos dos três autores no jornal Daily Adviser (Nova Iorque), na época da elaboração da Constituição dos Estados Unidos da América. Tais artigos tinham por objetivo esclarecer ao povo norte-americano as ideias que fundamentavam as revoluções da época

Judiciário nas mãos de um só indivíduo ou corporação, mesmo que tenham assumido o poder por eleição, constitui tirania. Porém, esta divisão não pode ser absoluta, ou seja, a divisão dos poderes não pode ser inteiramente delineada a órgãos estanques. Deve haver interpenetração entre os mesmos, o que já relatava uma necessidade dos pesos e contrapesos (*check and balances*).

Analisando as diversas Constituições das colônias que compunham a confederação (depois transformada em Federação, os Estados Unidos da América), os autores apontam a existência dessa interpenetração dos poderes uns nos outros, como forma de heterocontrole: “A Constituição de Nova Iorque (...) dava ao magistrado executivo, assim como aos juízes, um certo grau de autoridade sobre os atos do corpo legislativo”²¹. E complementa:

Fica provado no capítulo antecedente que o axioma político que se examina não exige separação absoluta dos três poderes; demonstrar-se-á agora que sem uma tal ligação que dê a cada um deles o direito constitucional de fiscalizar os outros, o grau de separação, essencial à existência de um governo livre, não pode na prática ser eficazmente mantido.²²

Hamilton, Madison e Jay²³ consideravam a Constituição a base da interpretação das leis e entendiam que todas as vezes que entre elas houver oposição, as normas constitucionais deverão prevalecer, sendo este um princípio implícito a toda Constituição limitada²⁴. Também rechaçavam a ideia de submeter decisões judiciais a um Tribunal formado por juízes temporários integrantes do corpo legislativo. O primeiro inconveniente seria a ilógica submissão de uma causa, julgada por juízes vitalícios em primeira instância, a juízes temporários em última instância (fato que diminuiria a solidez e imparcialidade das decisões). O segundo inconveniente: os membros do legislativo são escolhidos pelo povo por características que não necessariamente são exigidas aos magistrados: magistrados são estudiosos da lei e do direito, o que nem sempre ocorre com membros do legislativo. Por fim, ressaltam que o corpo legislativo é naturalmente tendente a dividir-se em facções, em partidos, implicando o contágio das decisões judiciais e o envenenamento da “fonte da justiça”.

(Revolução Francesa, Independência dos Estados Unidos) e que estavam sendo sedimentadas na nova Carta Constitucional (17 de setembro de 1787). Ao final, tais ideias acabaram estabelecidas na Constituição, esta que teve Hamilton e Madison como seus principais redatores.

²¹ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. p. 302.

²² HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. p. 305.

²³ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. p. 475.

²⁴ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. p. 474.

Não há por que, então, haver temor de o Poder Judiciário, detentor do poder de interpretar as leis e aplicá-las aos casos concretos, usurpar as funções do Poder Legislativo. O próprio Poder Legislativo detém competência para julgar os membros do órgão judiciário superior, razão pela qual temerão esses juízes a perda de seus empregos acaso avancem, no exercício da função julgadora, sobre a função legislativa.

Embora revelado que a Constituição norte-americana não continha dispositivos expressos sobre *judicial review*, a noção de supremacia da constituição foi reforçada e interpretada pela redação do artigo VI, do estatuto, que afirma “esta Constituição (...) constituirão a lei suprema da nação; e os juízes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados”²⁵.

Tal texto fora fundamental na construção do entendimento do *Chief Justice* John Marshall. Cappelletti²⁶ afirma que, desse dispositivo, retiraram-se dois conceitos essenciais: o primeiro foi a fixação da noção de supremacia da constituição; o segundo, a previsão do dever dos juízes negarem aplicação às leis contrárias ao texto constitucional.

No caso *Marbury vs. Madison*²⁷, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em 1803, firmou-se que o Poder Judiciário é o detentor da última palavra sobre validade das leis dentro de um Estado. Daí, um ato legislativo que contrariasse uma norma superior (princípio da Supremacia da Constituição) poderia ser declarado nulo pelo Poder Judiciário, que detinha o poder de invalidá-las. Foi um marco, portanto, no surgimento do conceito de *judicial review* (revisão judicial).

Explique-se o caso.

Na eleição de 1800 para Presidente dos Estados Unidos, Thomas Jefferson (democrata-republicano, recém-fundador do partido e recém-saído do governo federalista) derrotou o presidente em exercício, John Adams (federalista). Logo após a vitória de Jefferson, o

²⁵ No original: “Article. VI. (...) This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.”. Disponível em: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html>. Acesso em: 24 de agosto de 2014. (Tradução livre: Esta Constituição e as leis dos Estados Unidos, que devem ser feitas para sua regulamentação; e todos os tratados feitos, ou que devem ser feitos, sob a autoridade dos Estados Unidos, são a lei suprema do país; e os juízes em todos os Estados serão obrigados por eles).

²⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. p. 47-48.

²⁷ Íntegra da decisão disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/5/137>>. Acesso em: 17 de setembro de 2014.

Congresso, que era composto por maioria federalista (partido de Adams), criou vários cargos no Poder Judiciário com nítido intuito de manter o controle sobre o referido Poder. Uma dessas leis foi o *Circuit Court Act*, de 13 de fevereiro de 1801, que criou 16 (dezesseis) cargos de juiz federal, todos nomeados por Adams, ficando conhecidos como *midnight judges* (juizes da meia-noite) por terem sido nomeados no apagar das luzes do mandato de Adams²⁸.

William Marbury, autor da ação judicial ora em análise, foi nomeado em virtude do *Organic Act of The District of Columbia*, lei aprovada em 27 de fevereiro de 1801 (uma semana antes do fim do mandato de Adams). Tal lei autorizava o Presidente a nomear juizes de paz para o Distrito de Columbia. Em 02 de março de 1801, John Adams nomeou 42 (quarenta e dois) juizes para o referido Distrito, sendo tais nomeações confirmadas em 03 de março de 1801 (último dia de Adams no cargo de Presidente). Referidas nomeações foram assinadas por John Adams e ratificadas por John Marshall, então Secretário de Estado²⁹. Porém, nem todos puderam tomar posse no mesmo dia.

Thomas Jefferson (que assumira como novo Presidente) recusou-se a dar posse aos referidos juizes, por considerar as nomeações nulas. Seu Secretário de Estado era James Madison, réu da referida ação judicial e considerado um dos pais da Constituição dos Estados Unidos, de 1787.

William Marbury, Dennis Ramsay, Robert Townsend Hooe e William Harper, insatisfeitos com a recusa de Thomas Jefferson, ingressaram com um *writ of mandamus* (uma espécie de mandado de segurança) diretamente na Suprema Corte visando compelir o Secretário de Estado (James Madison) a lhes entregar os termos de nomeação (*commissions*) para que pudessem tomar posse nos referidos cargos. A ação teve início em dezembro de 1801, mas o caso somente foi apreciado pela corte em fevereiro de 1803.

O caso foi relatado pelo Presidente da Corte, o *Chief Justice* John Marshall, ex-Secretário de Estado do ex-Presidente John Adams que tinha assinado os atos de nomeação

²⁸ KLATAU FILHO, Paulo. *A primeira decisão sobre controle de constitucionalidade: Marbury vs. Madison (1803)*. Revista Brasileira de Direito Constitucional. n. 2. Jul/dez – 2003. Disponível em: <<http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/viewFile/50/50>>. Acesso em: 18 de setembro de 2014. p. 263.

²⁹ Importante aqui um aparte: John Marshall era Secretário de Estado do Presidente John Adams (como dito, um federalista). Adams, já prevendo que seria derrotado nas eleições por Thomas Jefferson (democrata-republicano), tentou manter o Poder Judiciário sob o controle de seu partido. Por isso nomeou John Marshall para integrar a Suprema Corte em janeiro de 1801. Marshall, porém, continuou como Secretário de Estado até 04 de março de 1801 (um dia após Jefferson assumir o cargo de Presidente dos Estados Unidos), quando fez o juramento do cargo.

juntamente com Adams (tal fato, curiosamente, poderia ter sido alegado como suspeição de sua participação no julgamento).

Em seu relatório, Marshall apontou três questões que seriam de necessária cognição para bem julgar o caso: a) os autores têm direito a tomar posse como Juiz de Paz? b) se eles possuem direito e se este direito foi violado, as leis do país lhes garantem algum remédio? c) se há remédio garantido por lei, este seria um *mandamus* a ser impetrado diretamente junto à Suprema Corte?

Quanto à primeira questão (se os autores teriam direito a tomar posse como juiz), a Corte decidiu que sim, que têm direito à posse. Isto porque a indicação é tida por realizada quando assinada pelo Presidente e que o ato de nomeação está completo quando o selo dos Estados Unidos foi afixado pelo Secretário de Estado. Negar a entrega do termo de nomeação é um ato contrário ao direito.

Em resposta à segunda indagação (se há um remédio para garantir a proteção do direito dos autores), a Suprema Corte afirmou que é da essência da liberdade civil o direito de cada cidadão em reclamar proteção das leis sempre que sofrer algum dano. Essa garantia de proteção seria uma obrigação básica do Estado. Um governo que sonega tal proteção deixa de ser um governo de leis para ser um governo de homens, um governo casuísta. Daí existir no direito um remédio legal para amparar o pedido dos autores.

A terceira questão consistia, como dito, em saber se o remédio legal apto a proteger o direito dos autores seria um *writ of mandamus* e, caso positivo, se este seria diretamente impetrado perante a Suprema Corte. Decidiu-se que o meio correto de pleitear em juízo a proteção do direito reclamado era um *writ of mandamus*, pois deste adviria uma ordem à autoridade para fazer uma coisa particular ali especificada, a qual diz respeito ao seu cargo e função. Mas ainda ficara um ponto por responder: a Suprema Corte é competente para decidir o caso diretamente?

Marshall ponderou que a Constituição dos Estados Unidos distribui o poder judicial do país à Suprema Corte e a tantas Cortes Inferiores quantas o Congresso, de tempo em tempo, decidir estabelecer (Article III, Section 1). Na distribuição desse poder, a Constituição estabeleceu que a Suprema Corte terá jurisdição originária em todos os casos envolvendo embaixadores, outros ministros públicos e cônsules, e naqueles nos quais um Estado deverá ser

parte. Nos demais casos, a Suprema Corte deverá ter jurisdição recursal (Article III, Section 2)³⁰. A Corte entendeu que nenhum dispositivo da Constituição pode ser interpretado como se não existisse, que a Constituição não possuiria palavras em vão. Assim, o significado claro dos dispositivos constitucionais indicava que, em determinada classe de casos, a jurisdição da Suprema Corte é originária (não recursal) e em outra classe de casos a jurisdição é recursal (não originária). Qualquer outra interpretação tornaria o dispositivo da Constituição inoperante.

A Corte afirmou o critério para que se estabeleça uma jurisdição recursal: ela revê, corrige os procedimentos de uma causa já instalada; não sendo recursal quando a jurisdição é instalada diretamente perante a Corte. Dessa forma, a jurisdição conferida à Suprema Corte pelo *Judiciary Act* de 1789 em expedir ordens mandamentais contra oficiais públicos não teria respaldo na Constituição, violaria o conteúdo de suas normas, pois estabeleceria jurisdição originária em matéria que a Carta determinaria que fosse recursal.

Nesse ponto da decisão, surge a tese que tornou clássico o *case* sob análise.

Marshall ponderou que a estrutura americana se firmou em uma base de princípios que são denominados fundamentais. Essa vontade suprema organiza o Estado e estabelece os diversos departamentos e seus poderes. Com essa divisão, os órgãos passam a ter poderes definidos e limitados. Não haveria razão para a Constituição estabelecer limites se o órgão que exerce Poder puder violar esse limite sem nenhum remédio apto a controlá-lo.

Há, portanto, uma dicotomia a ser esclarecida: ou a Constituição controla qualquer ato legislativo que entre em choque com seus termos ou, de outro lado, o órgão que exerce o Poder Legislativo pode alterar a Constituição através de uma lei ordinária (*ordinary act*). Não haveria meio termo: ou a Constituição é uma lei superior, representando o direito supremo da nação, imutável pelos meios legislativos ordinários ou estará no mesmo nível das leis ordinárias e, como tais, poderá ser alterada segundo a vontade do Legislador. Se a opção adotada pela nação for a primeira, então qualquer ato legislativo que contrarie a Constituição não é direito, é nulo.

³⁰ No original: “In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the supreme Court shall have original Jurisdiction. In all the other Cases before mentioned, the supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make”. Constituição dos Estados Unidos. Disponível em: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html>. Acesso em: 18 de setembro de 2014. (Tradução livre: Em todos os casos que afetam embaixadores, outros ministros e cônsules, e aqueles em que um Estado deve ser parte, o Tribunal Supremo terá competência originária. Em todos os outros casos antes mencionados, o Tribunal Supremo terá competência recursal, tanto quanto ao direito e ao fato, com as exceções, e sob regulamentos que o Congresso deverá fazer).

Ao contrário, se a opção for a segunda, então as Constituições escritas seriam tentativas ineficazes do povo de limitar o poder estatal, por sua natureza ilimitável.

A opção adotada diante dessa dicotomia por todos os Estados que lançaram mão de estabelecer constituições escritas foi a primeira: a Constituição é a lei fundamental e suprema da nação, sendo qualquer ato contrário a si nulo. Admitida essa ideia de supremacia da constituição, não haveria razão para que um ato contrário à Constituição, sendo considerado nulo, continuasse a obrigar os Tribunais.

Afirmou-se a tese de que é efetivamente competência e dever do Poder Judiciário de dizer o que é o Direito. Ao julgar casos particulares, os juízes devem expor e interpretar a regra. Se há duas leis conflitantes, o juiz deve estabelecer qual delas será aplicável.³¹ Assim, se os tribunais devem considerar a Constituição como lei suprema, devendo esta prevalecer sobre qualquer outra lei ordinária, então a Constituição deverá ser aplicada em caso de conflito com leis ordinárias. Dessa forma, a Constituição dos Estados Unidos confirma o princípio de que uma lei em choque com a Constituição é nula e que os tribunais e qualquer órgão do Estado são limitados por tal instrumento. A norma deve ser anulada³².

A conclusão da Corte evidencia que a norma que amparava a impetração do *writ of mandamus* diretamente (jurisdição originária) era inconstitucional, portanto nula e devendo ser descartada. Não conheceu, assim, do pedido de Marbury. A Suprema Corte não tinha autoridade para agir naquele caso, sendo nula a Seção 13, do *Judiciary Act* de 1789, porque ampliava a jurisdição original da Corte para além da jurisdição definida pela própria Constituição.

Não sendo objetivo deste analisar, de forma aprofundada, o julgamento (que é passível de algumas críticas), demonstrou-se, em breve resumo, que as bases do *judicial review* foram logicamente reveladas por John Marshall. Embora observados diversos precedentes históricos ao Controle de Constitucionalidade, com julgamento de cortes dos EUA, o fato é que

³¹ O original desta passagem foi assim escrito no julgado: “It is emphatically the province and duty of the Judicial Department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases must, of necessity, expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the Courts must decide on the operation of each”. Disponível em: < <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/5/137>>. Acesso em: 20 de setembro de 2014.

³² No original do julgamento: “Thus, the particular phraseology of the Constitution of the United States confirms and strengthens the principle, supposed to be essential to all written Constitutions, that a law repugnant to the Constitution is void, and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument. The rule must be discharged”. Disponível em: < <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/5/137>>. Acesso em: 20 de setembro de 2014. Excelente resumo do caso foi feito por KLATAU FILHO, Paulo. *A primeira decisão sobre controle de constitucionalidade: Marbury vs. Madison (1803)*.

Marbury vs. Madison foi emblemático por ser uma decisão da Suprema Corte e por ter fixado de forma tão clara e lógica os conceitos que serviriam de base para o desenvolvimento do instituto.

Também fica claro que o nascimento efetivo do *judicial review*, como um instituto fundado na supremacia de uma carta constitucional, ocorreu nos Estados Unidos, a partir da independência e das decisões de suas cortes, sendo emblemático o *case* aqui estudado.

1.2 Panorama do Controle de Constitucionalidade na França

Continuando em busca do objetivo final, essa pesquisa aborda estudos sobre o Controle de Constitucionalidade na França não por acaso. A França da época da Revolução Francesa (também contemporânea à independência dos Estados Unidos da América) apresentou estrutura de separação dos poderes bem diferente da existente nos Estados Unidos.

As bases da ordem mundial tais quais conhecidas hoje, podem ser dadas, com um corte histórico, após a Revolução Francesa (1789) e a Revolução Industrial³³. Nessa época de elevado florescimento intelectual em todo o mundo, especialmente na França com as ideias iluministas, desenvolveu-se a tese de separação de poderes³⁴.

Originalmente, não se pode falar em controle de constitucionalidade na França, pois aí vigorava a separação dos poderes com uma nítida superioridade do parlamento³⁵. Nessa época, vigorou a tese de que o juiz era a boca da lei (*bouche de la loi*), sendo totalmente abominado o *judge-made law*. Segundo o pensamento de Montesquieu, que era então reinante, o poder de julgar deveria ser meramente uma atividade cognitiva da lei, que não poderia produzir direitos novos. O conteúdo de um julgamento, sob essa ótica, deveria ser apenas uma explicitação do texto legal. Essa característica exigia uma legislação robusta, capaz de regular todas as possíveis situações existentes na sociedade, daí tendo surgido as grandes leis da época, como o Código de

³³ Eric J. Hobsbawm chega a dizer que a dupla revolução (Francesa e Industrial) constitui a maior transformação da história humana desde os tempos remotos quando o homem inventou a agricultura e a metalurgia, a escrita, a cidade e o Estado. (HOBBSAWM, Eric J. *A era das revoluções*. 25. ed. Trad. Maria Tereza Teixeira; Marcos Penchel. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 20).

³⁴ Embora deva-se ressaltar que a ideia de separação dos poderes foi trazida já antes da Revolução Francesa por Locke (no Século XVII) e por Montesquieu (em meados do Século XVIII).

³⁵ “As might be expected, France’s political organization rests on the notion that ‘national sovereignty belongs to the people, and that the will of the people is expressed through th Assemblée Nationale’”. (Como era de se esperar, a organização política da França repousava na noção de que a ‘soberania nacional pertence ao povo’, e de que a vontade do povo é expressada através a Assembléia Nacional – em tradução livre). DAVID, René; VRIES, Henry P. de. *The french legal system*. New York: Oceana Publications, 1958. p. 30.

Napoleão (Código Civil Francês – de 1804), que inspirou diversos ordenamentos jurídicos mundo afora³⁶.

De fato, a teoria da separação de poderes desenvolvida por Montesquieu não colocava os poderes em posição paritária. Ao contrário, havia uma supremacia do parlamento, sendo a atividade do juiz reduzida e a atividade do legislador elevada. A noção predominante era de que os legisladores seriam os legítimos representantes do povo (a voz do povo) e vocacionados a traduzirem através de leis a vontade dos cidadãos. O juiz, por sua vez, deveria pautar-se diretamente na lei, sendo sua função de, no caso concreto, avaliar a situação e enquadrá-la dentro de determinado preceito legislativo³⁷. Essa passagem de sua obra-prima retrata bem essa noção³⁸:

Quanto mais o governo se aproxima da república, mais rígida se torna a maneira de julgar; e era um defeito da república da Lacedemônia que os éforos julgassem arbitrariamente, sem que houvesse leis para dirigi-los. Em Roma, os primeiros cônsules julgaram como os éforos: notaram-se inconvenientes e fizeram-se leis precisas.

Nos Estados despóticos, não há leis: o juiz é ele próprio a regra. Nos Estados monárquicos, há uma lei; e onde tal lei é precisa, o juiz a segue; onde não o é, ele procura descobrir seu espírito. No governo republicano, é da natureza da constituição que os juízes sigam a letra da lei. Não há um cidadão contra o qual possa interpretar uma lei, quando se trata dos seus bens, da sua honra ou da sua vida.

Essa supremacia do parlamento deriva de uma origem histórica que afasta o sistema francês do sistema desenvolvido nos Estados Unidos. A França emergiu após a Revolução (1789, com a queda da Bastilha) com um legado sólido de repulsa a qualquer espécie de tirania.

³⁶ Podemos citar como exemplos de codificação francesa no período: o Código de Processo Civil (1807), o Código Comercial (1808), o Código de Processo Penal (1808) e o Código Penal (1810).

³⁷ DAVID, René; VRIES, Henry P. de. *The french legal system*. p. 34. De fato, para David e Vries, “The courts are further directed into a subordinate status by the recognition of condification as the primary source of law. Rule-making by the courts in matters of procedure and practice, normal in Anglo-American jurisdictions, is not a judicial function in France. Codes, laws and decrees regulate, sometimes in minute detail, the circumstances and proceedings of the work of the courts and those who practice before them.” (As cortes são mais direcionadas a um status de subordinação pelo reconhecimento da codificação como a fonte primária do direito. Criação de regras pelas cortes em questões de procedimento e prática, normais nas jurisdições anglo-americanas, não é uma função judicial na França. Códigos, leis e decretos regulam, às vezes minuciosamente, as circunstâncias e procedimentos do trabalho da corte – em tradução livre).

³⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Do espírito das leis*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 91-92.

Vigorava o receio, o repúdio a uma tirania do Chefe do Poder Executivo e a desconfiança com um possível governo de juízes, o que tornava estes órgãos fracos.³⁹

Esse estado de coisas levou a Constituição da França de 1791 a prever a seguinte regra: “Não existe na França autoridade superior à da Lei. O Rei reina por ela e não pode exigir a obediência senão em nome da lei” (Artigo 3º, Capítulo II)⁴⁰. Isso demonstra que o Direito francês sempre foi avesso ao reexame judicial da constitucionalidade das leis. A ideia oficial aplicada era a de que não se pode desviar da vontade geral. Por sua vez, conforme a Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, “a lei é expressão da vontade geral”⁴¹. Dessa forma, a lei ordinária elaborada pelo Poder Legislativo possuía o mesmo valor jurídico que a Constituição. A teoria desenvolvida nos Estados Unidos de que qualquer juiz, ao julgar um caso concreto, poderia declarar a inconstitucionalidade de uma lei e afastar sua validade, era repudiada na França.

As constituições francesas sucederam-se de forma rápida, em um número de 15, sendo a Constituição de 1958 a última editada (revelando uma certa estabilidade constitucional a partir de então). A razão de tal abundância legislativa funda-se em que a Constituição na França não ocupava papel relevante, diferentemente de outros países, como Estados Unidos e Alemanha, que consideram a Constituição como uma carta de princípios e normas fundamentais para a sociedade. Na França, ao contrário, a Constituição não valia muito mais que um documento que organizava o governo, sendo o Código Civil o texto mais importante que estruturava toda a sociedade⁴².

Pode-se afirmar sobre uma verdadeira “desconfiança” do Poder Judiciário na França da época revolucionária. O Parlamento era considerado a instituição que representava a sociedade e teria o condão de limitar o exercício dos demais poderes (a limitação do poder era uma reação

³⁹ DAVID, René; VRIES, Henry P. de. *The french legal system*. p. 30.

⁴⁰ No original: “**Article 3.** - Il n'y a point en France d'autorité supérieure à celle de la loi. Le roi ne règne que par elle, et ce n'est qu'au nom de la loi qu'il peut exiger l'obéissance”. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1791.5082.html>>. Acesso em: 22 de setembro de 2014. Importante apontar que a Constituição de 1791 foi a primeira constituição escrita da França, mas teve vigência muito curta, pois, em 1793, foi editada nova Constituição naquele país.

⁴¹ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), artigo 6º, conforme tradução oficial contida no sítio eletrônico do Senât Francês: “A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos”. Disponível em: <http://www.senat.fr/lng/pt/declaration_droits_homme.html>. Acesso em: 22 de setembro de 2014.

⁴² BERMANN, George A.; PICARD, Etienne. *Introdução ao direito francês*. Trad. Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense 2011. p. 15. Como os próprios autores ressaltam, esta noção deve ser reconsiderada nos dias atuais.

revolucionária contra o absolutismo). A consequência, para o Poder Judiciário, é que este teria apenas a função de aplicar a lei, não podendo interpretá-la nem glosar atos legislativos.

Essa posição de superioridade e supremacia do parlamento francês, porém, iniciou processo de arrefecimento e declínio, especialmente nas primeiras décadas do Século XX, pois a proeminência de um Poder sobre os demais pode acarretar o negligenciamento das nobres tarefas atribuídas constitucionalmente a tais poderes subordinados, além de ocasionar um governo absoluto exercido de fato pelos membros deste poder. Há necessidade de um equilíbrio entre os Poderes de um país que se diz democrático e regido pelo direito. Somando-se a essas razões, o desenvolvimento do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos (com mais de um Século e já bem consolidado), na Áustria dos anos 1920, da Alemanha, entre outros, passou a exercer forte pressão sobre o sistema francês.

A Constituição da Quinta República francesa, de 1958 (ainda em vigor), finalmente criou um órgão competente para realizar o controle de constitucionalidade das leis: o Conselho Constitucional (*Conseil Constitutionnel* – Capítulo VII, artigos 56 a 63)⁴³. O referido Conselho é composto de nove membros, com mandato de nove anos, sendo três membros nomeados pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembleia Nacional e três pelo Presidente do Senado. Além dos nove membros, fazem parte do Conselho os ex-Presidentes da República, em caráter vitalício.

A Constituição de 1958 prevê várias competências ao Conselho, entre elas o contencioso eleitoral, atuando para garantir a regularidade da eleição de Presidente da República (artigo 58), para garantir a regularidade da eleição de deputados e senadores (artigo 59) e garantir a lisura dos referendos (artigo 60). Há outras atribuições ao Conselho, como contencioso das relações entre os poderes.

Porém, a mais importante atribuição do Conselho Constitucional da França é a realização do Controle de Constitucionalidade das leis (artigos 61º, 61º-1 e 62º). É atribuição do Conselho a apreciação da constitucionalidade das leis emanadas do Parlamento, dos tratados internacionais e regimentos internos dos órgãos legislativos. Porém, o procedimento distancia-se do encontrado nos Estados Unidos e Brasil. Na França, pela redação original da Constituição, o

⁴³ A redação atualizada da Constituição francesa de 1958 está disponível para consulta no sítio eletrônico do Conselho Constitucional francês: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf>. Acesso em 24 de setembro de 2014.

controle realiza-se durante o processo legislativo, após a aprovação na casa legislativa e antes da promulgação.

As leis orgânicas que estabelecem a organização dos poderes e os regimentos internos das Casas Legislativas são, obrigatoriamente, submetidas à análise do Conselho (artigo 46 da Constituição). As demais espécies normativas (leis ordinárias e tratados internacionais) somente passarão pela análise do Conselho se houver requerimento de um dos legitimados (Presidente da República, Primeiro-Ministro, Presidente da Assembleia Nacional, Presidente do Senado e conjunto de 60 (sessenta) deputados ou senadores (artigos 54 e 61) – esses dois últimos não estavam na redação original, conforme se esclarecerá.

Didaticamente, podemos dividir a história do Conselho Constitucional em quatro momentos⁴⁴: 1) a criação em 1958, com a Promulgação da Constituição⁴⁵; 2) a majoração do parâmetro de controle com o surgimento da noção de “bloco de constitucionalidade”, em decisão de 1971; 3) a ampliação do rol de legitimados para provocar o controle (1974); e 4) a criação do instituto denominado questão prioritária de constitucionalidade (no ano de 2008).

Inicialmente, na época de sua criação, cabia ao Conselho a atribuição de decidir as querelas sobre repartição de competências entre os poderes Legislativo e Executivo. A razão de ser seria diminuir o exponencial crescimento legislativo, que suprimia o poder regulamentar do Executivo. A atribuição de controlador da constitucionalidade das leis foi avançando e passou de tímida, inicialmente, a principal função do órgão.

A essa timidez inicial no exercício do controle de constitucionalidade pelo Conselho atribui-se dois fatores principais: o parâmetro de controle era restrito aos artigos da Constituição, o que reduzia as possibilidades de questionamentos; e o rol de legitimados, inicialmente previsto, era pequeno (apenas o Presidente da República, Primeiro Ministro, Presidente do Senado e Presidente da Assembleia Legislativa).

O segundo momento na evolução do Conselho e de sua função como órgão de Controle de Constitucionalidade teve início em 16 de julho 1971, ocasião do julgamento

⁴⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *A evolução da jurisdição constitucional na França*. Consultor Jurídico. São Paulo, 15 de junho de 2013. Seção observatório constitucional. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-15/observatorio-constitucional-historico-perspectivas-jurisdicao-constitucional-franca>>. Acesso em: 25 de setembro de 2013.

⁴⁵ Importante registrar a existência do *Comité constitutionnel*, criado pela Constituição de 1946, com previsão de um bastante limitado controle preventivo que serviu de fonte de inspiração da constituição de 58, embora não tenha funcionado na prática – pois só se reuniu uma única vez.

denominado Liberdade de Associação (*Liberté d'association, décision n° 71-44 DC*)⁴⁶, considerado tão importante na França como o caso *Marbury vs. Madison* foi nos Estados Unidos⁴⁷.

A Constituição francesa não possui um catálogo de direitos individuais e sociais, o que reduzia a competência do Conselho para assuntos que estivessem contidos na Carta (parâmetro de controle), que se restringiam basicamente à organização do Estado e conflito de competências entre órgãos. Na citada decisão n° 44/1971, o Conselho ampliou o parâmetro de controle para além da Constituição formal escrita, incluindo, no conceito de Constituição, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o Preâmbulo da Constituição de 1946 (que previa alguns direitos sociais) e princípios fundamentais positivados em leis da república (princípio da liberdade de associação, especialmente no caso julgado). Com essa decisão, criou-se o conceito de Bloco de Constitucionalidade, noção que amplia os parâmetros de controle de constitucionalidade para além do texto das constituições. A partir de então, o Conselho passou a ter papel relevante na França, passando a pronunciar-se sobre todos os temas da vida política do país, submetendo o legislador às limitações emanadas dos direitos fundamentais⁴⁸.

Um terceiro momento do Conselho pode ser considerado a partir da Emenda Constitucional de 1974, que alterou o artigo 61° para acrescer como legitimados a submeter matérias à sua apreciação um conjunto formado de sessenta deputados ou sessenta senadores:

ARTIGO 61°

As leis orgânicas, antes da sua promulgação, as propostas de lei mencionadas no artigo 11 antes de serem submetidas ao referendo e os regulamentos das assembleias parlamentares, antes da sua aplicação, devem ser submetidos ao Conselho Constitucional, que se pronuncia sobre a sua conformidade com a Constituição.

Com os mesmos fins, **as leis podem ser submetidas ao Conselho Constitucional**, antes da sua promulgação, **pelo Presidente da República, Primeiro-Ministro, presidente da Assembleia Nacional, Presidente do Senado ou por sessenta deputados ou sessenta senadores.**

⁴⁶ O resumo do caso pode ser encontrado no sítio eletrônico do Conselho Constitucional: < <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/english/case-law/sample-of-decisions-in-relevant-areas-dc/decision/decision-no-71-44-dc-of-16-july-1971.135366.html> >.

⁴⁷ LUNARDI, Soraya Gasparetto. *Controle de constitucionalidade na França: vantagens e inovações*. Revista brasileira de estudos políticos. n.103. Belo Horizonte, 2011. p. 285/306. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbepdocs/103285306.pdf>>. p. 291.

⁴⁸ Idem. p. 292.

Nos casos previstos nos dois parágrafos precedentes, o Conselho constitucional deve deliberar no prazo de um mês. No entanto, a pedido do Governo, se há urgência, este prazo é reduzido para oito dias.

Nesses casos, o encaminhamento para o Conselho Constitucional suspende o prazo para a promulgação.⁴⁹

Essa modificação singela possibilitou que a oposição parlamentar pudesse arguir a inconstitucionalidade de leis que não se submetiam, obrigatoriamente, ao Conselho, razão pela qual o número de leis arguidas de inconstitucionais cresceu de forma considerável, reforçando a nível elevado a jurisdição constitucional francesa. Também afluíram o fenômeno da judicialização da política e da politização do Direito⁵⁰. A oposição, que sempre esteve à margem do processo político (pois não tinha voz na casa legislativa), utilizou o controle de constitucionalidade como um instrumento de pressão política, um estatuto da oposição, um instrumento em defesa da minoria parlamentar.

Mas esse controle ainda era limitado, pois ocorria apenas de forma preventiva.

Em 23 de julho de 2008, foi realizada uma reforma constitucional na França e aprovou-se a inclusão do artigo 61º-1 à Constituição de 04 de outubro de 1958, prevendo que a Corte de Cassação e o Conselho de Estado, ao julgar um caso concreto e se deparar com uma lei supostamente inconstitucional, pode submeter sua análise ao Conselho Constitucional. A redação é a seguinte:

ARTIGO 61º-1

⁴⁹ No original, disponível no sítio eletrônico do Conselho Constitucional francês: “*ARTICLE 61. Les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au référendum, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution.*”

Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs.

Dans les cas prévus aux deux alinéas précédents, le Conseil constitutionnel doit statuer dans le délai d'un mois. Toutefois, à la demande du Gouvernement, s'il y a urgence, ce délai est ramené à huit jours.

Dans ces mêmes cas, la saisine du Conseil constitutionnel suspend le délai de promulgation.” Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur.5074.html>>. Acesso em: 29 de setembro de 2014.

⁵⁰ BARBOSA GOMES, Joaquim B. *Evolução do controle de constitucionalidade de tipo francês*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 40, n. 158, abr/jun 2003. p. 97-125. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/847/R158-04.pdf?sequence=4>>. Acesso em 26 de setembro de 2014. p. 100. Importante ressaltar que este texto foi escrito em 2003, antes, portanto, das alterações que incluíram o artigo 61º-1 e a Questão Prioritária de Constitucionalidade.

Quando, **no âmbito de um processo pendente perante um órgão jurisdicional**, é argumentado que uma disposição legislativa ameaça direitos e liberdades garantidos pela Constituição, o **Conselho Constitucional** pode ser convocado para analisar o caso por meio de citação do Conselho de Estado ou da Corte de Cassação, que se pronuncia em um prazo determinado.

Uma lei orgânica determina as condições de aplicação do presente artigo⁵¹.

Quando um órgão judicial suscita consulta ao Conselho Constitucional, surge a denominada Questão Prioritária de Constitucionalidade (QPC), passando o Conselho a realizar um controle repressivo de constitucionalidade de leis e atos normativos. Mas é interessante observar que esta espécie de controle, conforme previsto na própria redação do dispositivo, somente se aplica tendo como parâmetro a violação a direitos fundamentais, e não qualquer violação ao texto constitucional.

A questão foi regulamentada pela Lei Orgânica nº 1523, de 10 de dezembro de 2009⁵², que estabeleceu um filtro: o Conselho de Estado (órgão de cúpula que exerce jurisdição administrativa) e a Corte de Cassação (órgão de cúpula que exerce jurisdição judicial), de acordo com a matéria, exercem uma análise preliminar antes de enviar a matéria ao Conselho.

Na prática, a QPC permite que qualquer pessoa, dentro de um determinado processo (judicial ou administrativo) em que seja parte, suscite a inconstitucionalidade de uma norma. Quando levantado o incidente, o processo fica suspenso até a resolução da causa, ao final. A questão pode ser suscitada em qualquer instância de julgamento, mas nunca diretamente perante o Conselho Constitucional.

O controle de constitucionalidade existente na França foi considerado, de forma majoritária e por muito tempo, como controle político de Constitucionalidade⁵³, pois, a rigor, o Conselho Constitucional não é uma Corte judicial. Mas, atualmente, essa afirmação não é de todo pacífica, havendo quem afirme ser uma espécie de controle jurisdicional, tendo o Conselho se

⁵¹ Tradução livre do original disponível no sítio eletrônico do Conselho Constitucional francês. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur.5074.html>>. Acesso em: 29 de outubro de 2014.

⁵² Texto original disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/QPC/loi_orga_2009_1523_61_1.pdf>. Acesso em: 29 de setembro de 2014.

⁵³ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2.ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 29. Importante lembrar que o texto de Cappelletti foi escrito antes da reforma que criou a Questão Prioritária de Constitucionalidade.

tornado uma verdadeira Corte Constitucional⁵⁴, embora muitos o considerem ainda um controle político⁵⁵.

Nesse contexto, vale afirmar que, imediatamente após a Revolução Francesa e mantendo-se por muitos anos, a França não incorporava a ideia de Controle de Constitucionalidade, aplicando-se, ao contrário, a tese da Supremacia do Parlamento. Tal supremacia foi, aos poucos, sendo superada, afastada. Com a Constituição de 1958, essa supremacia sofreu um decréscimo, primeiramente com a retirada de algumas matérias de seu controle e poder de regulação; ao seu lado, com o surgimento e desenvolvimento do Controle de Constitucionalidade das leis.⁵⁶

Essa grande diferença do sistema francês de controle, inclusive sua história apartada da existente nos Estados Unidos e, finalmente, sua adesão ao controle de constitucionalidade (preventivo e repressivo), demonstra a riqueza e a solidez dessa espécie de divisão de poderes, adotada por quase todos os países do Globo.

1.3 O Controle de Constitucionalidade na Áustria

Na Europa, conforme tratado anteriormente, o controle de constitucionalidade surgiu na Áustria muito tempo depois do despontar nos Estados Unidos. Mais de um século separa o surgimento dos dois sistemas, tendo o sistema austríaco sido forjado pela obra de Hans Kelsen⁵⁷.

⁵⁴ LUNARDI, Soraya Gasparetto. *Controle de constitucionalidade na França: vantagens e inovações*. p. 302.

⁵⁵ CUNHA JR., Dirley. *O controle de constitucionalidade na França e as alterações advindas da reforma constitucional de 23 de julho de 2008*. Disponível em: <http://www.portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/O_Contrôle_de_Constitucionalidade_na_França_e_as_Alt_eracoes_advindas_da_Reforma_Constitucional_de_23_de_julho_de_2008.pdf>. Acesso em: 22 de setembro de 2014.

⁵⁶ ROHR, John Anthony. *Founding republics in France and America*. Kansas (EUA): University Press of Kansas, 1995. p. 256-257.

⁵⁷ Hans Kelsen é um jurista de origem judaica, nascido em 11 de outubro 1881 na cidade de Praga, à época pertencente ao Império Austro-Húngaro (hoje capital e principal cidade da República Checa). Em 1901, Hans Kelsen inicia os estudos superiores na Faculdade de Direito de Viena (capital da Áustria), tendo se formado em 1906 já com título de doutor. No ano de 1911, Kelsen passou a lecionar na Faculdade de Direito de Viena, mesmo ano em que obtém o grau de livre-docente em direito público e filosofia do direito na Faculdade de Direito da Universidade de Viena.

Em 1914, teve início a Primeira Guerra Mundial (1914-1918). Em 1917, ainda durante a Primeira Guerra, Kelsen foi convocado para assumir o cargo de Consultor Jurídico do Ministério da Guerra, que era o mais importante ministério austríaco da época, naturalmente em virtude da situação de guerra em que vivia o país.

Com o fim da guerra, em 1919, Kelsen é convidado por Karl Renner, chanceler do governo provisório da Áustria, para redigir uma Constituição para o novo país, trabalho que se estendeu até 1920. Em 1º de outubro de 1920 é aprovada a Constituição da Áustria (*Oktoberverfassung*), que fora revisada em 1929, sendo, atualmente, a Constituição vigente naquele país (A Constituição da Áustria hoje vigente é a mesma de 1920, que fora revisada em

A Constituição austríaca de 1920 consagrou, pela primeira vez na história mundial e com objetivo de garantir a supremacia da Constituição, a existência de um tribunal – a Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*) – com atribuição exclusiva para exercer o controle judicial de constitucionalidade, o que se opunha diretamente ao *judicial review* estadunidense, distribuído entre todos os juízes e tribunais. Kelsen entendia ser o sistema jurídico uma ordem hierarquizada, com uma norma fundamental pressuposta em seu ápice, de onde emanavam todas as demais normas hierarquicamente inferiores a ela. Para garantir a ordem hierarquizada do sistema jurídico, Kelsen atribuiu a um órgão de cúpula a competência exclusiva para julgar a conformação dessas normas inferiores com a norma superior: esse órgão seria a Corte Constitucional, estabelecida nos artigos 137 a 148-J, da Constituição da Áustria⁵⁸.

Após a criação da Corte Constitucional, Kelsen passa a integrar seus quadros, ali permanecendo por dez anos. Sendo seu idealizador e grande entusiasta, Kelsen defendia a ideia de que as cortes constitucionais deveriam ser as verdadeiras guardiãs da Constituição. Entendia que o Poder Executivo não deveria ser dotado de tal competência, como defendia o teórico Carl Schmitt⁵⁹.

Kelsen é considerado por muitos um dos maiores juristas do Século XX. Sua obra direciona-se criação de um método científico para o conhecimento jurídico, tornando-se o grande responsável pela cientificidade do Direito.

Mas por qual razão o controle difuso desenvolvido nos Estados Unidos, cujas características apresentaram-se tão lógicas e coerentes, não foi transplantado diretamente para a Áustria e outros países da Europa?

1929. Durante a segunda guerra mundial, a Áustria foi anexada pela Alemanha e sua constituição perdeu vigência no período. Em 1945, com o fim da 2ª Guerra Mundial, a Áustria recobrou sua independência e recolocou a Constituição de 1920 (revisada em 1929) em vigência, o que se perfaz até os dias atuais).

Em 15 de julho de 1921, Hans Kelsen elegeu-se juiz vitalício da Corte Constitucional da Áustria

De 1919 a 1930, Hans Kelsen também desempenha a função de professor na Universidade de Viena. Após o início da ascensão do nazismo na Alemanha e Áustria, Kelsen muda-se para Genebra (Suíça) em 1933, continuando a exercer de forma vigorosa sua vida acadêmica. Em 10 de junho de 1940, com o recrudescimento da perseguição aos judeus pelos nazistas de Hitler e diante de sua origem judaica, Kelsen foi obrigado a mudar-se para os Estados Unidos, chegando em Nova Iorque em 21 de junho de 1940. Em 1941, Hans Kelsen ingressou na Universidade de Harvard. Em 1942 tornou-se professor de Ciência Política da Universidade de Berkeley (University of California), também nos Estados Unidos, onde permaneceu até morrer em abril de 1973, aos 91 anos de idade. Notas biográficas obtidas na obra: Autobiografia de Hans Kelsen, 4. ed. Trad. Gabriel Nogueira Dias; José Ignácio Coelho Mendes Neto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

⁵⁸ Constituição nas línguas alemã, inglesa e francesa, disponível em: <<https://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/english/downloads/englishverfassung.pdf>>. Acesso em: 09 de outubro de 2014.

⁵⁹ Este embate Kelsen x Schmitt será aprofundado mais à frente.

A linearidade, a coerência e a simplicidade deste raciocínio são tais que, a quem não tenha aprofundado o fascinante assunto, pode ocorrer de perguntar-se por qual estranha razão a Constituição austríaca de 1920-1929 tenha preferido por em prática, ao contrário, um sistema de controle “concentrado” de constitucionalidade das leis; (...)

Mas, não obstante a aparente estranheza, a solução adotada pela Constituição austríaca de 1920 e, depois, pelas outras Constituições há pouco recordadas, não estava, absolutamente, desacompanhada de boas razões, como pretendo agora demonstrar⁶⁰.

O método do controle difuso de constitucionalidade permitia que todos os órgãos judiciários tivessem o poder e o dever de não aplicar leis que considerassem inconstitucionais quando estivessem a julgar um caso concreto. Ocorre que, nos sistemas da *common law*, vige a regra dos precedentes obrigatórios, ou *stare decisis*⁶¹. Nos sistemas da *civil law*, ao contrário, esse princípio básico não é aplicável, podendo cada juiz decidir de forma independente, apenas sujeitando-se às leis e à Constituição (claro que com alguns temperamentos, principalmente nos dias atuais em que se fala de uma grande aproximação dos dois sistemas de direito). A aplicação, nos sistemas de *civil law*, do *judicial review* norte-americano ocasionaria a perplexidade de uma mesma lei não ser aplicada por alguns juízes em casos concretos (por questões de inconstitucionalidade), enquanto que outros juízes, julgando casos concretos semelhantes poderiam aplicar a lei considerando-a constitucional.

A consequência jurídica dessa aplicação impensada do sistema norte-americano nos países da *civil law* poderia gerar grave situação de conflito entre órgãos e incerteza do direito, com prejuízo direto à segurança jurídica e a toda a população⁶².

Mas não basta. Ulteriores inconvenientes do método “difuso” de controle, porque concretizado em ordenamentos jurídicos que não acolhem o princípio do *stare decisis*, são os que derivam da necessidade de que, mesmo depois de uma primeira não aplicação ou de uma série de não aplicações de uma determinada lei por parte das Cortes, qualquer sujeito interessado na não aplicação de uma lei proponha, por sua vez, um novo caso em juízo.⁶³

⁶⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. p. 76.

⁶¹ “Ali vale, de fato – e ainda que com muitas atenuações das quais, porém, não é aqui necessário falar porque elas não negam a substancial validade de nossas presentes considerações – o fundamental princípio do *stare decisis*, por força do qual ‘a decision by the highest court in any jurisdiction is binding on all lower courts in the same jurisdiction’”. CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. p. 80.

⁶² CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. p. 78.

⁶³ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. p. 78.

Para se criar, portanto, um sistema de controle de constitucionalidade razoavelmente seguro nos países de *civil law*, era necessário estabelecer um órgão judiciário ao qual se atribuísse a função de decidir a questão da constitucionalidade das leis com eficácia para todos, evitando qualquer conflito entre cortes e juízos inferiores.

Dessa forma, o controle de constitucionalidade concentrado em um órgão, tal qual nos apresenta Kelsen na Constituição austríaca, traz uma grande vantagem sobre o sistema difuso estadunidense. As decisões tomadas por esse modelo de controle não tinham vinculação a um caso concreto, sendo emanadas por um órgão de cúpula e dotadas de efeitos gerais (*erga omnes*). Assim, o modelo superava uma dificuldade existente acima apontada de transposição do modelo de *judicial review* da *common law* para países da *civil law*. Com o sistema implantado na Áustria, como havia apenas um único órgão competente para decidir sobre a constitucionalidade das leis, de forma concentrada, inexistia preocupação com eventuais decisões contraditórias de órgãos jurisdicionais diferentes, proporcionando maior segurança jurídica ao modelo de controle.

No projeto de Kelsen, as normas revestiam-se da presunção de constitucionalidade, que somente poderia ser ilidida pela declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Tribunal competente. Como o processo não cuidava de casos concretos, mas apenas da lei em abstrato, o vício de que se revestia a norma era de mera anulabilidade, gerando a declaração efeitos meramente *ex nunc* (sem retroação), com a possibilidade de que o Tribunal postergasse a eficácia de sua decisão com vistas ao interesse público⁶⁴. Por essa razão, o Tribunal Constitucional ficou conhecido como legislador negativo, já que não interferia positivamente na norma.

A Corte Constitucional é composta por quatorze membros, sendo o Presidente, o Vice-Presidente, mais 12 membros e seis suplentes (artigo 147 da Constituição austríaca). O

⁶⁴ É exatamente o que diz o artigo 140, § 7, da Constituição da Áustria: “If a law has been rescinded on the score of unconstitutionality or if the Constitutional Court has, pursuant to Paragraph 4, pronounced a law unconstitutional, all courts and administrative authorities are bound by the Court's decision. The law shall, however, continue to apply to the circumstances effected before the rescission, the case in point excepted, unless the Court in its rescissory judgment decides otherwise. If the Court has in its rescissory judgment set a deadline pursuant to Paragraph 5, the law shall apply to all the circumstances effected, the case in point excepted, till the expiry of this deadline.”. Constituição nas línguas alemã, inglesa e francesa, disponível em: <<https://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/english/downloads/englishverfassung.pdf>>. Acesso em: 09 de outubro de 2014. Tradução livre do autor: “Se uma lei foi rescindida pela pecha da inconstitucionalidade ou se a Corte Constitucional, nos termos do § 4º, pronunciou uma lei como inconstitucional, todos os tribunais e autoridades administrativas estão vinculados por esta decisão do Tribunal. A lei, no entanto, deve continuar a ser aplicada às circunstâncias ocorridas antes da rescisão, salvo se o Tribunal, no seu acórdão rescisório, decidir de forma diferente. Se a Corte, no seu acórdão rescisório, estabeleceu um prazo nos termos do § 5º, a lei aplica-se a todas as circunstâncias até ao termo deste prazo”.

Presidente, o Vice-Presidente, seis membros e três suplentes serão escolhidos pelo Poder Executivo, dentre magistrados, funcionários administrativos e catedráticos das faculdades de Direito e Ciências Políticas. Outros seis membros e três suplentes serão escolhidos pelo Parlamento, sendo três membros e dois suplentes pelo Conselho Nacional, por maioria qualificada, e três membros e um suplente pelo Conselho Federal, por maioria absoluta. O Presidente e o Vice-Presidente serão escolhidos pelo Governo Federal, vedado o acesso a todos os que tenham exercido, nos últimos quatro anos, cargos de membros do Governo Federal ou estadual, do Conselho Nacional ou Federal, ou ainda de qualquer outra assembleia representativa.

De início, a Constituição conferiu legitimidade para suscitar o controle de constitucionalidade ao Governo Federal e aos Governos estaduais com relação às leis estaduais e às leis federais, respectivamente (ou seja, a legitimidade era de uma esfera federativa poder impugnar a constitucionalidade das leis emanadas da outra esfera federativa). Não seria necessário invocar um caso específico, um processo subjetivo, para que se desse início ao processo de controle: bastava a invocação abstrata da inconstitucionalidade para que esse tivesse início.

A reforma à Constituição, ocorrida em 1929, ampliou o sistema de controle e conferiu competência aos tribunais superiores (Suprema Corte – *Oberster Gerichtshof* – e à Corte Administrativa – *Verwaltungsgerichtshof*) para requerer à Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*) o exame da constitucionalidade das leis que fossem necessárias à solução de litígios levados a seus julgamentos. Essa modificação na Constituição ampliou a legitimidade para requerer o controle e permitiu que eventuais vácuos no sistema fossem afastados. Com isso, o controle passou a ser suscitado, também, de forma incidental, desmembrando-se do julgamento do caso concreto (que ficava suspenso aguardando decisão) e enviando a questão prejudicial à Corte Constitucional. Também com essa reforma, como o controle passou a ser suscitado diante de uma questão real, iniciou-se a possibilidade de retroação da decisão que declarasse uma lei inconstitucional (efeitos *ex tunc*).

O sistema de controle concentrado, surgido na Áustria dos anos 1920, depois se expandiu para diversos países do continente europeu, por isso é denominado de modelo europeu de controle de constitucionalidade. Tal modelo também se expandiu para diversos outros países do globo, inclusive para o Brasil, que adota sistema de aproximação do *judicial review* e do controle concentrado, conforme será abordado no capítulo seguinte.

2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Após a exposição dos sistemas norte-americano, francês e austríaco, que ajudam a entender o nascimento do controle de constitucionalidade e suas particularidades em modelos bem distintos na origem mas que atualmente muito se assemelham, será abordado o objeto imediato da pesquisa: o controle de constitucionalidade no Brasil.

Primeiro será exposta uma breve síntese histórica das constituições brasileiras e da evolução histórica do controle no Brasil, seguindo-se pela análise da forma como o controle de constitucionalidade é aplicado atualmente. Esse ponto da pesquisa aborda, de modo resumido e apenas o estritamente necessário, aspectos sucintos da história do Brasil que se relacionam à evolução da Constituição e do Poder no país.

2.1 Evolução Histórica

No Brasil, o sistema de controle de constitucionalidade acompanhou, embora com um considerável atraso, as ideias que surgiram nos Estados Unidos e, posteriormente, na Europa.

A primeira Constituição brasileira veio em **1824**, outorgada por Dom Pedro I, nos tempos do primeiro reinado, tendo criado o Império do Brasil⁶⁵.

Dom Pedro I, com a volta da coroa portuguesa a Lisboa em 1821, é nomeado príncipe regente do Brasil. No ano seguinte, em 7 de setembro às margens do Rio Ipiranga, Dom Pedro I proclama a independência do Brasil, sendo coroado Imperador do Brasil em 1º de dezembro do mesmo ano⁶⁶.

⁶⁵ “Art. 1º. O Império do Brasil é a associação Política de todos os Cidadãos Brasileiros. (...) Art. 3º. O seu Governo é Monárquico Hereditário, Constitucional e Representativo. Art. 4º A Dinastia Imperante é a do Senhor Dom Pedro I, atual imperador e Defensor Perpétuo do Brasil.” BRASIL. Constituição Política do Império, de 1824. BECKER, Antônio; CAVALCANTI, Vanuza. Constituições brasileiras de 1824 a 1988. Vol. I. Rio de Janeiro: Letralegal, 2004. p. 10. Também é franqueado o acesso às constituições no sítio eletrônico do Planalto, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 02 de novembro de 2014.

⁶⁶ Para uma boa leitura e aprofundamento do contexto histórico da época, vide Laurentino Gomes: *1808, 1822 e 1889*. “Proclamada a Independência, aclamado e coroado o imperador, ainda pairavam muitas incertezas e preocupações no horizonte do novo Brasil. (...) Na prática, haveria duas guerras em andamento nos anos que se seguiram ao Grito do Ipiranga – uma externa e outra interna. A primeira, resultante do choque de interesses entre brasileiros e portugueses (...). A outra guerra seria entre os próprios brasileiros em razão das profundas diferenças de opinião a respeito da forma de organizar e conduzir o novo país. Monarquistas absolutos e liberais, republicanos e federalistas, abolicionistas e escravagistas, entre outros grupos, se confrontariam pela primeira vez na Assembleia Geral Constituinte e Legislativa, cujo objetivo era organizar o novo país”. GOMES, Laurentino. *1822*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010. p. 211-213.

Para dar ordem ao país que despontava, era necessária a existência de uma Constituição. A Assembleia Constituinte foi convocada por D. Pedro I, em 3 de junho de 1822, antes mesmo da proclamação da independência. Seus trabalhos somente tiveram início em 3 de maio de 1823, coincidindo com a data que, àquela época, consideravam como sendo do descobrimento do Brasil.

Porém, o clima de pressão de D. Pedro I sobre os constituintes era muito grande, tendo afirmado em sua célebre “Fala de 3 de maio de 1823” que “defenderia com sua espada a Constituição que a Assembleia fizesse, se fosse digna dele”⁶⁷. Assim, com a pressão exercida, os membros da Assembleia Constituinte passaram a duvidar de sua própria soberania, entrando em conflito de posições com o imperador. Em 12 de novembro de 1823, D. Pedro I dissolveu a Assembleia Constituinte e criou um Conselho de Estado composto por 10 membros que ficou encarregado de elaborar o texto constitucional de acordo com a vontade do imperador. Em 11 de dezembro de 1823 foi entregue o projeto a D. Pedro I, tendo este aceitado o texto e outorgado a Constituição de 25 de março de 1824. Apesar de aprovada por algumas Câmaras Municipais que gozavam da confiança de D. Pedro I, essa Constituição é considerada uma imposição do imperador.

A Constituição de 1824 estabeleceu um sistema de separação de poderes, prevendo a existência de quatro: moderador, legislativo, executivo e judiciário⁶⁸. Apesar da aparente áurea de liberalismo político e modernidade, tal separação de poderes previa uma sobreposição do Poder Moderador sobre os demais⁶⁹. Como se observa pela redação de seu texto, o Poder Moderador podia dissolver a Câmara dos Deputados, suspender magistrados, perdoar ou moderar penas de

⁶⁷ RAMOS, Carlos Alberto. *Origem, conceito, tipos de constituição, poder constituinte e história das constituições brasileiras*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 24, n. 93, jan/mar 1987. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181723/000426993.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 23 de outubro de 2014. p. 79.

⁶⁸ “Art. 10. Os poderes políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial.” BRASIL. Constituição Política do Império, de 1824. BECKER, Antônio; CAVALCANTI, Vanuza. *Constituições brasileiras de 1824 a 1988*. Vol. I. Rio de Janeiro: Letralegal, 2004. p. 10.

⁶⁹ “Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização política e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio e harmonia dos mais Poderes Políticos. Art. 99. A pessoa do Imperador é inviolável e sagrada: Ele não está sujeito a responsabilidade alguma. (...) Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador: (...) V – Prorrogando ou adiando a Assembleia Geral e dissolvendo a Câmara dos Deputados, nos casos em que o exigir a salvação do Estado; convocando imediatamente outra, que a substitua. (...) VII – Suspendendo os Magistrados nos casos do art. 154. VIII – Perdoando e moderando as penas impostas aos réus condenados por sentença.” BRASIL. Constituição Política do Império, de 1824. BECKER, Antônio; CAVALCANTI, Vanuza. *Constituições brasileiras de 1824 a 1988*. p. 16.

condenados por sentenças judiciais, o que demonstra nítida sobreposição do Poder Moderador sobre os demais.

O direito ao voto era limitado, censitário, sendo franqueado apenas aos homens livres e proprietários que auferissem renda líquida anual de cem mil réis por bens de raiz, indústria, comércio ou empregos. Para ser eleito, o cidadão também tinha que comprovar renda mínima proporcional ao cargo pretendido⁷⁰.

Adotou-se a forma de Estado Unitário, que era subdividido em províncias (artigo 2º). O Poder Legislativo era exercido através de sua Assembleia Geral (composta da Câmara dos Deputados e da Câmara de Senadores, ou Senado – artigo 14⁷¹), e detinha o poder de elaborar leis, interpretar leis, suspender leis e revogar leis (artigo 15, VIII⁷²). Tal previsão veio bem aos moldes do estabelecido pelos ideais da Revolução Francesa, segundo os quais o juiz, diante de qualquer dúvida, deveria suscitar questão ao legislativo, que apresentaria resposta à interpretação adequada da lei. Naturalmente, não havia nenhuma forma de controle de constitucionalidade das leis neste período de vigência da Constituição de 1824.⁷³

O órgão de cúpula do Poder Judiciário era o novo Supremo Tribunal de Justiça, equivalente ao Supremo Tribunal Federal de hoje, sediado na Capital do Império (artigos 163 e 164), mas sem previsão de exercício de controle de constitucionalidade.

Em 24 de fevereiro de **1891** foi promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil⁷⁴, elaborada sob forte influência do direito norte-americano e das posições de Rui Barbosa.

Com a proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, houve mudanças significativas no sistema político e econômico do país, como a abolição do trabalho escravo⁷⁵ e o

⁷⁰ Artigos 90 a 97, da Constituição Política do Império, de 1824.

⁷¹ A Câmara dos Deputados era composta por membros eletivos e temporários (com voto censitário). O Senado era composto por membros vitalícios, escolhidos pelo Imperador de uma lista tríplice eleita nas Províncias.

⁷² “Art. 15. É da atribuição da Assembleia Geral: (...) VIII – fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las.” BRASIL. Constituição Política do Império, de 1824. BECKER, Antônio; CAVALCANTI, Vanuza. *Constituições brasileiras de 1824 a 1988*. p. 11.

⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 740. No mesmo sentido: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1243.

⁷⁴ BRASIL. Constituição da república dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. BECKER, Antônio; CAVALCANTI, Vanuza. *Constituições brasileiras de 1824 a 1988*. Vol. I. Rio de Janeiro: Letrlegal, 2004. p. 25-42. Também é possível encontrar a redação da Constituição de 1891 no sítio eletrônico do Planalto: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>.

⁷⁵ A abolição do trabalho escravo é fruto de uma crescente e gradual libertação dos escravos no Brasil. Em 1871, a Lei do Ventre Livre liberta filhos de escravos que nascessem a partir de então. Em 1885, a Lei dos Sexagenários

deslocamento de pessoas do campo para as cidades. O Brasil respirava novos ares com a queda da monarquia⁷⁶.

O marechal Deodoro da Fonseca, proclamador da República e chefe do governo provisório, e Rui Barbosa, seu vice, nomearam uma comissão de notáveis para apresentar um projeto de constituição que seria examinado por uma futura Assembleia Constituinte, a ser convocada. A chamada Comissão dos Cinco foi nomeada pelo Decreto nº 29, de 3 de dezembro de 1889, sendo composta por Saldanha Marinho, Rangel Pestana, Santos Werneck, Américo Brasiliense e Magalhães Castro. O anteprojeto foi enviado em 24 de maio de 1890, sendo submetido ao Governo Provisório e revisada por Rui Barbosa. Após a revisão, em 22 de junho de 1890, o Governo Provisório baixou Decreto nº 510, que convocou a Assembleia Constituinte, sendo seu texto vigorado como Constituição Provisória da República⁷⁷ até as conclusões da Constituinte. “Assim como reinara, na Constituinte imperial, o pensamento francês, prevaleceu, na Constituinte republicana, o pensamento norte-americano”⁷⁸.

Sob a vigência dessa Constituição provisória plantou-se o embrião do controle de constitucionalidade no Brasil. Segundo Marinoni⁷⁹, a semente do controle de constitucionalidade, surgiu com a citada Constituição Provisória da República. De fato, o artigo 58, inciso III, alíneas “a” e “b” da Constituição Provisória da República dava competência ao Supremo Tribunal Federal para rever processos decididos por outros tribunais quando houvesse questionamento sobre validade de tratados e leis federais ou quando se contestasse validade de leis ou atos de governos estaduais em face da Constituição:

liberta escravos que contassem com mais de sessenta anos de idade. Por fim, em 1888, a Princesa Isabel assina a Lei Áurea, que põe fim à escravidão no Brasil.

⁷⁶ Interessante a observação de Laurentino Gomes de que o 15 de novembro (feriado da proclamação da república) é uma data sem prestígio no Brasil. Os principais personagens republicanos (Benjamin Constant, Quitino Bocaiúva, Rui Barbosa, Deodoro da Fonseca, Floriano Peixoto), a despeito de darem nomes a diversas ruas e praças em todas as cidades do Brasil, são desconhecidos pela maioria da população. Tal desprestígio deve-se ao fato de que a proclamação da república veio desacompanhada de intensa participação popular. “A república brasileira nasceu descolada das ruas”. A república não surgiu como uma salvação. Na verdade, a monarquia caiu, ruiu inerte diante do golpe militar liderado por Deodoro da Fonseca. (GOMES, Laurentino. *1889*. São Paulo: Globo, 2013. p. 17-29)

⁷⁷ Trata-se do referido Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, que Publica a Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Texto disponível em: <
http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=510&tipo_norma=DEC&data=18900622&link=s>
 . Acesso em: 04 de novembro de 2014.

⁷⁸ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito constitucional: teoria da constituição, as constituições do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 123.

⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.741. No mesmo sentido: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1243.

Art. 58. Ao Supremo Tribunal Federal compete:

(...)

III. Rever os processos findos, nos termos do art. 78.

- a) quando se questionar sobre a validade, ou a applicabilidade de tratados e leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado for contra ella;
- b) quando se contestar a validade de leis ou actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos os actos, ou leis impugnados.

Pode-se afirmar que essa é a primeira previsão de controle de constitucionalidade no Brasil, decorrência direta das tendências republicanas trazidas dos Estados Unidos que, especialmente, influenciaram Rui Barbosa. Logo em seguida, o Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, que regulamenta a Justiça Federal, reforça a interpretação de existência do controle de constitucionalidade das leis pelos tribunais com a redação de seu artigo 3º, que estabeleceu: “*Na guarda e applicação da Constituição e das leis nacionaes a magistratura federal só intervirá em especie e por provocação de parte*”⁸⁰.

Promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil em 24 de fevereiro de 1891⁸¹, consolidou-se e consagrou-se, definitivamente, o controle de constitucionalidade no país. O artigo 59, §1º, alíneas “a” e “b”, trouxe a seguinte redação:

Art. 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete:

(...)

§1º Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

- a) quando se questionar sobre a validade, ou a applicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;
- b) quando se contestar a validade de leis ou atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas⁸².

⁸⁰ BRASIL. Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm>. Acesso em 05 de novembro de 2014.

⁸¹ O texto definitivo da Constituição era o do projeto do Governo Provisório com modificações em apenas 14 artigos. FRANCO, Afonso Arinos de Melo. Direito constitucional: teoria da constituição, as constituições do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 123.

⁸² Redação original da Constituição de 1891. Tal dispositivo foi alterado pela Emenda Constitucional nº 1, de 03 de setembro de 1926. BRASIL. Constituição da república dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891.

A redação, semelhante à do Decreto 510/1890, trazia uma certa confusão ao intérprete. Rui Barbosa, estudioso de renome que influenciou toda uma geração de juristas do país, cuidou de interpretar o dispositivo e trazer a amplitude de sua aplicabilidade:

“A redação é claríssima. Nela se reconhece, não só a competência das justiças da União, como a das justiças dos Estados, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. Somente se estabelece, a favor das leis federais, a garantia de que, sendo contrária à subsistência delas a decisão do tribunal do Estado, o feito pode passar, por via de recurso, para o Supremo Tribunal Federal. Este ou revogará a sentença, por não procederem as razões de nulidade, ou a confirmará pelo motivo oposto. Mas, numa ou noutra hipótese, **o princípio fundamental é a autoridade, reconhecida expressamente no texto constitucional, a todos os tribunais, federais, ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplicá-las, ou desaplicá-las, segundo esse critério.**

É o que se dá, por efeito do espírito do sistema, nos Estados Unidos, onde a letra constitucional, diversamente do que ocorre entre nós, é muda a este propósito. (...)”⁸³ (negritos de nossa autoria)

Com essa interpretação consagrou-se no Brasil, a partir da Constituição da primeira república, o controle de constitucionalidade do tipo difuso, em que cada juiz ou tribunal poderia declarar nula uma lei ou ato administrativo que contrariasse a Constituição.

Vale lembrar outras importantes matérias trazidas pela nova constituição.

Logo em seu artigo 1º evidencia-se grande mudança com a adoção da forma de Governo Republicano, dividido na forma Federativa de Estado, com a união das antigas províncias em Estados Unidos do Brasil. Cada Província passou a se constituir em Estado membro da Federação (artigo 2º). Outra mudança significativa está no seu artigo 15, ao estabelecer como poderes da república o Legislativo, Executivo e Judiciário, ficando extinto o Poder Moderador, havendo independência entre os três poderes. Ocorreu a separação entre igreja e Estado e realizou-se a criação do *habeas corpus*.

BECKER, Antônio; CAVALCANTI, Vanuza. *Constituições brasileiras de 1824 a 1988*. Vol. I. Rio de Janeiro: Letrlegal, 2004. p. 34.

⁸³ BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais*. Campinas: Russel Editores, 2003. p.53.

Em 16 de julho de **1934** foi promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, na chamada segunda república, que aperfeiçoou o sistema de controle difuso de constitucionalidade das leis (ainda sem previsão de controle concentrado).

Após a crise da república velha (1889-1930) e da chamada “república do café com leite”, foi deflagrada a chamada Revolução de 1930, um Golpe de Estado que depôs o presidente da república Washington Luís, impediu a posse do presidente eleito Júlio Prestes e culminou com a posse de Getúlio Vargas como chefe do governo provisório e Presidente da República. Getúlio revogou a Constituição de 1891 e passou a governar por decretos.

Após crescentes apelo popular e pressão política, Getúlio Vargas assina o Decreto nº 21.402, de 14 de maio de 1932⁸⁴, marcando para 3 de maio de 1933 a eleição dos membros da futura Assembleia Constituinte. Por esse Decreto, também é criada uma comissão incumbida de elaborar o anteprojeto da nova Constituição, sob a presidência do Ministro da Justiça e Negócios Exteriores (art. 1º). A Assembleia Constituinte reuniu-se pela primeira vez em 15 de novembro de 1933, tendo por base para seus trabalhos o projeto remetido pela comissão do governo que, por sua vez, utilizara como base a Constituição da Alemanha de 1919 (Constituição de Weimar) e a Constituição da Espanha de 1931⁸⁵.

A Constituição é finalmente promulgada em 16 de julho de 1934, trazendo grande influência das diretrizes sociais e trabalhistas de Getúlio Vargas. Em linhas gerais, a nova Constituição estabeleceu as seguintes regras: voto obrigatório e secreto a partir dos 18 anos, com direito de voto às mulheres e proibição do voto aos mendigos e analfabetos; criação da Justiça Eleitoral (art. 63, “d”, e 82) e da Justiça do Trabalho (art. 122); mandado de segurança e ação popular. A Constituição, em seu artigo 121, previu diversas normas de proteção ao trabalhador, entre elas: i) proibição de discriminação salarial; ii) salário mínimo; iii) jornada diária não superior a 8 horas; iv) proibição de trabalho a menores de 14 anos; v) repouso hebdomadário (semanal), preferencialmente aos domingos; vi) férias anuais remuneradas; vii) indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa; viii) garantias de licença para gestante, acidentes de trabalho, aposentadoria por idade, invalidez; ix) reconhecimento das convenções coletivas de trabalho.

⁸⁴ Decreto nº 21.402, de 14 de maio de 1932, disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d21402.htm>. Acesso em: 12 de novembro de 2014.

⁸⁵ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. Direito constitucional: teoria da constituição, as constituições do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 125.

Quanto ao controle de constitucionalidade, a Constituição de 1934 manteve os mesmos dispositivos da anterior (artigo 76, 2, III, “b” e “c”⁸⁶), estabelecendo, por interpretação já consagrada desde a Carta de 1891, que todos os tribunais e juízes poderiam afastar a validade de uma lei que contrariasse a Constituição. O artigo 179 introduziu uma novidade: somente pelo voto da maioria dos membros do tribunal poderia uma lei ser declarada inconstitucional:

Art. 179. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público⁸⁷.

A Constituição também inovou em seu artigo 91, IV, ao atribuir competência ao Senado Federal para “*suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário*”. Com essa norma, passou o Senado a poder suspender a execução de normas com efeitos *erga omnes*, que antes apenas tinham afastada sua validade ao caso concreto decidido.

Por fim, a Carta de 1934 criou uma forma de controle de constitucionalidade semelhante à Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva dos dias atuais, em seu artigo 12, V e §§1º e 2º:

Art. 12. A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo:

(...)

V – para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras “a” a “h”, do art. 7º, nº I, e a execução das leis federais;

(...)

§1º Na hipótese do nº VI, assim como para assegurar a observância dos princípios constitucionais (art. 7º, nº I), a intervenção será decretada por lei federal, que lhe fixará a amplitude e a duração, prorrogável por nova lei. A Câmara dos Deputados poderá eleger o Interventor, ou autorizar o Presidente da República a nomeá-lo.

⁸⁶ “Art. 76. A Corte Suprema compete: (...) 2 – julgar: (...) III – em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância: (...) b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governadores locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnada.” (BRASIL. Constituição da república dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. BECKER, Antônio; CAVALCANTI, Vanuza. *Constituições brasileiras de 1824 a 1988*. Vol. I. Rio de Janeiro: Letralegal, 2004. p. 57/58.)

⁸⁷ BRASIL. Constituição da república dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. BECKER, Antônio; CAVALCANTI, Vanuza. *Constituições brasileiras de 1824 a 1988*. p. 76.

§2º Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade.

Por esses dispositivos, o Procurador Geral da República, verificando a violação dos princípios constitucionais estabelecidos no artigo 7º, I, da Constituição, por parte dos Estados, provocará a Corte Suprema para que esta, declarando que o ato estadual é inconstitucional, autorize a intervenção federal.

Podemos ainda referir que o mandado de segurança, criado com o artigo 113, nº 33⁸⁸, incutiu na cultura jurídica do país a efetividade do controle de constitucionalidade das leis, pois, por meio dele, podia ser alegada como fundamento da demanda a inconstitucionalidade de uma lei que fundamentou o ato de autoridade contestado. Diante da simplicidade e rapidez do processo, ações dessa espécie se multiplicaram país a fora, familiarizando juízes e demais operadores do direito com as demandas que tratavam sobre inconstitucionalidade de leis⁸⁹.

Observa-se que a Constituição de 1934 laborou pequena evolução no controle de constitucionalidade das leis no Brasil.

Em 10 de novembro de **1937**, Getúlio Vargas outorgou a Constituição dos Estados Unidos do Brasil⁹⁰, que vigeu por um período marcado pelo autoritarismo e pela centralização do poder nas mãos do Executivo – o denominado Estado Novo.

Nos fins de setembro de 1937 o país vivia uma campanha eleitoral para a presidência da república, cuja eleição seria realizada em janeiro de 1938. Getúlio Vargas ainda exercia a Presidência da República e não pretendia deixar o cargo. Denunciou, então, um suposto plano comunista que planejava tomar o poder, batizado de Plano Cohen⁹¹. Referido golpe foi utilizado

⁸⁸ “Art. 113. (...) 33) Dar-se-á o mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do habeas corpus, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petórias competentes.” (BRASIL. Constituição da república dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. BECKER, Antônio; CAVALCANTI, Vanuza. *Constituições brasileiras de 1824 a 1988*. p. 66/67.)

⁸⁹ BARBI, Celso Agrícola. *Evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil*. Revista da Faculdade de Direito – UFMG. Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=7&cad=rja&uact=8&ved=0CDwQFjAG&url=http%3A%2F%2Fwww.direito.ufmg.br%2Frevista%2Findex.php%2Frevista%2Farticle%2Fdownload%2F1180%2F1113&ei=iXZVLOhNfLesATU9YHQCO&usq=AFQjCNF1WAZbc0DIfgYFiFDcBhNPgSBqPw>>. Acesso em 14 de novembro de 2014. p. 53.

⁹⁰ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. BECKER, Antônio; CAVALCANTI, Vanuza. *Constituições brasileiras de 1824 a 1988*. p. 81-114.

⁹¹ Tempos depois descobriu-se que o Plano Cohen foi forjado pelo militar aliado a Getúlio, o então Capitão Olímpio Mourão Filho.

por Getúlio, juntamente com o tenso clima político ao qual passava a Nação, para dar um golpe de estado, tomando o poder em 10 de novembro de 1937.

O Congresso Nacional foi fechado e Getúlio outorgou a Constituição de 10 de novembro de 1937, denominada de “Polaca”, alusão às constituições autoritárias de países anticomunistas da Europa, especialmente a Polônia. Porém,

Há um fosso intransponível entre a Constituição de 1937 e o regime do Estado Novo. Juridicamente e rigorosamente, uma nada teve haver com o outro.

Por este mesmo fato, não há necessidade de prestar muita atenção a um texto que não foi aplicado, e que havia sido redigido para não se aplicar. Assim, basta uma idéia ligeira do seu conteúdo, que, politicamente, não teve nenhuma nunca a menor importância.”⁹².

De fato, a Constituição de 1937 pouco serviu como centro do sistema jurídico brasileiro do Estado Novo. Getúlio governava por decretos-leis⁹³.

Embora existissem formalmente os três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), ao Poder Executivo foi franqueada a possibilidade de desfazer decisões judiciais que declarassem a inconstitucionalidade de leis (artigo 96, parágrafo único⁹⁴). O presidente, acaso entendesse necessário ao bem-estar do povo, poderia submeter tais decisões ao parlamento, que poderia tornar sem efeito a decisão judicial. Esse sistema aparelhou juridicamente o regime ditatorial aplicado por Getúlio Vargas durante esse período.

Entre as principais características da Constituição de 1937, podemos apontar as seguintes: i) previa uma forma de Governo centralizadora, com o Poder Executivo em superposição sobre os demais Poderes (o artigo 73 definia o Presidente da República como a autoridade suprema do Estado); ii) ampliou o mandato do Presidente da República de 4 para 6 anos (artigo 80); iii) restaurou a pena de morte (art. 122, 13).

⁹² FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito constitucional: teoria da constituição, as constituições do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 127. Texto no original, inclusive pontuação e acentos.

⁹³ RAMOS, Carlos Alberto. *Origem, conceito, tipos de constituição, poder constituinte e história das constituições brasileiras*. p. 88.

⁹⁴ Art. 96. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. **Parágrafo único. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.** (BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. BECKER, Antônio; CAVALCANTI, Vanuza. *Constituições brasileiras de 1824 a 1988*. p. 95.)

Quanto ao controle de constitucionalidade, a “Polaca” trouxe um grave retrocesso⁹⁵. Embora tenham se mantido, em seu artigo 101, item III, alíneas “b” e “c”, as regras estabelecidas na primeira Constituição Republicana (1891), além da manutenção da necessidade de maioria dos membros de um tribunal para declarar a inconstitucionalidade de uma norma (art. 96), houve retrocesso com a retirada do mandado de segurança do texto constitucional, colocando-o apenas na legislação ordinária. Além disto, o Código de Processo Civil de 1939 excluiu o cabimento do mandado de segurança contra atos do Presidente da República, dos Ministros de Estado, Governadores e Interventores dos Estados, reduzindo de forma drástica sua utilidade e os julgamentos sobre controle de constitucionalidade de leis. Também houve gravíssimo retrocesso com a previsão do já citado artigo 96, parágrafo único, que permitia ao Presidente da República manter vigentes atos declarados pelo Poder Judiciário como inconstitucionais, sob o argumento vago e abstrato de existência de interesse nacional de alta monta ou ao bem-estar do povo.

O Estado Novo teve duração relativamente curta (cerca de 8 anos), ruindo logo após a queda dos governos autoritários internacionais. No início do governo Vargas, a maré internacional favorecia o seu comando, pois a intervenção ditatorial era dominante em vários países, a exemplo da Alemanha de Hitler, Itália de Mussolini, Espanha de Franco e Portugal de Salazar⁹⁶. Com a queda de tais governos e o fim da Segunda Guerra Mundial, em 1945, saindo vitoriosos os aliados e ruindo a Alemanha nazista, o governo Vargas perdeu credibilidade no cenário nacional (e internacional), o que se somou à insatisfação do povo pela ausência de democracia no país.

Aliados a grande apoio popular, as Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica) depuseram Getúlio Vargas do poder em 29 de outubro de 1945. O poder foi entregue ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro José Linhares. Realizada a eleição já sob a presidência de José Linhares, em 2 de dezembro de 1945, o General Eurico Gaspar Dutra sagrou-se vencedor, e governou por decretos-leis, na forma do artigo 2º, da Lei Constitucional nº 15, de 26 de novembro de 1945⁹⁷, até que a nova Constituição fosse promulgada.

⁹⁵ BARBI, Celso Agrícola. *Evolução do contrôlo de constitucionalidade das leis no Brasil*. p. 54.

⁹⁶ RAMOS, Carlos Alberto. *Origem, conceito, tipos de constituição, poder constituinte e história das constituições brasileiras*. p. 89.

⁹⁷ (BRASIL. Lei Constitucional nº 15, de 26 de novembro de 1945. BECKER, Antônio; CAVALCANTI, Vanuza. *Constituições brasileiras de 1824 a 1988*. p. 112). Referida lei dispunha sobre os poderes da Assembleia Constituinte e do Presidente da República. Seu artigo 1º convocava eleições da Assembleia Constituinte para 2 de dezembro próximo, cujos membros detinham mandato para elaboração da nova Constituição. O artigo 3º estabeleceu eleição para Presidente da República no mesmo 2 de dezembro de 1945.

Também em 2 de dezembro de 1945 foi eleita a Assembleia Constituinte, que se instalou em 2 de fevereiro de 1946. A comissão formada para elaborar o texto base decidiu não criar uma nova, mas ter como ponto de partida o texto da Constituição de 1934⁹⁸. Com o rápido trabalho da Assembleia, em 18 de setembro de **1946** foi promulgada a Constituição dos Estados Unidos do Brasil⁹⁹, cujo texto assemelhou-se bastante ao da Constituição de 1934, de caráter democrático, tendo, porém, vida um pouco mais longa.

A Constituição de 1946 contempla um texto ao mesmo tempo liberal (nos moldes da Carta de 1891 – primeira república) e social (nos moldes da carta de 1934), motivo que levou alguns autores a indicarem-na como uma das melhores já existentes no Brasil. Destacamos alguns pontos relevantes em seu texto: a) estabeleceu expressamente a competência do Tribunal Federal de Recursos (art. 104), corte que tinha atribuição semelhante à do atual Superior Tribunal de Justiça; b) aperfeiçoa a justiça eleitoral (art. 109 a 121); c) estabelece a noção de uso social da propriedade (art. 147¹⁰⁰); d) proíbe o abuso do poder econômico (art. 148¹⁰¹); e) reconhece o direito de greve (art. 158) e f) aperfeiçoa o mandado de segurança (art. 141, §24¹⁰²).

No que se refere ao controle de constitucionalidade, a Constituição de 1946 retomou o crescimento do instituto, interrompido abruptamente com a Ditadura Vargas.

No artigo 101, III, alíneas “a” e “b”, a Constituição de 1946 manteve a previsão dos dispositivos existentes desde a primeira constituição republicana, prevendo Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal em causas decididas por Tribunais: “a) quando a decisão for contrária a dispositivo dessa Constituição ou à letra de tratado ou lei federal; b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face dessa Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada”¹⁰³. O artigo 200, por sua vez, manteve a previsão de

⁹⁸ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. Direito constitucional: teoria da constituição, as constituições do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 128.

⁹⁹ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. BECKER, Antônio; CAVALCANTI, Vanuza. *Constituições brasileiras de 1824 a 1988*. p. 115-164.

¹⁰⁰ “Art. 147. O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, §16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.” (BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. BECKER, Antônio; CAVALCANTI, Vanuza. *Constituições brasileiras de 1824 a 1988*. p. 144)

¹⁰¹ “Art. 148. A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.” (*idem*, p. 144)

¹⁰² “Art. 141. (...) 24. Para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.” (*idem*, p. 143)

¹⁰³ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. BECKER, Antônio; CAVALCANTI, Vanuza. *Constituições brasileiras de 1824 a 1988*. p. 133.

maioria absoluta dos membros de um tribunal como exigência para declaração de inconstitucionalidade de uma lei¹⁰⁴. O artigo 64 manteve a previsão de competência do Senado para suspender eficácia de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal¹⁰⁵. Os artigos 7º, inciso VII, e 8º, previram novamente a intervenção federal nos estados que violassem determinados princípios previstos na Carta, intervenção esta que dependeria de arguição perante o Supremo Tribunal Federal por iniciativa do Procurador Geral da República¹⁰⁶.

Também houve a volta do *status* de norma constitucional ao mandado de segurança, tal qual acima lembrado, permitindo o desenvolvimento do controle de constitucionalidade na forma incidental, quando as partes arguíam a inconstitucionalidade de uma norma que fundamentasse um ato atacado.

A Constituição de 1946 também retirou o poder anteriormente dado ao Presidente da República de submeter ao Legislativo decisões do Judiciário sobre constitucionalidade de leis, restituindo o princípio da separação dos poderes.

A previsão efetiva de controle concentrado no Brasil, aos moldes do que foi criado na Áustria de Kelsen dos anos 1920, ocorreu com a Emenda Constitucional nº 16 de 26 de novembro de 1965, quando ainda vigente a Constituição de 1946. Aí podemos atestar a certidão de nascimento do controle concentrado no Brasil, ainda restrito à legitimidade do Procurador

¹⁰⁴ “Art. 200. Só pelo voto da maioria absoluta dos seus membros poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público”. (BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. BECKER, Antônio; CAVALCANTI, Vanuza. *Constituições brasileiras de 1824 a 1988*. p. 150)

¹⁰⁵ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. BECKER, Antônio; CAVALCANTI, Vanuza. *Constituições brasileiras de 1824 a 1988*. p. 125.

¹⁰⁶ “Art. 7º. O Governo federal não intervirá nos Estados salvo para:

(...)

VII – assegurar a observância dos seguintes princípios:

- a) forma republicana representativa;
- b) independência e harmonia dos Poderes;
- c) temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes;
- d) proibição da reeleição de Governadores e Prefeitos, para o período imediato;
- e) autonomia municipal;
- f) prestação de contas da Administração;
- g) garantias do Poder Judiciário.

Art. 8º. A intervenção será decretada por lei federal nos casos dos nºs VI e VII do artigo anterior.

Parágrafo único. No caso do nº VII, o ato arguido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarar, será decretada a intervenção”.

(BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. BECKER, Antônio; CAVALCANTI, Vanuza. *Constituições brasileiras de 1824 a 1988*. p. 117)

Geral da República¹⁰⁷. A Emenda Constitucional nº 16, de 26, de novembro de 1965, alterou o texto original da alínea “k”, do inciso “I”, do artigo 101, da Constituição de 1946 para a seguinte redação:

Art. 101. Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I – processar e julgar originariamente:

(...)

k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República;

(Redação da alínea “k” dada pela Emenda Constitucional nº 16, de 26/11/1965. Texto original: “as ações rescisórias de seus acórdãos”¹⁰⁸)

Essa alteração constitucional criou a constitucionalidade por via de ação, modificando profundamente o sistema até então vigente sobre o assunto.

A mesma Emenda Constitucional nº 16/1965 também trouxe outra novidade no artigo 124, dando competência aos Tribunais de Justiça dos estados para exercerem o controle de constitucionalidade na forma concentrada:

Art. 124. Os Estados organizarão a sua Justiça, com observância dos arts. 95 a 97 e também dos seguintes princípios:

(...)

XIII – a lei poderá estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de Município, em conflito com a Constituição do Estado;

(Inciso XIII acrescentado pela Emenda Constitucional nº 16, de 26/11/1965)¹⁰⁹

¹⁰⁷ “Poucos sabem que a possibilidade de se outorgar a órgão do Ministério Público a iniciativa do controle de Constitucionalidade *in abstracto*, positivada no direito constitucional brasileiro em 1965 (Emenda Constitucional n.º 16, de 1965; Constituição de 1967/69, art. 119, I, I), já havia sido contemplada por Kelsen nas suas meditações sobre o chamado *processo constitucional*. Aqueles que se derem ao trabalho de compulsar o texto da conferência proferida por Kelsen perante a Associação dos Professores Alemães de Direito Público (Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer), de 1928, hão de se deparar com a seguinte passagem: ‘Um instituto completamente novo, mas digno de ser experimentado seria a criação de um advogado da Constituição (Verfassungsanwalt) perante a Corte Constitucional, que – em analogia com promotor público no processo penal – instaurasse de ofício o controle de normas em relação aos atos que reputasse inconstitucionais. Evidentemente, esse advogado da Constituição deveria ser dotado de todas as garantias de independência tanto em face do Governo, como em face do Parlamento (...)’”. (MENDES, Gilmar Ferreira. *Kelsen e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. Revista de Informação Legislativa. v. 31. n. 121, p. 185-188, jan./mar. 1994. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176231>>. Acesso em: 03 de março de 2015.

¹⁰⁸ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. BECKER, Antônio; CAVALCANTI, Vanuza. *Constituições brasileiras de 1824 a 1988*. p. 132-133.

Porém, essa norma tinha eficácia contida, dependente de lei regulamentar que nunca foi elaborada, motivo pelo qual tal dispositivo ficou carente de eficácia.

Como se observa, durante a vigência da Constituição de 1946, houve a retomada da solidificação do sistema de Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil, tendo a Emenda Constitucional nº 16/65 criado o controle concentrado, por via de ação direta proposta pelo Procurador-Geral da República¹¹⁰.

Um casuísmo gerou, em 1961, a adoção do sistema parlamentarista de governo no Brasil.

Em 1961, Jânio Quadros assume o cargo de Presidente da República eleito pelo voto popular. No mesmo ano, porém, Jânio renuncia ao mandato, sendo seu sucessor natural o Vice Presidente, João Goulart, que estava em viagem à China comunista. Ocorre que os militares se opuseram gravemente contra a posse do vice João Goulart sob a alegação de que este implantaria um regime comunista no país. A solução política encontrada para o impasse foi a adoção do sistema parlamentarista de governo no Brasil (em substituição ao então vigente sistema Presidencialista de governo): o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional nº 4, de 2 de setembro de 1961 (Ato Adicional de 1961)¹¹¹, instituindo o sistema parlamentar de governo no Brasil. Por essa emenda, o Poder Executivo seria exercido pelo Presidente da República e pelo Conselho de Ministros. Nesse sistema, a figura do Presidente da República era meramente figurativa no plano interno, pois exercia a Chefia de Estado, representando o país perante as nações estrangeiras. Já o Conselho de Ministros era efetivamente o responsável pela condução da administração federal.

Após 2 anos de vigência, um plebiscito derrubou o sistema parlamentar de governo e, por meio da Emenda Constitucional nº 6, de 23 de janeiro de 1963, revogou “a Emenda

¹⁰⁹ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. BECKER, Antônio; CAVALCANTI, Vanuza. *Constituições brasileiras de 1824 a 1988*. p. 137-138.

¹¹⁰ Interessante destacar que a Emenda 16/65, que implantou o controle concentrado de constitucionalidade das leis no Brasil, foi editada após o Golpe Militar de 1964, quando já vigorava o período denominado por muitos de ditadura militar (para outra parte dos historiadores trata-se de período da revolução).

¹¹¹ BRASIL. Emenda Constitucional nº 4, de 2 de setembro de 1961 (Ato Adicional). BECKER, Antônio; CAVALCANTI, Vanuza. *Constituições brasileiras de 1824 a 1988*. p. 158-160.

Constitucional nº 4” e restabeleceu “o sistema presidencial de govêrno instituído pela Constituição Federal de 1946”¹¹².

Logo após a volta do sistema presidencialista e o pleno governo de João Goulart (“Jango”) – 1963, no ano de 1964 houve um crescimento de movimentos populares liderados por parte de setores conservadores da sociedade, como Forças Armadas, Igreja Católica e várias organizações da sociedade civil. O temor que crescia na sociedade brasileira era de que o país passasse a adotar o regime socialista similar ao existente em Cuba. Foi crescente o sentimento de anticomunismo, impulsionado pela maior potência das américas (Estados Unidos da América).

Na madrugada do dia 31 de março de 1964, o Presidente legitimamente eleito João Goulart foi deposto de seu cargo por um golpe de estado. No dia 1º de abril de 1964, o Presidente do Senado declarou a vacância do cargo de Presidente da República, assumindo provisoriamente o cargo o Presidente da Câmara dos Deputados. No dia 2 de abril, foi organizado o denominado “Comando Supremo da Revolução”, formado por representantes das três armas (exército, aeronáutica e marinha¹¹³), que governou por duas semanas e baixou o Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964¹¹⁴, que justificou o golpe como Revolução Vitoriosa, mantendo as Constituições Federal e Estaduais com consideráveis modificações, dentre elas o estabelecimento de eleições indiretas para Presidente da República, retirada da revisão jurisdicional sobre alguns atos administrativos e possibilidade de suspensão de direitos políticos. O AI 1 também conferiu poderes constituintes à Junta Militar.

A eleição indireta sagrou vitorioso Humberto de Alencar Castello Branco.

Seguiram-se ao AI 1 os atos institucionais nº 2, de 27 de outubro de 1965¹¹⁵, nº 3, de 5 de fevereiro de 1966¹¹⁶, e, finalmente, o Ato Institucional nº 4, de 7 de dezembro de 1966¹¹⁷, que convoca, extraordinariamente, o Congresso Nacional pelo período de 12 de dezembro de

¹¹² BRASIL. Emenda Constitucional nº 6, de 23 de janeiro de 1963. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc06-63.htm#art1>. Acesso em: 20 de novembro de 2014. Ementa no original.

¹¹³ Respectivamente: Costa e Silva, Correia de Mello e Augusto Rademaker.

¹¹⁴ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-01-64.htm>. Acesso em: 03 de dezembro de 2014.

¹¹⁵ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-02-65.htm>. Acesso em: 03 de dezembro de 2014.

¹¹⁶ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/AIT/ait-03-66.htm>. Acesso em: 03 de dezembro de 2014.

¹¹⁷ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/AIT/ait-04-66.htm>. Acesso em: 03 de dezembro de 2014.

1966 a 24 de janeiro de 1967 para votação de projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República¹¹⁸.

Embora tenha sido, como se observa, uma Constituição não totalmente legítima, pois praticamente imposta pelos líderes da “Revolução” (ou golpe), a Carta de **1967** foi Promulgada pelo Congresso Nacional em 24 de janeiro de 1967¹¹⁹.

A nova Constituição denominou o Brasil de República Federativa do Brasil. Adotou diversas medidas com origem na Revolução, entre elas a eleição indireta para o cargo de Presidente da República (art. 76), fortalecimento do Poder Executivo como, por exemplo, o exercício da presidência do Congresso Nacional pelo Vice-Presidente da República (artigo 79, §3º), criação de leis delegadas e decretos-leis (artigos 49-62), ampliação dos poderes da Justiça Militar com o julgamento de civis nos casos de crime contra a segurança nacional (art. 122, §1º) e ênfase à doutrina da segurança nacional (artigos 89-91).

Embora possuísse toda essa carga autoritária e centralizadora do poder nas mãos do Executivo, a Constituição de 1967

reproduziu todos os artigos da de 1946, referentes ao controle, e parte das inovações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 16, havendo omitido, apenas, o dispositivo que permitia a criação de processo de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato dos Municípios que contrariassem as Constituições dos Estados.¹²⁰

O artigo 101, I, “I”, previa a Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República, sendo que o seu inciso III, alíneas “a”, “b” e “c” previam o recurso extraordinário em casos de declaração incidental de inconstitucionalidade de normas. Nos artigos 10 e 11, a representação do Procurador-Geral da República para intervenção federal nos

¹¹⁸ Pela leitura dos considerandos do AI4 é possível termos uma noção do clima político vivido no país: “CONSIDERANDO que a Constituição Federal de 1946, além de haver recebido numerosas emendas, já não atende às exigências nacionais; CONSIDERANDO que se tornou imperioso dar ao País uma Constituição que, além de uniforme e harmônica, represente a institucionalização dos ideais e princípios da Revolução; CONSIDERANDO que somente uma nova Constituição poderá assegurar a continuidade da obra revolucionária; CONSIDERANDO que ao atual Congresso Nacional, que fez a legislação ordinária da Revolução, deve caber também a elaboração da lei constitucional do movimento de 31 de março de 1964; CONSIDERANDO que o Governo continua a deter os poderes que lhe foram conferidos pela Revolução”. (Ato Institucional nº 4, de 7 de dezembro de 1966. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/AIT/ait-04-66.htm>. Acesso em: 03 de dezembro de 2014.)

¹¹⁹ BRASIL. Constituição do Brasil, de 24 de janeiro de 1967. BECKER, Antônio; CAVALCANTI, Vanuza. *Constituições brasileiras de 1824 a 1988*. p. 165-203.

¹²⁰ BARBI, Celso Agrícola. *Evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil*. p. 59. Texto no original.

estados continuou a prever processo perante o Supremo, mas modificou o órgão que decretava a intervenção: antes o Congresso Nacional, agora o Presidente da República. No artigo 45, IV, manteve-se a competência do Senado Federal de suspender a execução de leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal em processos de controle difuso. Por fim, a exigência de maioria absoluta dos membros dos tribunais para declarar a inconstitucionalidade de leis foi mantida pelo artigo 111.

Com a forma de chamamento da Assembleia Constituinte e a pressão exercida pelo Poder Executivo sobre o Legislativo, a convivência dos dois poderes passou por uma crise que culminou com a edição do Ato Institucional nº 5 – AI5, de 13 de dezembro de 1968¹²¹, institucionalizando a ditadura no Brasil¹²².

O AI5, ao tempo em que teoricamente mantinha a Constituição de 1967, permitiu ao Presidente da República decretar recesso indefinido do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras Municipais de Vereadores, período durante o qual poderia legislar sobre quaisquer matérias de competência dessas casas. Também permitiu ao Presidente decretar intervenção federal em Estados e Municípios sem o respeito às normas da Constituição. Era-lhe possível cassar os direitos políticos de qualquer cidadão por 10 anos e cassar mandatos eletivos. Foram suspensas as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, podendo o Presidente, por decreto, demitir, remover ou pôr em disponibilidade quaisquer dos titulares dessas garantias. Foi suspensa a garantia constitucional de *habeas corpus* nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e a economia popular. Todos os atos praticados com base no AI5 ficam afastados de apreciação judicial.

Diante de tantas arbitrariedades do Poder Executivo e da diminuição dos demais Poderes, o Controle de Constitucionalidade teve pouca relevância na época.

Após o AI5, vários outros atos de exceção foram editados, transformando a Constituição de 1967 em letra morta. O Presidente Costa e Silva encarregou seu Vice-Presidente Pedro Aleixo de redigir uma emenda à Constituição de 1967 que se encontrava em desuso.

Em agosto de 1969 o presidente Arthur da Costa e Silva foi acometido de moléstia que lhe tornou inválido, sendo seu sucessor natural Pedro Aleixo. Porém, com o afastamento de

¹²¹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm>. Acesso em: 04 de dezembro de 2014.

¹²² FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito constitucional: teoria da constituição, as constituições do Brasil*. p. 133.

Costa e Silva, três ministros militares¹²³ assumiram o poder e editaram o Ato Institucional nº 12, de 31 de agosto de 1969¹²⁴, estabelecendo que, durante o impedimento do Marechal Arthur da Costa e Silva por motivo de saúde, suas funções de Presidente da República seriam exercidas pelos ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar.

Durante este governo dos ministros militares, foi editada a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969¹²⁵, incorporando diversos dispositivos à Carta de 67 e alterando diversos outros artigos. Tal emenda constitucional trouxe tamanha alteração no texto de 67 que é considerada pela quase unanimidade dos autores uma nova Constituição: a Constituição de **1969**. Tal como a de 1967, a Constituição de 1969 é instrumental, pois visa apenas dar fisionomia jurídica ao regime de poder que era de fato exercido pelos militares¹²⁶.

As principais características da Constituição de 1969 são as seguintes: a) fixação do mandato de Presidente da República em 5 anos (art. 75, §3º - depois alterado para 6 anos pela Emenda Constitucional nº 8, de 14/04/1977); b) eleições indiretas para Governadores de Estado no ano de 1970 (artigo 189 – posteriormente, a Emenda Constitucional nº 2, de 9 de maio de 1972 fixou as eleições para Governadores de Estado como indiretas em 1974); c) estabelecimento da pena de morte, prisão perpétua, de banimento e de confisco (artigo 153, §11).

Em suma, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967, manteve os sistemas então existentes de controle difuso e concentrado (este perante o STF e com legitimidade restrita ao Procurador Geral da República), o que não foi recheado de grandes mudanças com a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.

2.2 Atual Panorama do Controle de Constitucionalidade no Brasil

A Constituição de 1988 ampliou bastante o sistema de controle de constitucionalidade, tendo o Brasil desenvolvido uma jurisdição constitucional bastante sólida nesses mais de 26 anos de vigência da carta.

¹²³ General Lira Tavares, Almirante Rademaker Grunewald e Brigadeiro Sousa e Melo. (FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito constitucional: teoria da constituição, as constituições do Brasil*. p. 134.)

¹²⁴ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/AIT/ait-12-69.htm>. Acesso em: 06 de dezembro de 2914.

¹²⁵ BRASIL. Constituição do Brasil, de 24 de janeiro de 1967, com as alterações procedidas pela Emenda Constitucional de 17 de outubro de 1969. BECKER, Antônio; CAVALCANTI, Vanuza. *Constituições brasileiras de 1824 a 1988*. p. 205-259.

¹²⁶ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito constitucional: teoria da constituição, as constituições do Brasil*. p. 134.

Nos anos de 1983/1984, ocorreu um intenso movimento popular no Brasil em favor das eleições diretas e redemocratização, denominado “Diretas Já”. O regime militar mostrava sinais de fraqueza, com economia em baixa, altos índices de inflação e insatisfação popular com a repressão ditatorial que existia no país.

O movimento das diretas tinha como bandeira a aprovação de Proposta de Emenda à Constituição nº 5/1983, apresentada pelo Deputado Federal Dante de Oliveira e que pretendia alterar a Constituição de 1967 (ou de 1969)¹²⁷. Pela proposta, as eleições para Presidente e Vice-Presidente da República passariam a ser diretas, por sufrágio universal. Em apoio às eleições diretas e à volta da democracia, houve muitas manifestações em todo o país, com as pessoas saindo às ruas para protestar contra o regime militar.

Mesmo diante de toda a onda de manifestações, a Emenda Constitucional não foi aprovada pelo Congresso Nacional. De positivo, o movimento plantou na sociedade brasileira um sentimento indelével de que era chegado o momento da redemocratização.

Após diversos acordos políticos, Tancredo Neves é eleito Presidente da República no ano de 1985, ainda com eleição indireta, sendo José Sarney seu vice, ambos encampando a onda redemocratizadora. Daí encerrava-se o longo período de ditadura militar e iniciava-se a Nova República, pois Tancredo e Sarney foram eleitos pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), contrário ao Partido Democrático Social (PDS) – que lançara Paulo Maluf – e era o sucessor da ARENA (partido de sustentação do governo militar)¹²⁸.

Tancredo Neves era nome de consenso para liderar a transição pacífica para o regime democrático, com características de oposição moderada ao regime militar. Porém, adoece às vésperas de assumir o cargo, morrendo em 21 de abril de 1985, assumindo o cargo de Presidente da República José Sarney, antes apoiador do regime militar, mas que aderira à oposição, sendo o primeiro Presidente civil após o longo período militar e dando início à redemocratização do país¹²⁹.

¹²⁷ Texto da PEC nº 5/1983 pode ser acessada no sítio eletrônico <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrivendohistoria/diretas-ja/pec-no-5-de-1983-integra>>, que contém o Diário do Congresso Nacional de 19 de abril de 1983, em que foi publicada a referida PEC. Seu texto alterava a Constituição de 1967 (com a Emenda de 1969) nos artigos 74 e 148, fixando a eleição direta para Presidente de Vice-Presidente da República, com mandato de cinco anos, por sufrágio universal, que seria o voto direto e secreto.

¹²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Vinte anos da Constituição de 1988: o estado a que chegamos*. Revista de Direito do Estado Vol. 10, abr/jun. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. *passim*.

¹²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Vinte anos da Constituição de 1988: o estado a que chegamos*. *passim*.

Sarney encaminhou ao Congresso Nacional proposta de convocação de Assembleia Nacional Constituinte, sendo esta provada como Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985¹³⁰. Por essa emenda, os membros do Congresso Nacional (Deputados Federais e Senadores) reunir-se-iam unicameralmente em Assembleia Nacional Constituinte no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional (artigo 1º). A nova Constituição seria promulgada depois de aprovado seu texto em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos membros da Assembleia Nacional Constituinte (artigo 3º). Os membros da Constituinte foram os parlamentares escolhidos na eleição de 15 de novembro de 1986 e os senadores eleitos quatro anos antes¹³¹.

Em 1º de fevereiro de 1987, o Presidente do Supremo Tribunal Federal (à época José Carlos Moreira Alves) instalou a Assembleia Nacional Constituinte, cujo Presidente foi Ulisses Guimarães. Após 18 meses de muitos embates políticos e ideológicos, em 5 de outubro de 1988, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil.

Com a Constituição de 1988, o Brasil finalmente encontrou a estabilidade institucional¹³².

A Carta, batizada por Ulisses Guimarães de “Constituição Cidadã”, contemplou um Preâmbulo, 245 artigos inseridos em nove títulos e setenta disposições transitórias (ADCT – Atos das Disposições Constitucionais Transitórias). O Primeiro Título (artigos 1º a 4º) foi dedicado aos Princípios Fundamentais da nação, lançando as bases e princípios que fundamentam a República. O Segundo Título (artigos 5º a 17), batizado de Direitos e Garantias Fundamentais, contemplou os Direitos e Deveres individuais e coletivos, direitos sociais, direitos da nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos, lançando a base do exercício da cidadania e proteção ao ser humano. Sua previsão logo no início da Carta retrata a importância que a Constituinte deu ao tema, tido como central no debate hodierno.

O Título III (artigos 18 a 43) contemplou a Organização do Estado, prevendo a divisão político-administrativa entre União, Estados/DF e Municípios, e os princípios da administração pública. O Título IV (artigos 44 a 135) estabeleceu a Organização dos Poderes, prevendo como harmônicos e independentes entre si três Poderes: Legislativo, Executivo e

¹³⁰ Texto disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc26-85.htm>. Acesso em: 08 de janeiro de 2015.

¹³¹ BARROSO, Luís Roberto. *Vinte anos da Constituição de 1988: o estado a que chegamos*.

¹³² Idem.

Judiciário. Ao lado deste, a Constituição contemplou uma instituição forte considerada como o Quarto Poder: o Ministério Público, guardião da ordem e da lei.

Título V (artigos 136 a 144) intitulado Defesa do Estado e das Instituições Democráticas previu as forças de segurança pública, as forças armadas e os Estados de Defesa e de Sítio.

Todo o Título VI (artigos 145 a 169) contempla uma minuciosa prescrição do Sistema Tributário e das normas centrais sobre orçamento, sendo intitulado de Tributação e Orçamento. Ao longo do Título VI, estão também previstos diversos direitos fundamentais, como as garantias contra o excesso arrecadatório do Estado.

No Título VII (artigos 170 a 192) estão contempladas normas sobre Ordem Econômica e Financeira, lançando normas gerais para atividade econômica, a política urbana, agrícola, fundiária, de reforma agrária e as bases do Sistema Financeiro Nacional.

No Título VIII (artigos 193 a 232) são lançadas as diretrizes sobre a Ordem Social, contemplando normas da Seguridade Social (Saúde, Previdência Social, Assistência Social), normas sobre Educação, Cultura e Desporto, normas sobre Ciência e Tecnologia, Comunicação Social, Meio Ambiente, Família e Índios.

O Título IX (artigos 233 a 250¹³³) traz normas gerais constitucionais, sendo o ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) um arcabouço de normas criadas para preparar a chegada de uma nova ordem constitucional, compatibilizando-a com as normas anteriores e com a fase de transição¹³⁴.

No âmbito do Controle de Constitucionalidade, a Constituição de 1988 “manteve o sistema eclético, híbrido ou misto, combinando o controle por via incidental e difuso (sistema americano), que vinha desde o início da República, com o controle por via principal e concentrado, implantado com a EC n. 16/65 (sistema continental europeu)”¹³⁵. Numerosas foram as inovações trazidas.

A mais destacada veio prevista no artigo 103, que ampliou o rol de legitimados a propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade. Antes, como demonstrado acima, apenas o

¹³³ Atualmente, com 84 Emendas à Constituição (a última promulgada em 2 de dezembro de 2014), não são mais os originais 245 artigos da Constituição, mas sim 250, fora diversas outras alterações em seu texto e no ADCT.

¹³⁴ Interessante notar que o ADCT, originalmente com setenta artigos, atualmente contempla 98 artigos, frutos das atualmente 84 Emendas à Constituição, que criaram regras de transição muito depois de passada a transição, desvirtuando sua razão de ser.

¹³⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 58.

Procurador Geral da República detinha poderes para iniciar o processo concentrado de controle de constitucionalidade das leis perante o Supremo Tribunal Federal. Com a modificação, obtiveram direito de ingressar com ADI: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa, o Governador de Estado, o Procurador Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Partido Político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Posteriormente, com a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, a redação do artigo 103 foi alterada para incluir a legitimação também à Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC – e acrescer, entre os legitimados, Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal e o Governador do Distrito Federal¹³⁶.

Essa ampliação no rol dos legitimados para propor ADI, decorrente de discussões anteriores pela crítica ao monopólio do Procurador Geral da República, também revela a intenção do Constituinte de demonstrar o papel de centralidade do controle abstrato como instrumento de correção das questões de inconstitucionalidade. Por outro lado, essa ampliação dos legitimados acabou por diminuir, de certa forma, o papel do controle difuso, pois as ações de controle abstrato, via de regra, possuem eficácia mais expedita, por serem gerais e diretamente no órgão de cúpula do Judiciário.

A citada Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC – foi criada com a Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 17 de março de 1993¹³⁷. Na verdade, o objeto processual contido na decisão da ADC é semelhante ao resultado da ADI quando há improcedência da demanda, pois declara-se constitucional a norma com a improcedência da ação. Na ADC, o objeto direto da demanda é a declaração de constitucionalidade da norma sobre a qual paira graves dúvidas de inconstitucionalidade. Sua improcedência acarretará, por sua vez, a declaração de inconstitucionalidade da norma, resultado obtido com o ingresso direto da ADI. A restrição de

¹³⁶ A redação original da Constituição não previa a Ação Declaratória de Constitucionalidade. Apenas em 1993, por meio da Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 17/03/1993, foi prevista a ação, mas seu texto limitava a legitimidade para ADC ao Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados e Procurador Geral da República. Já a previsão de ingresso da ADI pela Mesa da Câmara Legislativa do DF e pelo Governador do DF já estavam previstos desde a Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, sendo apenas explicitada pela EC 45/04.

¹³⁷ “Acolhendo sugestão contida em estudo que elaboramos juntamente com o Professor Ives Gandra, o Deputado Roberto Campos apresentou proposta de Emenda Constitucional que instituía a ação declaratória de constitucionalidade”. (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1055)

legitimados para propor ADC inicialmente estabelecida pela EC nº 3/1993 foi, posteriormente, ampliada com a Emenda Constitucional nº 45/2004.

Outra modificação importante foi a criação de mecanismos de controle de constitucionalidade da omissão, tais como a ADI por Omissão (art. 103, §2º)¹³⁸ e o Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI)¹³⁹.

Renovou-se a previsão de Ação Direta de Inconstitucionalidade em âmbito estadual, previsão trazida no artigo 125, §2º¹⁴⁰, como representação de inconstitucionalidade.

A Constituição também previu um mecanismo denominado de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, em seu artigo 102, §1º¹⁴¹, regulamentado pela Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999:

Art. 102. (...)

§1º. A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

A ADPF veio suprir uma lacuna ainda existente no sistema de controle brasileiro. Com a nova sistemática adotada pelo direito brasileiro, o controle concentrado (diretamente no STF) foi amplamente reforçado e passou a dar respostas mais rápidas às questões de inconstitucionalidade. Porém, ainda havia um hiato, uma lacuna onde o controle concentrado não alcançava: “interpretação direta de cláusulas constitucionais pelos juízes e tribunais, direito pré-constitucional, controvérsia constitucional sobre normas revogadas, controle de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição Federal”¹⁴². Esse espaço somente seria alcançado pelo controle difuso, o que, com a demora até que se obtivesse a

¹³⁸ Art. 103. (...) §2º. Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

¹³⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

¹⁴⁰ Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

(...)

§ 2º - Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

¹⁴¹ Referido dispositivo tinha previsão originária como parágrafo único ao artigo 102, posteriormente renumerado para §1º por força da Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 17/03/1988.

¹⁴² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1056.

resposta definitiva do STF com os recursos do processo civil, ocasionava o fenômeno devastador das guerras de liminares.

Diante dessa conjuntura, tenho enfatizado sistematicamente que a ADPF vem completar o sistema de controle de constitucionalidade de perfil relativamente concentrado no Supremo Tribunal Federal, uma vez que as questões, até então excluídas de apreciação no âmbito do controle abstrato de normas, podem ser objeto de exame no âmbito do novo procedimento.¹⁴³

O controle difuso, por sua vez, continuou com previsão expressa, com significado parecido com o contemplado desde a primeira constituição republicana, de 1891, na previsão de cabimento de recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal em casos de declaração de inconstitucionalidade de leis (artigo 102, III). Dessa previsão de Recurso Extraordinário decorre a expressa previsão de que quaisquer juízes poderão declarar leis inconstitucionais, o que contempla adequadamente o sistema difuso. Também é reforçada a noção de cabimento do sistema difuso com a previsão do artigo 52, X, da Constituição ao prever competência do Senado Federal de suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

A Constituição manteve, também, a previsão de Ação Direta Interventiva, prevista no artigo 36. Trata-se de controle de constitucionalidade por via concreta (diferentemente da abstrata da ADI e ADC), dando-se, porém, por via concentrada diretamente no Supremo Tribunal Federal pelo Procurador Geral da República, destinada a aferir a compatibilidade de atos estaduais com os denominados princípios sensíveis da Constituição da República. A representação interventiva constitui pressuposto para a decretação de intervenção federal em Estados a ser executada pelo Presidente da República.

Portanto, há no Brasil o controle incidental, exercido de modo difuso por todos os juízes e tribunais, e o controle principal, por via de ação direta, de competência concentrada no Supremo Tribunal Federal, consoante o seguinte elenco:

- a) ação direta de inconstitucionalidade (genérica) (art. 102, I, a);
- b) ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º);
- c) ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a);
- d) ação direta interventiva (art. 36, III);

¹⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1060.

e) arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º).¹⁴⁴

Por não se tratar do objeto de estudo dessa pesquisa, não será aprofundado o tão instigante conteúdo das diversas formas de controle no Brasil, limitando-se, aqui, a tecer esse panorama sobre o sistema atualmente existente no Brasil. E, com a análise de todo esse arcabouço jurídico prevendo amplo controle de constitucionalidade das leis, pode-se concluir que o Brasil se destaca no cenário internacional como um país onde é amplo e bem desenvolvido o sistema de controle.

Com esta breve incursão histórica, observa-se que, inicialmente, o direito brasileiro do Império não previu controle de constitucionalidade de leis. “A influência francesa ensejou que se outorgasse ao Poder Legislativo a atribuição de ‘fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las’, bem como ‘velar na guarda da Constituição’ (art. 15, n. 8º e 9º)¹⁴⁵”. Em seguida, com a constituição de 1891 e a proclamação da república pouco antes, iniciou-se grande influência do direito dos Estados Unidos e passou-se a prever o sistema de controle difuso, de modo semelhante ao *judicial review* estadunidense, sofrendo grande influência de Rui Barbosa.

Em momento de largo viés autoritário (época da Constituição de 1937) passou-se à previsão de que as decisões sobre constitucionalidade de leis poderiam ser submetidas, pelo Poder Executivo, ao Parlamento, que poderia torná-las ineficazes. Observa-se que essa previsão constitucional não contemplou uma mudança de entendimento ou matriz doutrinária sólida, mas apenas por interesse da elite governante da época (Getúlio Vargas) de controlar todos os demais poderes. Não foi mantida em nenhuma outra Constituição.

Em seguida, observa-se que a evolução do controle de constitucionalidade de leis, no Brasil, continuou seu curso normal, tendo, em 1946, voltado à previsão do controle difuso pleno e, em 1965 (Emenda Constitucional nº 16), com previsão de controle concentrado, incorporando, ainda que tardiamente, a doutrina europeia do controle. Como bem lembrado acima, curiosamente essa previsão ocorreu após o Golpe/Revolução Militar de 1964, quando o Brasil vivia uma ditadura e era governado por militares não eleitos pelo povo.

¹⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 59-60.

¹⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1033.

3 QUEM DEVE SER O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO

Após subsidiar o leitor nos capítulos antecedentes, finalizar-se-á a pesquisa sobre quem deve ser o guardião da Constituição no Brasil.

O debate é antigo e ganha notoriedade com dois grandes nomes na literatura jurídica mundial: Hans Kelsen e Carl Schmitt. Tais autores teceram acalorado debate na época do nascimento e crescimento do nazismo na Europa, tendo suas conclusões subsidiado estudiosos do mundo inteiro deixando herança para a maioria das legislações sobre o tema mundo afora.

No final desse estudo, analisar-se-á o debate nos dias atuais, especificando qual melhor posição, para o Brasil, acerca do guardião da Constituição.

3.1 O debate na Alemanha: a polêmica entre Kelsen e Schmitt

Antes de mergulhar no rico debate entre Kelsen e Schmitt é importante que seja feito um corte epistemológico para melhor guiar o estudo.

As obras de Hans Kelsen e de Carl Schmitt são muito ricas e povoadas de extenso conteúdo científico, obras de extrema diversidade de temas, as quais abordam inúmeras ideias e levam o leitor a meditar sobre diversos caminhos da ciência. Porém, apenas alguns pontos são de interesse direto do estudo.

A abordagem pretendida analisará especificamente o debate sobre o Guardião da Constituição entre Kelsen e Schmitt, sem adentrar nos demais campos de seus estudos, evitando divagações acerca do tema proposto.

Volte-se ao debate.

Conforme dito, um importante capítulo nos estudos sobre controle de constitucionalidade e sobre quem deve ser o Poder guardião da constituição foi escrito na Europa dos anos imediatamente anteriores à 2ª Guerra Mundial. O debate publicista do direito dos anos da República de Weimar (1918-1933) travado entre Hans Kelsen, Carl Schmitt, Rudolf Smend e Herman Heller pontuou o estudo das concepções de Estado e Constituição¹⁴⁶. Um dos debates mais completos e interessantes ocorreu entre Carl Schmitt e Hans Kelsen sobre quem deveria ser

¹⁴⁶ BERCOVICI, Gilberto. *Carl Schmitt, o estado total e o guardião da Constituição*. Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo, n. 1, jan./jul., 2003. p. 195-201.

o Guardião da Constituição: o Tribunal Constitucional (nos moldes do controle concentrado introduzido por Kelsen na Constituição da Áustria de 1920) ou o Presidente da República (eleito pelo povo).

“A controvérsia sobre a jurisdição constitucional, ápice de uma disputa entre dois dos mais notáveis juristas europeus do início do século XX, mostra-se relevante ainda hoje. O debate sobre o papel a ser desempenhado pelas Cortes Constitucionais, atores importantes e, às vezes, decisivos da vida institucional de inúmeros países da atualidade, obriga os estudiosos a contemplarem as considerações de Schmitt (e, inequivocamente, as reflexões de Kelsen) a propósito do tema. Como se sabe, tais controvérsias manifestam-se sob formas diversas, referindo-se aos limites da jurisdição constitucional, à jurisdição constitucional e democracia, à jurisdição constitucional e política, à jurisdição constitucional e divisão de poderes, para ficarmos em alguns exemplos que têm ocupado a moderna teoria constitucional.”¹⁴⁷.

Carl Schmitt inicia o debate com a publicação, em 1924, do texto “Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Artikel 48 der Weimar Verfassung¹⁴⁸” (em tradução livre seria “A ditadura do Presidente do Reich sob o artigo 48 da Constituição de Weimar”). Em 1929, Schmitt publicou o texto com o título “Das Reichsgerichts als Hüter der Verfassung¹⁴⁹” (em tradução livre seria “A Suprema Corte como Guardiã da Constituição”). Finalmente, em 1931, Carl Schmitt funde seus dois textos anteriores, amplia o estudo¹⁵⁰ e publica-os sob o título de “O Guardião da Constituição” (título original de “Der Hüter der Verfassung”)¹⁵¹.

¹⁴⁷ SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Título original: *Der Hüter der Verfassung*. Apresentação de Gilmar Mendes, p. XV.

¹⁴⁸ “Este texto foi apresentado na reunião da Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Associação dos Professores Alemães de Direito Público), em Jena, no ano de 1924, e republicado como apêndice ao livro de Schmitt sobre a ditadura. Vide Carl Schmitt, *Die Diktatur: Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, 6. ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1994, p. 211-257.” (BERCOVICI, Gilberto. *Carl Schmitt, o estado total e o guardião da Constituição*. Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo, n. 1, jan./jul., 2003. p. 199)

¹⁴⁹ “Publicado na obra coletiva *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben – Festgabe der Juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts (1. Oktober 1929)*, Berlin/Leipzig, Walter de Gruyter & Co., 1929, v. 1, p. 154-178, e republicado na coletânea Carl Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954: Materialien zu einer Verfassungslehre*, 3. ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1985, p. 63-109.” (BERCOVICI, Gilberto. *Carl Schmitt, o estado total e o guardião da Constituição*. Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo, n. 1, jan./jul., 2003. p. 199)

¹⁵⁰ BERCOVICI, Gilberto. *Carl Schmitt, o estado total e o guardião da Constituição*. Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo, n. 1, jan./jul., 2003. p. 195.

¹⁵¹ SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Título original: *Der Hüter der Verfassung*.

Schmitt, em seus escritos, defendia a tese de que o Presidente do *Reich* deveria ser o legítimo Guardião da Constituição. Este, por ser eleito pela totalidade do povo alemão, teria a função de guardar e defender a unidade e totalidade constitucionais deste povo. Schmitt entendia que democracia seria uma decisão política homogênea do povo alemão, o que reforçaria seu argumento.

Logo na introdução de seu livro, Schmitt levanta um panorama das variadas possibilidades e tipos de tutela constitucional, lembrando a experiência inglesa após a morte de Cromwell (1658), nas constituições da Pensilvânia e da Revolução Francesa. Na França, a Constituição do ano VIII (1799) previa um Senado como guardião da Constituição.¹⁵² Afirma que, após a Constituição de Weimar, os alemães interessaram-se pelas garantias ali previstas e passou-se a indagar qual o adequado guardião e defensor da carta. Schmitt reconhece que quase a totalidade das propostas, até aquele momento, partiram do princípio de que um tribunal deveria decidir, em um processo judicial, divergências a respeito da constitucionalidade das leis do *Reich*. Porém, afirma que tal tendência era influenciada por “juristas da justiça” que desconsideravam “por completo a diferença fundamental entre uma decisão processual e a decisão de dúvidas e divergências de opinião sobre o conteúdo de uma determinação constitucional”¹⁵³. Tais teorias, para Schmitt, desnaturavam o problema por procurar o guardião da Constituição no território da justiça desconsiderando em parte o próprio assunto, sendo decorrentes de resíduos do período anterior à primeira guerra e, na fadiga da primeira década após o colapso, resolveram por adotar a “solução austríaca” sem discutir o significado objetivo de tais implicações¹⁵⁴. Seria necessário analisar o tema no contexto do direito público e constitucional alemão, sob a advertência de que o guardião se torna facilmente senhor da Constituição, correndo perigo de um duplo chefe de Estado.

Na primeira parte do seu livro, Carl Schmitt dedica-se a desqualificar o Poder Judiciário como protetor da Constituição¹⁵⁵. Schmitt destaca vários limites ao papel dos tribunais como guardiães da Constituição, como o fato de ser o controle judicial um controle a posteriori.

¹⁵² SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Título original: *Der Hüter der Verfassung*. p. 2.

¹⁵³ SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Título original: *Der Hüter der Verfassung*. p.5.

¹⁵⁴ SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Título original: *Der Hüter der Verfassung*. p. 8.

¹⁵⁵ BERCOVICI, Gilberto. *Carl Schmitt, o estado total e o guardião da Constituição*. Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo, n. 1, jan./jul., 2003. p. 195-201.

Também seria um controle acessório, pois se exercitaria de maneira incidental por sentenças judiciais. Sentença judicial, para Schmitt, é a subsunção do fato à norma e precisa ser determinada previamente pela lei. Para ele, o Poder Judiciário não pode estar acima do legislador e da lei. Entende que o controle judicial de constitucionalidade somente poderia existir em um Estado Judicialista, quando toda a vida política fosse submetida ao controle dos tribunais. Muito dessa resistência schmittiana ao controle judicial de constitucionalidade deve-se à sua concepção de Constituição, que somente seria válida se decorrente de um poder constituinte livremente estabelecido por sua vontade. A norma vale apenas porque está positivada e ordenada em decorrência de uma vontade existente, e a unidade e ordenação da Constituição existem apenas por haver unidade política de um povo. Uma Constituição não proveniente da vontade política de um povo equipara-se às demais leis constitucionais, é uma constituição formal.

Segundo o autor, a tendência de apresentar tribunais sentenciadores como garantidores da Constituição pode ser explicada a partir das ideias difundidas sobre o Supremo Tribunal dos Estados Unidos. Schmitt afirma que a suprema corte norte-americana é um tribunal imbuído de clara consciência de seu papel como instância sentenciadora, rejeitando todo parecer político ou legislativo ao qual lhe submeta, sendo capaz de fazê-lo, pois se apresenta como guardião da ordem social e econômica indiscutível pelo Estado. Porém, diante da conjuntura da crise alemã da época da República de Weimar, o autor afirma que um tribunal com tais características na Alemanha não possuiria o poder de impor seu entendimento sobre determinadas matérias mais delicadas. O direito de exame judicial do juiz alemão baseia-se no oposto de qualquer superioridade do juiz, mas em uma espécie de estado de emergência do juiz quando se apresentam dispositivos legais contraditórios e este é obrigado a decidir um caso concreto aplicando apenas um deles. Essa função não torna o Poder Judiciário um Guardião da Constituição. Em um Estado que não é puro Estado de Justiça ela não pode exercer tais funções: a justiça permanece vinculada à lei¹⁵⁶.

O segundo capítulo apresenta as ações atribuídas ao Poder Judiciário na função de proteção da Constituição. Schmitt informa que essa pergunta não surgiu no período pós-primeira guerra mundial por alguns motivos. Primeiro, por uma ideia mal concebida do Estado de Direito, que estabeleceria como ideal a resolução judicial de todas as questões políticas. Outra razão para

¹⁵⁶ SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Título original: *Der Hüter der Verfassung*. p 31.

colocar-se a Justiça como guardião da Constituição reside no fato de que, àquela época, lutava-se pela proteção constitucional frente ao Poder Legislativo. Assim, o seu provável usurpador não pode ser seu guardião. Schmitt entende que não se procurou o guardião na esfera do Executivo porque ainda havia a secular luta da Constituição com o Governo. Então pergunta:

“o quanto é possível constituir o guardião da Constituição dentro da esfera da justiça? Pode a função de um guardião da Constituição ser, fundamental e geralmente, cumprida judicialmente? E tal atividade, mesmo se seu exercício for envolto por uma aparência de estrutura judicial, é, no caso, ainda justiça e a estrutura judicial algo diferente da enganosa dissimulação de poderes diferentes e, em todo caso, de grande importância política?”¹⁵⁷

Por sua ótica, havia uma alternativa simples para qualquer tribunal no exercício da questão constitucional: *ou* existe uma evidente violação constitucional a ser comprovada pelo tribunal e este exerceria um tipo repressivo de jurisdição declarando alguém violador por feitos passados *ou* o caso é obscuro e duvidoso (por motivos reais ou pela própria incompletude de toda Constituição) e não há nenhuma questão de direito, sendo a decisão do tribunal diferente de decisão judicial. A lógica da estrutura judicial consiste no fato de que qualquer decisão judicial verdadeira somente ocorra após o evento. Tentar corrigir essa “desvantagem” obrigará o juiz a tomar medidas políticas, tornando-se politicamente ativo e tendo sua independência judicial comprometida (pois deverá responder politicamente). “É indubitável que a justiça, enquanto permanecer justiça, sempre chega tarde politicamente e ainda mais quando a forma do processo, no Estado de Direito, foi minuciosa e cuidadosa, mantido sob os auspícios de jurisdição”¹⁵⁸.

Schmitt inicia seu terceiro capítulo com reafirmações de seu entendimento sobre separação de poderes e papel do Poder Judiciário. Para ele, “não há Estado de Direito sem uma justiça independente, não há justiça independente sem vinculação material a uma lei e não há vinculação material à lei sem diversidade objetiva entre lei e sentença judicial”¹⁵⁹. A função do Judiciário pode ser questionada sob diversos aspectos, mas é indene de dúvidas que não se pode outorgar-lhe a decisão política, pois esta é afeita ao Poder Legislativo. Afirma que a divisão de

¹⁵⁷ SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Título original: *Der Hüter der Verfassung*. p. 38-39.

¹⁵⁸ SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Título original: *Der Hüter der Verfassung*. p. 48.

¹⁵⁹ SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Título original: *Der Hüter der Verfassung*. p. 55.

poderes configura designação imprecisa, pois há dificuldades de delimitação entre as funções estatais e a possibilidade de haver entrecruzamento dos limites de cada função estatal, podendo até mesmo não existir a tradicional tripartição de poderes, mas outras tantas quantas imagináveis divisões. Mas essa possibilidade não permite menosprezar as diferenças entre os tradicionais três poderes e que a existência de uma Constituição anda lado a lado com a diferenciação objetiva entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

No Estado de Direito somente se pode falar em Justiça e sentença judicial fundada em uma lei. Essa fórmula *com base em uma lei* expressa a diferença intrínseca entre legislador e juiz. Embora haja vários modelos de separação de poderes, sempre ocorrerá diferença entre sentença e lei, pois ambas diferenciam-se no fato de que a sentença é uma decisão de um caso concreto com base em uma lei. O juiz, dessa forma, ocupa uma posição especial no Estado de Direito (independência, posicionamento acima das partes e inamovibilidade¹⁶⁰) exatamente porque decide fundado em uma lei anterior e sua decisão deriva de outra decisão já contida na lei. Schmitt observa que trocas inadequadas de conceitos implicam afirmações de que tudo o que for decidido por juízes independentes é justiça, então se todos os litígios constitucionais e divergências de opiniões forem decididos por juízes independentes teremos uma justiça constitucional. Mas ele acrescenta que tal conclusão é equivocada e tratar-se-ia apenas de justiça formal, não materialmente falando.

Schmitt afirma que o despropósito desse tipo de lógica revela-se também no problema do guardião da Constituição. Segundo ele, uma lei não pode ser guardiã de outra. A lei mais fraca não pode, naturalmente, proteger ou guardar uma lei mais forte, mas o contrário, sim seria possível: uma lei com procedimento de alteração dificultoso poderia guardar uma lei ordinária? Tal problema não surgiria caso uma norma pudesse se autoprotger. Ele reconhece que normas podem ser mais fortes ou mais fracas e que as normas, em geral, podem entrar em colisão, necessitando de solução. Na questão do guardião da Constituição, temos o debate sobre a proteção de norma mais forte por uma norma mais fraca. Sob o ponto de vista formalístico, isso não representa um problema, pois a validade da norma mais forte não se submete à mais fraca. Para ele, não se poderia chamar de Justiça Constitucional uma justiça de norma sobre outra norma.

¹⁶⁰ SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Título original: *Der Hüter der Verfassung*. p. 56.

Aplicar uma norma na análise de outra é bem diferente de se aplicar uma norma na solução de um fato. No primeiro caso, havendo colisões e contradições, uma norma suprime outra. No segundo, o caso concreto é subsumido aos conceitos gerais e ao tipo legal. Schmitt observa que, se existe uma contradição manifesta e indubitável entre uma norma ordinária e uma norma constitucional, o tribunal está apto a punir essa violação. Porém, se há dúvida justificável sobre o conteúdo de tal norma, então o tribunal, ao realizar esse cotejo estará realizando verdadeira interpretação autêntica e todo órgão que torna um conteúdo legal duvidoso fora de dúvida está atuando como verdadeiro legislador: “Caso ela coloque o conteúdo duvidoso de uma norma constitucional fora de dúvida, então ela atua como legislador constitucional”¹⁶¹.

Para Schmitt, trata-se de “ingênua crença” o argumento de que a fundamentação de decisões judiciais proferidas por tribunais teria o condão de transformar uma inconstitucionalidade duvidosa em inconstitucionalidade óbvia para todos. O sentido de uma norma não está na argumentação dominante, mas na “eliminação autoritária da dúvida”¹⁶². Quando um tribunal entra nessa seara, ele age tal qual um constituinte em função altamente política.

“(…) o guardião da Constituição tem que ser independente e político-partidariamente neutro. *No entanto, abusa-se dos conceitos de estrutura judicial e jurisdição, assim como da garantia institucional do funcionalismo de carreira alemão, quando, em todos os casos, nos quais, por motivos práticos, surgem independência e neutralidade como oportunas ou necessárias, pretende-se logo introduzir um tribunal e uma estrutura judicial lotados com juristas funcionários de carreira.* Tanto a justiça quanto o funcionalismo de carreira receberão uma carga insuportável se todas as tarefas e decisões políticas, para as quais forem desejadas independência e neutralidade político-partidária, se amontoarem sobre eles. Além disso, a instituição de semelhante guardião da Constituição seria diretamente confrontada com a consequência política do princípio democrático. Perante o direito real em baixar decretos, o direito de exame judicial pôde ter sucesso político no século XIX, tanto na França quanto nas monarquias constitucionais alemãs. Hoje, a frente da justiça não estaria mais direcionada contra um monarca, mas contra o parlamento, isso significa uma grave mudança funcional da independência judicial. Também aqui caiu a antiga separação entre Estado e sociedade e não se pode simplesmente transferir as fórmulas e os argumentos do século XIX à situação política e

¹⁶¹ SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Título original: *Der Hüter der Verfassung*. p. 67.

¹⁶² SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Título original: *Der Hüter der Verfassung*. p. 68.

socialmente totalmente transformada do século XX. A necessidade de instituições estáticas e de um contrapeso para o parlamento é hoje na Alemanha um problema de características bem diferentes do controle do monarca naquele tempo. Isso é válido tanto para o direito judicial de exame, geral e difuso, quanto para o controle concentrado em uma única instância. A partir da concentração de todos os conflitos constitucionais em um único tribunal composto por funcionários de carreira inamovíveis e, nessa base, independente, seria criada uma segunda câmara, cujos membros seriam funcionários de carreira. Nenhuma estrutura judicial poderia ocultar o fato de que se trataria, em tal tribunal do Estado ou constitucional, de uma instância de alta política dotada de poderes legislativos constitucionais. Do ponto de vista democrático, seria praticamente impossível transferir tais funções a uma *aristocracia da toga*¹⁶³.

Descartada por Schmitt a possibilidade de o Poder Judiciário ser o guardião da Constituição, ele segue na análise de uma segunda tese possível: o Parlamento. Schmitt afirma que o Estado Liberal clássico é um Estado dualista, dividido entre Governo e Legislativo, e se torna cada vez mais um Estado legislativo (“Gesetzgebungsstaat”), com o primado do Parlamento sobre os demais poderes políticos. Este Estado liberal legislativo chama-se Estado antipolítico.

Para Schmitt, o parlamentarismo torna-se inviável com a consolidação da democracia de massas, pois não haveria nenhuma força política capaz de colocar-se acima das forças sociais que se digladiam no Parlamento. Tentando comprovar sua tese, Schmitt escreve longos capítulos explicando uma falência e a ocorrência de vícios no pluralismo característico dos estados democráticos. Nesse contexto, apresenta três conceitos importantes: pluralismo, policracia e federalismo¹⁶⁴. O Federalismo caracterizaria uma justaposição e a cooperação existentes dentro de uma organização federal base formadas por uma maioria de estados com múltiplas formas. Pluralismo seriam os complexos sociais de poder organizados de forma sólida e estendidos por todas as áreas do Estado. Policracia constituía-se numa maioria de detentores da economia pública, sendo juridicamente autônomos, limitando a vontade estatal¹⁶⁵.

¹⁶³ SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Título original: *Der Hüter der Verfassung*. p. 227/228.

¹⁶⁴ SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Título original: *Der Hüter der Verfassung*. p. 105.

¹⁶⁵ “(...) o pluralismo designa o poder de várias grandezas sociais sobre a volição estatal; a policracia é possível com base em uma retirada do Estado e em uma autonomização perante a vontade estatal; no federalismo reúnem-se ambos na antítese formulada por Carl Bilfinger, influência na violação do Reich e liberdade do Reich na esfera da própria independência e autonomia.” (SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Título original: *Der Hüter der Verfassung*. p. 105-106).

A noção vigente versava sobre um parlamento detentor da função de guardião da Constituição, com a característica de Estado legiferante. Mas, segundo Schmitt, essa posição do Parlamento foi possível apenas em uma situação específica, em que o legislativo se mostrava o representante do povo em contraponto ao poderoso Estado funcionário. Tal conjuntura não mais existia na época de seu escrito, pois ruía a dualidade entre Estado/sociedade. Houve a evolução do Estado absolutista dos séculos XVII e XVIII, Estado neutro, Estado liberal do século XIX e, finalmente, o Estado total, onde haveria identidade total entre Estado e sociedade. À sua época, Schmitt entendia ser o Estado uma auto-organização da sociedade.

Pensou-se, inicialmente, que os partidos políticos seriam os titulares da auto-organização da sociedade, mas a prática demonstrou, ainda segundo Schmitt, que eles não atingiam tal objetivo. Ademais, a Constituição do *Reich* praticamente desconsiderava a existência de partidos políticos, identificando-os a um produto sociologicamente pouco sólido e até mesmo volúvel. O parlamento deveria ser o local onde os antagonismos sociais são transformados, por meio do debate, em uma unidade da vontade política. Mas a prática impõe uma diferente aplicação dos partidos, em que acabam por negociar poderes populares e, “em vez de uma vontade estatal, dá-se apenas uma adição de interesses momentâneos e especiais, mirando para todos os lados”¹⁶⁶. A maioria é sempre uma maioria de coalizão, formada segundo a área do debate político, resultando num “instável Estado partidário de coalizão”¹⁶⁷. Daí surgem um sem-número de defeitos: maiorias não calculadas com precisão, governos incapazes de governar devido às promessas, acordos partidários celebrados em dissonância com o interesse público, distribuição de cargos segundo a força do partido. Nesse contexto, é desaconselhável falar-se na soberania do parlamento.

A fé no parlamento faz-se fruto do liberalismo, não da democracia. Para Schmitt, a ocupação pluralista do Estado priva-o de direção, integridade ou unidade na política econômica: o Parlamento seria incapaz de lidar com as crises econômicas bem como de ser o Guardião da Constituição.

O denominado por Schmitt de “Estado-funcionário” (funcionalismo público de carreira) compõe um fator considerável para atingir uma objetividade imparcial. Todavia, por

¹⁶⁶ SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Título original: *Der Hüter der Verfassung*. p. 129.

¹⁶⁷ SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Título original: *Der Hüter der Verfassung*. p. 129.

mais efetivos que sejam, não conseguem gerar, por si sós, um governo estável e capaz de governar. Pela própria natureza da matéria, o funcionalismo público de carreira é competente para a justiça e a administração. A ele não é dado, por impropriedade de suas funções, tomar decisão política: exerce o poder neutralizador, não, porém, de forma a exarar decisões discricionárias no sentido amplo¹⁶⁸.

Daí não seria possível confiar à Justiça, formada por tribunais ou juízes de carreira, a tomada de decisões políticas. Segundo Schmitt, os juristas tentam criar um “Estado pericial e parecerista (experto) neutro¹⁶⁹”, no qual as decisões políticas sejam cedidas a especialistas em cada área (exemplo dos administradores, financistas, economistas). Ocasionalmente, uma boa alternativa seria conferir decisão a peritos independentes, mas, para ele, não se pode obter decisões políticas dessa forma, pois, havendo sérios conflitos com suas posições, a autoridade do parecerista (que se fundamenta em seus argumentos técnicos) sucumbiria a fortes interesses contrários. O mesmo efeito dar-se-ia se transferíssemos a decisão política à justiça, composta de funcionários de carreira: com o passar do tempo, a intencionada objetivação e neutralidade seriam substituídas por uma politização partidária do poder que até então era neutro¹⁷⁰. Os detentores reais do poder político facilmente influenciariam na composição dos cargos de juízes ou pareceristas que seguissem sua posição política, tornando as decisões desses órgãos um meio cômodo de exercício da sua decisão política.

A teoria central de Schmitt sobre quem deve ser o Guardião da Constituição apresenta-se na terceira e última parte de sua obra, na qual afirma que apenas o Poder Executivo, na figura do Presidente do *Reich*, dotado de poderes discricionários previstos no artigo 48 da Constituição de Weimar¹⁷¹, seria capaz de tomar decisões necessárias para tal controle. Tão-somente uma autoridade política estável, situada fora da luta dos partidos políticos e demais forças sociais, poderia voltar a garantir liberdade de decisão diante da religião e da vida privada. As violações da Constituição, em Schmitt, podem ser solucionadas por um poder político máximo, situado acima de todos os outros (uma espécie de Soberano do Estado), ou por um

¹⁶⁸ SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Título original: *Der Hüter der Verfassung*. p. 149.

¹⁶⁹ SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Título original: *Der Hüter der Verfassung*. p. 150.

¹⁷⁰ SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Título original: *Der Hüter der Verfassung*. p. 159.

¹⁷¹ Texto da Constituição do Reich de 11 de agosto de 1919, da Alemanha, traduzido para o inglês, disponível em: <http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php#Fifth_Chapter>. Acesso em 17 de fevereiro de 2015.

órgão não superior aos outros, mas com função de coordenar os demais poderes (um Poder Neutro, “*pouvoir neutre*”). Esse Poder Neutro situar-se-ia no mesmo nível dos demais poderes, porém detendo atribuições especiais para garantir o funcionamento dos demais poderes e da própria Constituição.

As divergências ocorridas entre os titulares dos poderes políticos não podem ser decididas judicialmente se não forem decorrentes de violações constitucionais abertas. Para Schmitt, há duas alternativas: a) ou são dirimidas por um poder político mais forte situado acima dos poderes divergentes (neste caso não haveria um guardião da Constituição, mas um soberano do Estado), b) ou são conciliadas por meio de um órgão com relação de coordenação, um terceiro poder neutro (*pouvoir neutre*) localizado ao lado dos demais poderes constitucionais, mas com poderes de decisão singulares.

O autor cita a teoria do *pouvoir neutre* de Benjamin Constant, no Século XIX, com a luta da burguesia francesa por uma Constituição contra o bonapartismo e a monarquia e afirma que a teoria foi aplicada literalmente na Constituição brasileira de 25 de março de 1824 (com o poder moderador previsto no artigo 98) e na Constituição portuguesa de 29 de abril de 1826 (poder moderador previsto no artigo 71)¹⁷².

Essa função peculiar de terceiro neutro não deve ser constituída em atividade contínua de comando, mas apenas intermediária, defensora e reguladora, somente sendo ativada em casos de emergência, não podendo concorrer com outros poderes.

Na Constituição de Weimar, Schmitt identifica esse poder como sendo o do Presidente do Reich, independente do Parlamento, eleito por toda a nação e dotado dos poderes especiais do art. 48 da Constituição. O Presidente do Reich poderia conduzir a política independentemente dos partidos, na medida em que as tendências pluralistas dificultassem ou impossibilitassem o funcionamento normal do Estado Legislativo. Ao invés de apoiar a criação de um Tribunal Constitucional que decidisse sobre as questões políticas e constitucionais, Schmitt afirma que a solução está prevista no próprio texto da Constituição de Weimar: o guardião da Constituição seria o Presidente do Reich.

Ademais, o papel do Presidente do Reich como Guardião da Constituição atenderia ao princípio democrático, pois ele era eleito diretamente por todo o povo alemão. Assim, ele seria

¹⁷² SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Título original: *Der Hüter der Verfassung*. p. 195.

o centro de um sistema plebiscitário e seria capaz de fazer frente ao pluralismo dos grupos sociais e econômicos existentes no Parlamento. Dessa forma, o Presidente do Reich garantiria não apenas a Constituição, mas também a unidade do povo alemão como conjunto político: ele seria o protetor e guardião da unidade da Constituição e da integridade da nação.

Schmitt entendia que o presidente do Reich situava-se no centro de todo um sistema de neutralidade e independência político-partidárias, construído sobre uma base plebiscitária. Assim, antes de se pensar em instituir um tribunal para decidir questões relativas à alta política para ser o guardião da Constituição (o que poderia colocar em risco a justiça com politizações) deve-se lembrar da posição ocupada pelo presidente do Reich. “Consoante o presente conteúdo da Constituição de Weimar já existe um guardião da Constituição, a saber, o Presidente do Reich”¹⁷³. Os elementos que lhe garantem uma estaticidade e permanência (eleição para mandato de 7 anos, difícil revocabilidade e independência das maiorias parlamentares) e a amplitude de seus poderes (explicitadas na Constituição – arts. 45/46, 48, 70 e 73) objetivam criar um órgão politicamente neutro, sendo o defensor e guardião da situação constitucional, além do juramento de que velará pela “garantia da Constituição”.

Essa sua posição de guardião da Constituição traduz o respeito ao princípio democrático sobre o qual se funda a ordem jurídica, pois o presidente do Reich é eleito pela totalidade do povo alemão. A Constituição de Weimar, segundo Schmitt, faz uma escolha consciente, pressupondo a unidade de todo o povo alemão e permitindo uma ação direta (e não apenas intermediada por organizações sociais) desse povo, buscando dar à autoridade do presidente do Reich a possibilidade de unir diretamente essa vontade política como o guardião e defensor da unidade e totalidade constitucionais.¹⁷⁴

O ensaio original de Carl Schmitt (“Der Hüter der Verfassung”) foi publicado, como dito, original e inicialmente no ano de 1929, um ano delicado na história mundial¹⁷⁵. Nesse ano houve a quebra da bolsa de Nova York levando consigo o convencimento de que a democracia liberal precisaria sair de cena. Eram tempos de reflexões autoritárias, principalmente na Europa. Na Itália, o governo fascista já estava estabelecido e a Alemanha da República de Weimar

¹⁷³ SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Título original: *Der Hüter der Verfassung*. p. 233.

¹⁷⁴ SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Título original: *Der Hüter der Verfassung*. p. 234.

¹⁷⁵ LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. *A guarda da Constituição em Hans Kelsen*. Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo, n. 1, jan./jul., 2003. p. 203-209.

indicava claros sinais de fraqueza com a subida do Partido Nacional-Socialista Alemão dos Trabalhadores (NSDAP). A formulação teórica dominante apontava no sentido de que o político seria o elemento dominante para a construção de um Estado ideal. Dessa forma, o constitucionalismo operava uma submissão do direito à política, invertendo a possibilidade da existência de um estado democrático de direito (onde a política se submete ao direito). As construções teóricas a favor da democracia perdiam seu vigor e seu poder de convencimento. Ganhava força a concepção teórica de que o decisionismo político deveria excluir a participação dos demais atores sociais, diminuindo o poder de partidos políticos e do próprio Judiciário. Essas características do estado totalitário, de certa forma, contrariavam a ideia de controle de constitucionalidade.

No ano de 1931, Hans Kelsen publicou contraponto à teoria de Schmitt em texto nominado de “Quem deve ser o guardião da Constituição?”¹⁷⁶. Para Kelsen, a função jurisdicional, assim como a função política, também tem atribuição de solucionar questões sociais controversas de grande repercussão. Tal função deveria ser desenvolvida por um Tribunal Constitucional formado por magistrados preparados, sendo esta uma garantia de maior imparcialidade em suas decisões. Kelsen revela que a função jurisdicional também apresenta características políticas, pois resolve conflito de interesses por meio de uma decisão. O Tribunal Constitucional garante a regularidade na elaboração da lei, sendo um legislador negativo. Essa atividade seria puramente jurídica, com pouca ou nenhuma criação, sendo totalmente limitada pela Constituição. Assim, o Poder Judiciário deveria ser o legítimo guardião da constituição, pois a jurisdição constitucional conferida a este poder tinha o dever de proteger as minorias através da Constituição. Democracia seria um compromisso constante entre minorias e majorias.

Kelsen inicia seu texto afirmando que a busca por instituições as quais controlem a constitucionalidade do comportamento de certos órgãos do Estado corresponde ao início do Estado de direito. Seguindo diversos pontos de vista, é possível chegar a opiniões bastante díspares. Apenas uma noção não parece ter sido debatida até então pela obviedade de suas conclusões: acaso se deva mesmo criar uma instituição para controlar a conformidade dos atos

¹⁷⁶ KELSEN, Hans. *Quem deve ser o guardião da Constituição?* In: *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 237-298. Publicado originalmente no periódico *Die Justiz*, com texto intitulado *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* (Quem deve ser o guardião da Constituição?), Volume VI, de 1930-1931, páginas 576 a 628.

estatais à Constituição, esse órgão não deve ser aquele cujos atos deverão ser controlados¹⁷⁷. Ninguém pode ser juiz em causa própria. A função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder e garantir a Constituição significa assegurar que esses limites não serão ultrapassados. A teoria constitucional do século XIX, segundo o princípio monárquico, defendia que o natural guardião da Constituição seria o monarca, mas objetivava-se, na verdade, impedir uma eficaz garantia da Constituição contra seus atos. A doutrina segundo a qual o monarca exerceria a neutralidade acima do parlamento e do governo é falha. “Como poderia o monarca, detentor de grande parcela ou mesmo de todo o poder do Estado, ser instância neutra em relação ao exercício de tal poder, e a única com vocação para o controle de sua constitucionalidade”, questiona.¹⁷⁸

Em seguida, Kelsen dirige-se diretamente ao texto “O guardião da Constituição” de Carl Schmitt¹⁷⁹. Causa-lhe espécie o fato de

“que esse escrito tire do rebotinho do teatro constitucional a sua mais antiga peça, qual seja, a tese de que o chefe de Estado, e nenhum outro órgão, seria o competente guardião da Constituição, a fim de utilizar novamente esse já bem empoeirado adereço cênico na república democrática em geral e na Constituição de Weimar em particular”¹⁸⁰.

Também lhe causa espanto a utilização da teoria de Benjamin Constant (do *pouvoir neutre* – ou poder neutro) idealizada para as monarquias constitucionais e aplicá-la sem restrições ao chefe de estado de uma república. Explica que essa teoria “traz na testa o seu vínculo com a época, seu nascimento de uma situação histórico-política específica¹⁸¹”. Benjamin Constant afirma que o monarca era detentor do poder neutro porque, àquela época e local, o executivo estava dividido em dois poderes distintos: um passivo e outro ativo, sendo o monarca exercente apenas do poder passivo. Somente quando exercesse o poder passivo ele estaria em situação de neutralidade, contrário ao que se configurava nas figuras de chefes de estado contemporâneas. Schmitt transfigura a teoria do poder neutro (*pouvoir neutre*) de Benjamin Constant (um árduo

¹⁷⁷ KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? *Jurisdição constitucional*. 3. ed. Trad. Aalexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 239/240.

¹⁷⁸ KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? *Jurisdição constitucional*. 3. ed. Trad. Aalexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 242.

¹⁷⁹ No original: *Beiträge zum öffentlichen Rechte der Gegenwart*. Ed. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1931.

¹⁸⁰ KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? *Jurisdição constitucional*. 3. ed. Trad. Aalexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 243.

¹⁸¹ KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? *Jurisdição constitucional*. 3. ed. Trad. Aalexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 245.

defensor da monarquia constitucional) em um ilimitado poder nas mãos de um chefe de Estado. Kelsen responde a Schmitt informando que a teoria constitucional é insuficiente para explicar sozinha toda a complexidade do fenômeno de funcionamento de uma constituição como instrumento político da sociedade.

Prosseguindo, Kelsen informa o ataque de Schmitt à instituição da Jurisdição Constitucional, concretizada em diversos Estados, a qual atribui a função de garantia da Constituição a um tribunal independente. Critica a análise de Schmitt que os tribunais alemães não são verdadeiramente guardiães da Constituição, embora reconheça expressamente a Corte Suprema dos Estados Unidos como exercente de tal função (quando as duas, ao exercerem a função de controle agem com o mesmo substrato institucional). Encontrar-se-ão, no texto de Schmitt, argumentos bastante assistemáticos tentando demonstrar que a decisão sobre constitucionalidade de atos não pode ser realizada por um órgão jurisdicional, argumentos estes que não convencem seja no plano da política do direito seja no plano teórico-jurídico.

Para Kelsen, o pensamento de que apenas o Legislativo é político (e o Judiciário não o é) é tão falso quanto o argumento de que somente o legislativo produz direito e o judiciário, quando da aplicação desse direito, apenas o reproduz. Kelsen observa que o legislador, ao investir poderes ao juiz de, dentro de certas fronteiras, decidir casos concretos, transfere para este a tarefa de criação do direito e, com isso, um caráter político à função jurisdicional. Assim, o caráter político do legislador e do juiz difere tão somente no aspecto quantitativo, não no qualitativo. A conclusão é que conflito jurídico seria um conflito de poder.

Os argumentos de Schmitt partem de um pressuposto equivocado de que há contradição entre as funções jurisdicional e política, sendo que decisões sobre constitucionalidade de leis seriam atos políticos e não jurisdicionais. Kelsen, ao contrário, entende que tanto o poder legislativo quanto o jurisdicional exercem, de certa forma, poder político. Entre o caráter político exercido pelo legislador e pelo juiz observa-se apenas diferença no aspecto quantitativo. O legislador autoriza o juiz a avaliar, dentro de certos limites, interesses contrastantes entre si, o que confere, em certa medida, um caráter político às decisões judiciais. Um tribunal constitucional exerce a função com maior caráter político que os demais tribunais, mas esse fato não o descaracteriza como exercente de função jurisdicional.

Mas Schmitt não define adequadamente jurisdição, pois, para ele, estaria a função ligada às normas que possibilitassem a subsunção de um fato e decisão com base nessas

premissas. Dessa forma, conclui que, como a decisão sobre constitucionalidade de normas não está afeta a subsunção não se está diante de jurisdição.

Porém, a atividade dos tribunais ordinários (cuja natureza jurisdicional não é posta em dúvida) também decide sobre normas de conteúdo incerto. A maioria dos processos surgem diante de dúvidas acerca de alguma interpretação ou conteúdo de uma norma. “E, com efeito, nunca se havia feito uma afirmação sobre a jurisdição que desconhecêsse tão completamente a sua essência como a seguinte: ‘Toda jurisdição está ligada a normas e cessa quando as próprias normas tornam-se duvidosas e polêmicas em seu conteúdo’”¹⁸².

Ademais, a decisão sobre inconstitucionalidade de normas também se situa em subsunção de fato à norma. Quando um tribunal constitucional declara uma lei inconstitucional ele afirma que tal lei foi editada desconforme o procedimento autorizado pela Constituição ou desconforme o conteúdo autorizado pela Carta.

Kelsen lança críticas à concepção ultrapassada de jurisdição trazida por Schmitt de que a função jurisdicional limita-se à noção de decisão judicial contida na lei, automatismo jurídico. A decisão do juiz, sob esta perspectiva, somente poderia ser aquela contida previamente na lei, cabendo apenas ao juiz enunciá-la. Schmitt acaba por se contradizer afirmando que em toda decisão há um elemento puro que não pode ser deduzido do conteúdo da lei.

Conceitualmente, a diferença entre um tribunal constitucional que possui competência para anular leis e um tribunal de jurisdição ordinária resume-se ao fato de que, embora ambos sejam aplicadores e produtores do direito, o segundo produz tão somente normas individuais, enquanto o primeiro não produz, mas elimina uma norma geral (figura do legislador negativo)¹⁸³.

A Constituição divide poder essencialmente entre dois polos (parlamento e executivo), de modo que a violação à Constituição nasce exatamente quando um dos dois lados ultrapassa os limites que lhe foram outorgados pela Carta. Se há este antagonismo, nada mais natural que conceber uma terceira instância para dirimir esses avanços inconstitucionais. Natural que essa terceira instância seja o Judiciário. Não natural seria conceber ao chefe de um dos dois

¹⁸² KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? *Jurisdição constitucional*. 3. ed. Trad. Aalexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 254.

¹⁸³ KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? *Jurisdição constitucional*. 3. ed. Trad. Aalexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 263.

poderes (o Chefe do Executivo, na tese trazida por Schmitt) a atribuição de guarda de um texto constitucional que seus próprios atos violarão.

É natural que o Judiciário ganharia força com esse poder de desfazer atos dos demais poderes que avançassem sobre a Constituição. Mais poder e desequilíbrio ocorreria se um dos poderes naturalmente violador da Constituição por força de suas atribuições (Executivo) detivesse, também, a função de guarda desta mesma Carta. “A vantagem fundamental de um tribunal constitucional permanece sendo que, desde o princípio, este não participa do exercício do poder, e não se coloca antagonicamente em relação ao Parlamento ou ao governo”¹⁸⁴.

Kelsen deduz que a teoria de Schmitt do Chefe de Estado como Guardiã da Constituição deriva da noção peculiar de “Estado Total” fundada na homogeneidade e indivisibilidade de todo o povo alemão. A solução schmittiana afirma que o presidente do Reich seria o guardião da Constituição porque ele foi eleito por todo o povo e está destinado a defender a unidade desse povo como um todo político, sendo o contrapeso ao pluralismo de grupos sociais e econômicos.

O presidente do *Reich* é definido como guardião da Constituição da forma que nenhum tribunal constitucional poderá fazê-lo, motivo pelo qual tentar contrapor esta ideia de Schmitt e as demais teorias seria logicamente impossível (como comparar sabor de uma fruta à temperatura do gelo – duas noções diversas).

A função prevista para o chefe de Estado, em todas as Constituições que preveem tal órgão, é representar a unidade do Estado perante a comunidade internacional. Porém, considerá-lo como o detentor da unidade interna do povo contra as diversas manifestações sociais e econômicas de uma nação fere a democracia.¹⁸⁵

Kelsen afirma, categoricamente, que essa noção trazida por Schmitt tem um cunho ideológico evidente. Isso porque nunca haverá unanimidade no povo. Qualquer votação deduzida em um Estado trará a vontade da maioria, nunca uma unanimidade, de modo que a vontade geral do povo, trazida por Schmitt, é uma ficção democrática.

Se o próprio Schmitt reconhece que a neutralidade é condição prévia para o exercício da função de guardião da Constituição, então o chefe de Estado possui situação inferior ao

¹⁸⁴ KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? *Jurisdição constitucional*. 3. ed. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 276.

¹⁸⁵ KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? *Jurisdição constitucional*. 3. ed. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 282.

tribunal independente, pois, além da desvinculação total dos tribunais dos partidos políticos, a neutralidade é obrigação ética profissional de todo e qualquer magistrado (o que não é do chefe de Estado). Se o próprio Schmitt reconhece que é preciso colocar a função de guardião da Constituição em um terceiro poder neutro (fora do governo e parlamento), então soa contraditório colocar tal função no chefe de Estado (que faz parte do governo).

Kelsen contradiz Schmitt em sua afirmação de que o presidente do Reich seria o único guardião da Constituição conforme a então vigente carta de Weimar. Ele informa que o presidente do Reich realmente detém função de guarda da Constituição quando nega promulgação a uma lei inconstitucional ou quando aciona as Forças Armadas para exigir de estados que cumpram a Constituição. Mas apenas aí exerce essa função. O presidente do *Reich* não é o órgão mais indicado nem detém maior independência e neutralidade que um tribunal constitucional para exercer a guarda da Constituição.¹⁸⁶ “Declarar o presidente do Reich como único guardião da Constituição contraria as mais claras disposições da Constituição do Reich”¹⁸⁷.

Kelsen conclui que o texto de Schmitt não é de teoria do direito, mas de política do direito, pois aquele autor traz pré-compreensões desejadas e pretende afirmá-las através de ideias apostas no texto¹⁸⁸:

“A impossibilidade teórica desse método, a sua contradição interna, tornam-se manifestas também quando Schmitt, na conclusão de seu escrito, põe-se a deduzir das suas premissas teóricas o desejado resultado de política do direito”¹⁸⁹.

Ao final de seu texto e após refutar toda a construção teórico-ideológica de Schmitt, Kelsen informa que sua crítica não trata da posição política da “máxima expansão possível do poder do presidente do Reich”, pois não escreve um contraponto político a essa ideia. Apenas se insurge contra o uso que Schmitt faz de teorias científicas para justificar uma posição política assumida de superposição do chefe do Executivo. Assim, Kelsen ressalta a importância, para o

¹⁸⁶ KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? *Jurisdição constitucional*. 3. ed. Trad. Aalexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 286/287.

¹⁸⁷ KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? *Jurisdição constitucional*. 3. ed. Trad. Aalexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 287.

¹⁸⁸ KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? *Jurisdição constitucional*. 3. ed. Trad. Aalexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 259/260.

¹⁸⁹ KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? *Jurisdição constitucional*. 3. ed. Trad. Aalexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 261.

desenvolvimento das ciências, que haja uma separação clara entre conhecimento científico e política como princípio¹⁹⁰.

À época, a tese de Schmitt sagrou-se vitoriosa na Alemanha, especialmente com a ascensão de Hitler (Presidente do Reich) e do nazismo, que culminou na 2ª Guerra Mundial¹⁹¹. Em decisão de 25 de outubro de 1932, o Tribunal do Estado negou-se a definir os limites de atuação do Presidente e de seu Chanceler. Esta “vitória” da tese schmittiana foi temporária, pois a tese de Kelsen foi adotada na maioria dos estados democráticos após o final da Segunda Guerra Mundial, até mesmo com a desmoralização da teoria de Schmitt, que fundamentara o regime de terror liderado por Hitler.¹⁹²

Uma crítica forte de Schmitt ao modelo de jurisdição constitucional kelseniano refere-se à politização da justiça. Kelsen delineou seu modelo de jurisdição constitucional tipicamente baseado no positivismo jurídico, podendo classificá-lo como minimalismo constitucional: institui-se uma Constituição com reduzido conteúdo material e propõe-se uma série de medidas para restringir a atividade desempenhada pelo Tribunal Constitucional.¹⁹³ Em seu modelo, questionamentos sobre compatibilidade de leis com princípios abstratos seriam liminarmente afastados pelo tribunal alegando a separação de poderes (e seus corolários discricionariedade legislativa, presunção de constitucionalidade e insindicabilidade judicial de questões políticas). Pode-se afirmar que este é o modelo positivista-liberal de jurisdição constitucional.

Essa base modificou-se radicalmente após a segunda grande guerra e o surgimento do “neoconstitucionalismo”, com a característica de imprimir força normativa aos princípios estabelecidos na Constituição. Mas essa teoria somente estará em vigor quando for seguida de uma rígida autocontenção judicial, sob pena de o juiz refazer “livremente a valoração

¹⁹⁰ KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? *Jurisdição constitucional*. 3. ed. Trad. Aalexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 298.

¹⁹¹ “A posição de Carl Schmitt, ao reforçar o poder presidencial em detrimento do Parlamento, como atestam os últimos gabinetes de Weimar (Brüning, Papen e Schleicher), nomeados pelo Presidente Hindenburg à revelia das maiorias parlamentares, ajudou a gerar a crise política final do regime democrático, que desembocaria no nazismo”. (BERCOVICI, Gilberto. *Carl Schmitt, o estado total e o guardião da Constituição*. Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo, n. 1, jan./jul., 2003. p. 198.)

¹⁹² “A resposta de Kelsen tornou-se fonte inspiradora da formação, composição e competências dos tribunais constitucionais”. Com a queda do nazismo e o fim da Segunda Guerra, Schmitt, que ficara taxado de jurista do nazismo, foi obrigado a se desvincular oficialmente da vida acadêmica, tendo suas ideias sido abandonadas por intelectuais e políticos da reconstrução do mundo pós-guerra. (LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. *A guarda da Constituição em Hans Kelsen*. Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo, n. 1, jan./jul., 2003. p. 205.)

¹⁹³ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 59.

empreendida pelo legislador, aferindo se ela representa o melhor meio de otimizar princípios constitucionais”¹⁹⁴.

3.2 Debates Recentes

Conforme explícito acima, a teoria de Kelsen prevaleceu (ainda que adotada com cores e tons diversos em cada país) e houve amplo desenvolvimento da jurisdição constitucional. No mundo contemporâneo, o fenômeno da existência de cortes constitucionais dando a última palavra em matéria de interpretação constitucional ocorre constantemente. Com esse desenvolvimento da jurisdição constitucional em todo o mundo, os debates sobre o papel desse juiz constitucional e dos limites ao exercício de seu poder promovem edificantes debates e excelentes estudos mundo afora, impossíveis de serem abordados nesta seara.

Pretende-se levar ao conhecimento do leitor debates que exercem forte influência sobre o tema, indicando discussões e questões atuais. Naturalmente, há autores e textos de igual importância que não serão aqui abordados em razão da limitação espaço temporal.

Cass Sunstein e Adrian Vermule, em artigo de grande influência¹⁹⁵, trouxeram ideias para uma nova visão na interpretação do direito, segundo as quais as tradicionais teorias hermenêuticas partem de conceitos abstratos e teorias fechadas (como as teorias de H.L.A. Hart, Ronald Dworkin, Henry Hart & Albert Sacks) para apresentar respostas às situações concretas postas. Mas tais teorias hermenêuticas constituem-se em equívocos, pois descuram da real capacidade das instituições existentes, com suas limitações materiais e humanas, de formularem respostas adequadas. As instituições reais não detêm as capacidades ideais previstas em tais teorias, o que as impede de decidir utilizando-as hermeticamente¹⁹⁶. A questão central do

¹⁹⁴ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 62.

¹⁹⁵ SUNSTEIN, Cass; VERMULE, Adrian. *Interpretation and institutions*. Michigan Law Review, v. 101, n. 4, p. 885/951. Chicago, 2003. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/files/files/156.crs-av.interpretation.pdf>>. Acesso em: 09 de março de 2015.

¹⁹⁶ “We think that current theories of legal interpretation fail to provide an adequate framework for thinking about questions of this sort, and that the failure reveals a serious problem with contemporary views about interpretation in law. Typically interpretive issues are debated at a high level of abstraction, by asking questions about the nature of interpretation, or by making large claims about democracy, legitimacy, authority, and constitutionalism. But most of the time, large-scale claims of these kinds cannot rule out any reasonable view about interpretation.” (SUNSTEIN, Cass; VERMULE, Adrian. *Interpretation and institutions*. Michigan Law Review, v. 101, n. 4, p. 885/951. Chicago, 2003. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/files/files/156.crs-av.interpretation.pdf>>. Acesso em: 09 de março de 2015.) (Pensamos que as atuais teorias de interpretação jurídica não fornecem um quadro adequado para pensarmos sobre questões desse tipo, e que esta falha revela um problema sério com as visões contemporâneas sobre

intérprete não se refere ao modo como um texto deve ser interpretado, mas como algumas instituições, com suas capacidades e habilidades podem interpretar certo texto. As teorias hermenêuticas também descuravam dos efeitos sistêmicos que determinada linha interpretativa poderia acarretar nas instituições existentes caso uma decisão objetivasse atingir efeitos gerais em situações que o intérprete não tivesse capacidade de solucionar abstratamente (decisões maximalistas). O juiz, então, deveria adotar uma posição minimalista (minimalismo judicial) e humilde, decidindo, de forma limitada aos casos que lhe são postos, evitando emitir decisões amplas demais as quais acabariam por adequar-se equivocadamente a casos futuros. É necessário ao intérprete entender as limitações institucionais do órgão julgante e interpretar na forma adequada.

Jeremy Waldron¹⁹⁷, Professor da Universidade de Nova York, nos Estados Unidos, defende a tese de que há um caráter antidemocrático no controle de constitucionalidade, pois não seria dado à decisão de um agente estatal suplantar a decisão da maioria obtida no parlamento (legítimo representante da voz popular). Se não se dispõe de um modelo perfeito de última palavra sobre o direito, restaria aplicar-se o modelo mais democrático, qual seja, deixar que a maioria decida através do parlamento ou de plebiscitos, participação direta do povo, entre outros. Haveria, segundo o autor, uma objeção democrática ao controle de constitucionalidade, mas essa possui um caráter condicional, pois somente se aplicaria em sistemas de controle fortes, quando um tribunal não apenas deixa de aplicar uma lei a um caso concreto, mas o autor invalida essa lei para casos futuros e passa a ter a última palavra sobre interpretação da Constituição. Nos sistemas com características das modernas democracias, essa objeção não se aplicaria, ou seja, quando houver instituições democráticas e instituições judiciais em bom funcionamento, compromisso da população/autoridades públicas com respeito ao direito das minorias e não houver desacordo sobre concreção desses direitos de minorias.

interpretação da lei. Normalmente, questões interpretativas são debatidas em um alto nível de abstração, fazendo perguntas sobre a natureza da interpretação, ou fazendo grandes reivindicações sobre democracia, legitimidade, autoridade e constitucionalismo. Mas, na maioria das vezes, reclamações de larga escala como estas não podem descartar uma visão razoável sobre interpretação - em tradução livre)

¹⁹⁷ WALDRON, Jeremy. *The core of the case against judicial review*. The Yale Law Journal, 115, 6, p. 1.348/1.406. New Haven, 2006. Disponível em: <<http://philosophyfaculty.ucsd.edu/FACULTY/RARNESON/Courses/Waldroncore.pdf>>. Acesso em: 09 de março de 2015.

Larry Kramer, em sua obra “The People Themselves”¹⁹⁸, faz interessante análise sobre o tema, com uma revisão histórica da *judicial review* nos Estados Unidos. Segundo defende, a tese da supremacia judicial acabou se afirmando historicamente nos Estados Unidos de forma passiva e serena a um ponto tão sólido que passou a fazer parte da própria noção de soberania e patriotismo de seu povo. A consequência de tal solidez é o afastamento do povo das decisões constitucionais e da própria interpretação constitucional. O autor incita o ressurgimento do constitucionalismo popular, indicando que o povo deve debater as questões constitucionais no espaço público e exercer pressão sobre as cortes constitucionais, de modo que estas se curvem à massificação da opinião pública, o que evitaria decisões totalmente dissonantes com a voz das ruas¹⁹⁹.

Interessante estudo²⁰⁰ elenca algumas teses que defendem uma capacidade institucional superior do poder judiciário para realizar a interpretação definitiva da Constituição. Os argumentos seriam os seguintes: a) maior propensão do Judiciário em proteger minorias contra o processo majoritário²⁰¹; b) maior propensão do Judiciário em tratar os indivíduos com igual consideração e respeito²⁰²; c) tendência do Judiciário em preservar o compromisso do povo estabelecido na Constituição contra maiorias transitórias que pretendam alterá-las²⁰³; d) tendência do judiciário em garantir respeito ao Estado de Direito²⁰⁴; e) o exercício de guardar a Constituição será exercido de forma mais imparcial por um agente externo ao Parlamento²⁰⁵; f)

¹⁹⁸ KRAMER, Larry. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004.

¹⁹⁹ “We in the twenty-first century tend to divide the world into two distinct domains: a domain of politics and a domain of law. In politics, the people rule. But not in law. Law is set aside for a trained elite of judges and lawyers whose professional task is to implement the formal decisions produced in and by politics. The Constitution, in its modern understanding, is a species of law (...). As law, the Constitution is set aside for this same elite to handle, subject to paramount supervision from the U. S. Supreme Court.” (KRAMER, Larry. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004. p. 7) (Nós, em pleno século XXI, tendemos a dividir o mundo em dois domínios distintos: um domínio da política e um domínio da lei. Na política, o povo governa. Mas não na lei. A lei é reservada para uma elite treinada de juízes e advogados, cuja missão profissional é implementar as decisões formais produzidas na e pela política. A Constituição, no seu moderno conceito, é uma espécie de lei (...). Como uma lei, a Constituição é reservada para esta mesma elite manusear, sujeita à supervisão primordial da Suprema Corte dos EUA - em tradução livre)

²⁰⁰ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 202/203.

²⁰¹ ELY, John Hart. *Democracy and distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

²⁰² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

²⁰³ ELSTER, Jon. *Ulysses and the sirens*. Great Britain: Cambridge University Press, 1979.

²⁰⁴ FISS, Owen. *Between supremacy and exclusivity*. The least examined branch. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

²⁰⁵ Tese defendida por Hans Kelsen e também levantada por John Marshall no clássico precedente *Marbury vs. Madison*.

capacidade do Judiciário em desenvolver um processo deliberativo guiado pela razão, não pelas pressões político-partidárias²⁰⁶. Dois seriam os fundamentos centrais de todas as teses que defendem a superioridade do Judiciário: 1) a independência dos juízes (em decorrência das garantias institucionais ao Poder) e 2) o dever de fundamentar as decisões no direito. Estes elementos permitiriam, segundo os defensores desta tese, uma posição privilegiada ao magistrado, distanciando-o dos embates políticos e econômicos.

Os críticos da interpretação constitucional pelo parlamento informam que o parlamento tende a reger-se pela maioria, o que levaria a uma tirania da maioria contra as minorias²⁰⁷. A função parlamentar, como necessita de maximização de suas ações para futura captação de maior número de eleitores, não se preocuparia em defender os direitos fundamentais das minorias, tão caros às teorias constitucionais do pós-guerra. Também há os que entendem ser equivocado associar decisões parlamentares às maiorias de pensamento da população. Na verdade, como a participação popular é indireta, exercida através de parlamentares eleitos, a população pouco influencia nas decisões dos representantes. A circunstância da desinformação dos cidadãos no embate político acaba por levar os parlamentares a se influenciarem mais diretamente por pressões exercidas por *lobbies* e contribuintes de campanha, o que também torna inadequado este poder como guardião da Constituição.

Frederick Schauer e Larry Alexander, em tese que revigorou a supremacia judicial²⁰⁸, defendem a supremacia do poder judiciário para exercer a guarda da constituição. Para eles, há um equívoco em defender e fundamentar a supremacia judicial apenas com base no texto da lei e na história de uma nação. A defesa da supremacia judicial com eventual existência de norma constitucional atribuindo este poder ao Judiciário é superficial, pois não afasta a crítica de fundo, material, se essa solução realmente seria a melhor tomada. Por outro lado, a defesa da supremacia judicial fundada na história de uma nação pecaria no fato de que eventual manifestação do povo pela preferência ao judiciário em épocas passadas necessitaria, para deter legitimidade, ser

²⁰⁶ ALEXY, Robert. *Ponderação, jurisdição constitucional e representação*. Constitucionalismo discursivo. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

²⁰⁷ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 204/205.

²⁰⁸ ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. *Defending judicial supremacy: a reply*. Constitutional Commentary, 2000. v. 17. p. 455/482. Disponível em: <http://www.law.virginia.edu/pdf/faculty/hein/schauer/17const_comment455_2000.pdf>. Acesso em: 16 de abril de 2015.

reafirmada no atual cenário²⁰⁹. Defendem que a escolha do guardião da Constituição é questão lógica e pré-constitucional. A função essencial do Direito nas sociedades contemporâneas é de resolver divergências, estabelecendo de forma cogente o que é proibido, imposto ou apenas permitido pela ordem jurídica. Essa opção por uma Constituição escrita e o respeito a esta norma dá-se com objetivo central de garantir manutenção de direitos fundamentais obtidos e afastar das maiorias eventuais o poder de modificá-los. Nas inevitáveis situações em que a interpretação da Constituição permite mais de uma razoável interpretação, deve haver um órgão que decida a divergência de forma coercitiva. Esse órgão seria o Judiciário em virtude do seu relativo insulamento político, estabilidade na vinculação aos precedentes, inércia e dever de fundamentação. Essa estabilidade de existir apenas um intérprete final da Constituição evita anarquia interpretativa, pois, se cada ator social/autoridade pública pudesse agir conforme sua interpretação pessoal da Constituição, teríamos tantas constituições quantos intérpretes.

Ainda no estudo das teorias, não se pode escrever sobre o guardião da Constituição sem tratar da teoria dos *diálogos constitucionais*²¹⁰²¹¹²¹². Vale dizer que tal teoria foi bem sintetizada no Canadá, após artigo de Peter Hogg e Allison Bushell²¹³.

A ideia dos autores resume-se na “noção de que a *judicial review* é parte do ‘diálogo’ entre juízes e legisladores”²¹⁴. Mas como haveria diálogo entre duas instituições se a decisão da Suprema Corte deve ser obedecida pelo Parlamento? Para os autores da teoria, como há possibilidade de reversão legislativa de decisão constitucional da corte suprema, então tal decisão se insere dentro de uma fase do diálogo entre as instituições democráticas. Os poderes exerceriam uma espécie de diálogo, o que lançaria por terra o argumento de violação à democracia com o

²⁰⁹ Embora reconheçam que a aceitação de um povo por determinada solução é o elemento fundamental para sua adoção em determinada sociedade.

²¹⁰ BATEUP, Christine. *The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*. Brooklyn Law Review, 2006, v. 71. Disponível em: <http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/11>. Acesso em: 05 de novembro de 2014.

²¹¹ HOGG, Peter W; BUSHELL, Allison A.. *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures: Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All*. Osgoode Hall Law Journal, v. 35. n. 1, 1997. p. 75/124. Disponível em: <<http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol35/iss1/2>>. Acesso em 15 de abril de 2015.

²¹² BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

²¹³ HOGG, Peter W; BUSHELL, Allison A.. *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures: Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All*. Osgoode Hall Law Journal, v. 35. n. 1, 1997. p. 75/124. Disponível em: <<http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol35/iss1/2>>. Acesso em 15 de abril de 2015. Importante deixar claro que os próprios autores citam autores precedentes que se referiram ao diálogo institucional.

²¹⁴ “That is the notion that judicial review is part of a ‘dialogue’ between the judges and the legislatures”. (HOGG, Peter W; BUSHELL, Allison A.. *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures: Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All*. Osgoode Hall Law Journal. p. 79)

controle de constitucionalidade²¹⁵. Quando a corte constitucional declara uma lei nula por violação à Constituição, ela indica ao Parlamento qual a forma de fazer esta lei corretamente e quais os limites que a Constituição permite. Assim, abre espaço para o diálogo e a manifestação do Parlamento com nova norma corrigindo a anterior, conforme o caso. Exemplificando com a constituição do Canadá, há, na prática, um efetivo diálogo entre as instituições naquele país, pois aproximadamente 80% das decisões constitucionais da Suprema Corte ocasionaram alguma modificação na legislação. A Seção I, da *Constitution Act* de 1982 (Carta Canadense de Direitos e Liberdades²¹⁶), estabelece que os direitos e liberdades ali previstos serão sujeitos apenas aos limites razoáveis que a lei lhes impuser. Dessa forma, o parlamento canadense poderá superar a decisão judicial da Suprema Corte, que declarou inconstitucional lei anterior, caso a nova lei editada pelo parlamento persiga o objetivo da lei invalidada de maneira compatível com a interpretação dada pela Corte. A nova lei estabelecerá novos critérios, mas respeitaria a decisão anterior da Corte. Se o parlamento pretender reverter a própria decisão da Corte, somente poderá fazê-lo com a *override clause*, prevista na Seção 33²¹⁷ da citada *Constitution Act* de 1982. Com base nesse poder, o legislativo teria competência de, num prazo de 5 anos, editar norma contrariando deliberação da Corte Constitucional, período no qual se abriria possibilidade de evolução no debate entre os atores da interpretação constitucional²¹⁸.

²¹⁵ “This article responds to the argument that judicial review of legislation under the Canadian *Charter of Rights and Freedoms* is illegitimate because it is undemocratic. The authors show that *Charter* cases nearly always can be, and often are, followed by new legislation that was struck down. (...) *Charter* cases cause a public debate in which *Charter*-protected rights have a more prominent role than they would have if there had been no judicial decision. The process is best regarded as a ‘dialogue’ between courts and legislatures.” (HOGG, Peter W; BUSHELL, Allison A.. *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures: Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All*. Osgoode Hall Law Journal. p. 75) (Este artigo responde ao argumento de que o controle de constitucionalidade da legislação, nos termos da Carta Canadense de Direitos e Liberdades, é ilegítimo porque ele não é democrático. Os autores mostram que os casos da Carta quase sempre podem ser, e geralmente são, seguidos por nova legislação posterior à que foi derrubada. (...) Casos da Carta provocam um debate público em que os direitos protegidos têm um papel mais promissor do que eles teriam se não tivesse havido nenhuma decisão judicial. O processo é mais considerado como um "diálogo" entre os tribunais e os legisladores - em tradução livre)

²¹⁶ Constitution Act, 1982. Canadian Charter of Rights and Freedoms. Disponível em: <http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/CONST_E.pdf>. Acesso em: 16 de abril de 2015.

²¹⁷ “Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter” (Em tradução livre: O Parlamento ou o legislador de uma província pode expressamente declarar em uma Lei do Parlamento ou do legislador, como seja o caso, que a Lei ou uma disposição da mesma, devem operar, apesar de uma disposição incluída na seção 2 ou seções 7 a 15 da presente Carta.)

²¹⁸ “Judicial review is not ‘a veto over the politics of the nation’, but rather the beginning of a dialogue as to how best to reconcile the individualistic values of the *Charter* with the accomplishment of social and economic policies for the benefit of the community as a whole.” (HOGG, Peter W; BUSHELL, Allison A.. *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures: Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All*. p. 105) (Controle de constitucionalidade não é ‘um veto sobre a política da nação’, mas sim o início de um diálogo sobre a melhor forma

Christine Bateup traz, em bem articulado estudo²¹⁹, o nascimento, as críticas e a evolução da teoria do diálogo constitucional. Publicado no ano de 2005, o artigo inicia atestando que a tese do diálogo constitucional está onipresente dentro da teoria constitucional e que o crescente uso da teoria decorre de seu potencial de superar a objeção democrática ao controle de constitucionalidade exercido pelos tribunais. A teoria do diálogo popularizou-se em países que adotaram mais recentemente cartas de direitos dos cidadãos, como no Canadá, citando o texto de Hogg e Bushel já referido. O artigo divide as teorias de diálogos em teorias de equilíbrio e teorias de parceria. Enquanto as teorias de equilíbrio importam-se com a capacidade do Poder Judiciário em facilitar um debate constitucional por toda a sociedade, as teorias de parceria direcionam-se mais às distinções entre funções judiciais e legislativas que os diferentes ramos do governo realizam. A conclusão da autora é que tais teorias devem ser sintetizadas, pois isso explicaria os diferentes papéis que os atores constitucionais têm no diálogo como também os diferentes aspectos sociais e institucionais do diálogo.

De fato, a teoria do constitucionalismo sempre foi acompanhada da crítica antidemocrática ao controle de constitucionalidade, considerando que o *judicial review* seria incompatível com a democracia e debilitava o ramo político do governo, tendo Alexander M. Bickel²²⁰ denominando-a de “dificuldade contra majoritária”. Nos Estados Unidos, tornou-se obsessão o estudo dessa dificuldade democrática ao controle, mas também há diversos estudos em outros países. A crítica baseia-se no entendimento de que, quando o Judiciário invalida uma lei, ele está frustrando a intenção da maioria política existente, responsável pela aprovação da lei, embora se reconheça que as leis nem sempre refletem a intenção da maioria²²¹.

A teoria do diálogo constitucional surgiu e encontra-se como uma das principais teorias a explicar o sistema de jurisdição constitucional atualmente diante das dificuldades encontradas pelas demais teorias. Diferentemente das teorias interpretativas (as quais propõem critérios interpretativos para os juízes usarem em casos constitucionais, a teoria dialógica centra seu estudo no processo institucional no qual o conteúdo constitucional é laborado, processo este

de conciliar os valores individuais da Carta com a realização de políticas sociais e econômicas para o benefício da comunidade como um todo – em tradução livre)

²¹⁹ BATEUP, Christine. *The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*. Brooklyn Law Review, 2006, v. 71. Disponível em: <http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/11>. Acesso em: 05 de novembro de 2014.

²²⁰ Alexander M. Bickel, *The least dangerous branch*, 1962.

²²¹ BATEUP, Christine. *The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. passim*.

que envolve contribuição de vários atores constitucionais. E a teoria traz uma superação ao principal obstáculo apresentado pelas demais: de que a decisão judicial que interpreta a Constituição é definitiva, impondo uma carga de violação à democracia. Mas a teoria dos diálogos, baseando-se em estudos de cientistas sociais, demonstra que a decisão judicial sobre a Constituição pode até ser definitiva para as partes, usando-se a acepção processual do termo definitivo, mas não será a voz última sobre a interpretação da Constituição²²².

Após estabelecer uma classificação de várias teorias dialógicas, Bateup defende que uma mais promissora visão do diálogo constitucional ocorre quando se fundem as teorias do equilíbrio e da parceria. O modelo de teorias do equilíbrio nos diálogos constitucionais evidencia que a função do Judiciário apresenta-se como uma fomentadora das discussões de toda a sociedade. Embora o Judiciário detenha um espaço significativo com seus pronunciamentos sobre constitucionalidade de leis, se ele se afasta demasiadamente do entendimento dos demais atores constitucionais e da própria sociedade, então fatalmente será levado de volta à origem²²³. Por sua vez, o modelo de parceria dos diálogos constitucionais centra-se no reconhecimento de que diferentes ramos do governo podem dar distintas contribuições ao diálogo constitucional de modo que não privilegie, de forma antecipada, a função judicial. Reconhece que os diferentes atores do governo, judiciais e não judiciais, são concebidos como iguais participantes do processo de decisão constitucional, podendo contribuir dialogicamente para encontrar melhores respostas às questões²²⁴. Por um lado, essa união das duas teorias possibilita resolver persistentes preocupações de legitimidade democrática com o modelo de parceria. Ademais, essa visão combinada permite uma compreensão mais abrangente dos diferentes aspectos institucionais e sociais do diálogo constitucional e das diversas maneiras originais em que diferentes atores participam da busca de significado constitucional. A fusão desses dois entendimentos permite ver que os juízes podem tanto facilitar a discussão constitucional por toda a sociedade quanto fazer contribuições institucionais exclusivas sobre valores constitucionais no contexto de casos

²²² BATEUP, Christine. *The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. passim.*

²²³ “(...)if it strays too far from what the other branches of government and the people accept, political constraints such as the power of judicial appointments and popular backlash will bring it back into line”. (BATEUP, Christine. *The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*. p. 57) (se ele se desvia muito do que os outros ramos do governo e as pessoas aceitam, restrições políticas, tais como o poder de nomeações dos juízes e reação popular vão trazê-lo de volta à linha – em tradução livre)

²²⁴ BATEUP, Christine. *The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*. p. 70.

individuais. De outro lado, os juízes também podem responder dialogicamente em casos individuais com contribuições distintas do legislador em relação ao significado constitucional.

O Poder Legislativo possui vantagens distintas no diálogo institucional: facilidade de lidar com questões policêntricas e poder de equilibrar a prossecução de objetivos de política com o reconhecimento e proteção dos direitos constitucionais. Nessas circunstâncias, o Judiciário pode desempenhar uma função importante na implementação considerando as consequências concretas de estatutos no contexto de casos particulares. Ao fazê-lo, o Judiciário é capaz de destacar os efeitos individualizados que o legislador não pode prever. O Judiciário apresenta uma vantagem comparativa em ser capaz de destacar a imagem individualizada em relação às consequências legais ou constitucionais da norma²²⁵. Ademais, o Poder Judiciário detém o fator tempo, que lhe permite tomar decisões de forma mais madura do que as tomadas pelo legislativo²²⁶.

Com esses papéis institucionalmente distintos, os estudos futuros devem direcionar-se a empreender adequada forma de projetar as instituições a fim de promover um diálogo institucional baseado nesses diferentes aspectos. Em muitos países, incluindo os Estados Unidos, isso ocorreria por meio da modificação das regras através das quais as operações do sistema judiciário e os poderes políticos estão dispostas. Em outros países, isso também pode envolver aspectos do projeto constitucional para ampliar os mecanismos pelos quais o judiciário e os poderes políticos podem ouvir e aprender a partir de perspectivas únicas de cada um²²⁷.

A apresentação dessas teses pretendeu retratar discussões atuais sobre o tema do Guardião da Constituição. Os debates em todo o mundo sobre o referido tema são intensos, desde os tempos de “O Federalista”, de Hamilton, Madison e Jay²²⁸, nos Estados Unidos da época da independência, passando pelo célebre debate de Kelsen e Schmitt, culminando com o atual debate sobre diálogos constitucionais, em que a decisão sobre constitucionalidade de leis determina-se

²²⁵ BATEUP, Christine. *The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*. p. 80/81.

²²⁶ Este aspecto diferencia o Brasil, de certa forma, dos Estados Unidos. No contexto da Suprema Corte Norte-Americana, poucos casos são julgados anualmente. No Brasil, a despeito das tentativas trazidas por diversas reformas, o Supremo Tribunal Federal julga uma quantidade inimaginável de processos, não lhe permitindo analisar de forma serena os casos constitucionais que lhes são submetidos.

²²⁷ BATEUP, Christine. *The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*. p. 82/83.

²²⁸ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Título original *The federalist*, 1751, Estados Unidos.

por um diálogo interinstitucional entre poder judiciário, poder legislativo, poder executivo e toda a sociedade.

Adentra-se, por fim, no debate em solo brasileiro.

3.3 O Guardião da Constituição na República Federativa do Brasil

Nos últimos anos, observa-se a elevada importância dos Tribunais brasileiros, especialmente o Supremo Tribunal Federal. Decisões que caberiam ao parlamento, a casa representativa do povo, são agora tomadas pelo STF, sobretudo através de controle de constitucionalidade. Essa amplitude de suas funções acaba por tornar atual, no Brasil, o antigo debate sobre a legitimidade da jurisdição constitucional e de quem deve ser o guardião da constituição.

Um exemplo desse movimento de retomada do debate foi a Proposta de Emenda à Constituição nº 33/2011, de autoria do Deputado Federal Nazareno Fonteles (PT/PI). Além de outras propostas polêmicas, o projeto previa o acréscimo de três parágrafos ao artigo 102 da Constituição Federal, nos seguintes termos:

Art. 102. (...)

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

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

§2º-C É vedada, em qualquer hipótese, a suspensão da eficácia de Emenda à Constituição por medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal²²⁹.

Pela proposta, observa-se que o Supremo Tribunal Federal perderia o poder de declarar a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição e suspender a eficácia dos referidos

²²⁹ Íntegra da proposta disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CC493623DAD66B29F83EEDED6659AEA2.proposicoesWeb1?codteor=876817&filename=PEC+33/2011>. Acesso em: 01 de maio de 2015.

textos legais por medida cautelar. Sempre que o Supremo declarasse inconstitucional uma Emenda à Constituição, o legislativo seria acionado a se manifestar a favor ou contra a decisão. Se o Congresso for contrário, deverá submeter a controvérsia à consulta popular. Tal proposta, hoje, encontra-se arquivada por conta do artigo 105, do Regimento Interno da Câmara²³⁰.

A PEC, mesmo que continuasse sua tramitação, careceria de constitucionalidade no atual Estado brasileiro. Isto porque tal medida iria de encontro ao artigo 60, §4º, III, da Constituição Federal²³¹. A proposta tenderia a abolir a separação de poderes atualmente constituída. Naturalmente que as funções dos poderes estabelecidas na Constituição Federal não gozam de uma rigidez absoluta, mas a proposta da PEC 33/2011 modificaria radicalmente as competências do Supremo Tribunal Federal, de modo que apenas uma nova constituição poderia fazê-lo.

A despeito da PEC 33/11 acima lembrada, o debate teórico sobre o assunto, no Brasil, não é tão rico quanto nos Estados Unidos. Mesmo assim, há excelentes trabalhos sobre o tema, dos quais traremos alguns (também por limitação espaço-temporal).

Alexandre Gustavo Bahia²³², após demonstrar o debate existente entre Schmitt e Kelsen no início do Século XX (retratado acima neste trabalho), tece críticas às duas teorias, sempre ressaltando a importância de seus argumentos já empreendidos naquela época. Bahia rechaça, como a maioria tranquila da doutrina, a possibilidade de o Chefe do Poder Executivo ser o Guardião da Constituição, escorando-se nos próprios argumentos de Kelsen. Mas, também

²³⁰ Art. 105. Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abram crédito suplementar, com pareceres ou sem eles, salvo as:

- I - com pareceres favoráveis de todas as Comissões;
- II - já aprovadas em turno único, em primeiro ou segundo turno;
- III - que tenham tramitado pelo Senado, ou dele originárias;
- IV - de iniciativa popular;
- V - de iniciativa de outro Poder ou do Procurador-Geral da República.

Parágrafo único. A proposição poderá ser desarquivada mediante requerimento do Autor, ou Autores, dentro dos primeiros cento e oitenta dias da primeira sessão legislativa ordinária da legislatura subsequente, retomando a tramitação desde o estágio em que se encontrava.

²³¹ Art. 60. (...)

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais.

²³² BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Controle concentrado de constitucionalidade: o ‘Guardião da Constituição’ no embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. Revista de informação legislativa. Brasília, v. 41, n. 164, p. 87-103, out./dez. 2004. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/1009/R164-06.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 30 de outubro de 2014.

dirige críticas à teoria de Kelsen que não permitiria a outros atores sociais (distintos do Tribunal Constitucional) realizarem a interpretação da Constituição. O autor destaca que os poderes e a própria ordem jurídica de uma nação necessitam de legitimidade democrática para serem válidas, não podendo retirar sua validade abstratamente de Deus ou da razão. Dessa forma, sendo necessária a legitimidade popular, esses atores devem estar aptos a realizar a interpretação da Constituição. Nesse contexto, o autor conclui que a questão do guardião da Constituição não é bem respondida nem por Schmitt nem por Kelsen, pois a “‘cidadania não precisa de tutores’ (OLIVEIRA, 2001, p. 213, 263); dito doutro modo, somente os cidadãos, legítimos intérpretes da Constituição” são aptos a não apenas guardar a Constituição, mas desenvolvê-la diariamente em suas relações.

Cláudio Ari Mello²³³, em obra com abordagem não diretamente centrada no estudo do guardião da Constituição, traz excelente abordagem do tema. Para ele, a existência de uma democracia constitucional exige a coexistência de três elementos ligados entre si: a) o primeiro é o elemento democrático, pelo qual a Constituição deve garantir a concretização de valores nela previstos através de órgãos e processos de deliberação democrática em que toda a comunidade tenha pleno acesso e nos quais os interesses de todos sejam considerados em um debate público, aberto e irrestrito; b) o segundo seria o elemento moral substantivo, no qual a Constituição eleva determinados bens e valores fundamentais, por serem caros ao povo e serem indispensáveis à vida digna da pessoa humana, retirando-os da livre disposição dos órgãos e processos de direção política; c) o terceiro seria o elemento judicial, que daria ao Poder Judiciário a função de guarda e equilíbrio entre os dois elementos acima (elemento democrático e elemento moral substantivo), o que permitiria intervir na interpretação e aplicação das normas constitucionais sempre que os atores públicos ou privados violem os escopos ali previstos.

Em uma democracia constitucional adepta ao sistema de direitos fundamentais vinculantes ao Estado, o Judiciário exerce uma função de representante da soberania popular consolidada na Carta. Dessa forma, “os juízes podem e devem controlar e dirigir a concretização constitucional operada pelos órgãos de direção política do Estado”²³⁴. Atuando nesse sentido, o Judiciário realiza parcela da soberania popular, participando da democracia por meio de suas decisões racionais e discursivas, mas não poderá usurpar as legítimas funções do Legislativo e

²³³ MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

²³⁴ MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. p. 303.

Executivo na concretização constitucional. O Judiciário deve estabelecer limites à sua própria atuação quando do exercício do controle de constitucionalidade, de forma autônoma, interna, por seus próprios membros no exercício da função. Primeiramente, esta autorrestrição judicial deve buscar no sistema normativo seus limites, estabelecendo as funções dos demais poderes previstos na Carta e no ordenamento. Se não houver tais limites expressos, o Judiciário deve estabelecê-los por critérios de prudência.

O Poder Judiciário, no modelo da Constituição da República de 1988 exerce função de garantia da totalidade do sistema de direitos fundamentais, devendo até mesmo adotar postura ativista moderada e equilibrada na defesa dos direitos fundamentais. Quando se estiver em jogo a tutela de direitos fundamentais, o Judiciário limita e dirige sua concretização por parte dos órgãos estatais. Mas este exercício não deve ser preponderante a ponto de usurpar as demais funções do Legislativo e Executivo:

(...) se realmente queremos uma jurisdição constitucional efetiva e eficiente na tutela dos direitos não devemos admitir que ela assuma uma postura onipotente e onisciente e ignore a legitimidade da deliberação democrática na concretização das normas constitucionais. Defender qualquer forma de supremacia judicial é certamente a forma mais segura de produzir um movimento de reação contra as funções atribuídas ao Poder Judiciário nas democracias constitucionais contemporâneas. A preservação dos métodos de auto restrição judicial somente faz sentido se os inserirmos no propósito de assegurar que a jurisdição constitucional não se deixe seduzir pelos seus próprios poderes e asfixie a democracia em nome da proteção dos direitos fundamentais.²³⁵

Carlos Bruno Ferreira da Silva²³⁶, também em dissertação de mestrado sobre o tema, afirma que a justiça constitucional exerce, sem praticamente qualquer crítica, a posição de guardião da Constituição²³⁷. Porém, defende que essa supremacia não condiz com o atual estágio de desenvolvimento do Estado brasileiro, devendo essa função de guarda da Constituição ser dividida com os demais poderes da República. A ideia de que o Judiciário pode resolver, com sucesso, todas as demandas delicadas da sociedade faz parte de uma teoria em que este juiz é um

²³⁵ MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. p. 305/306.

²³⁶ SILVA, Carlos Bruno Ferreira. *O guardião da Constituição no estado democrático de direito*. Rio de Janeiro: PUC, Departamento de direito, 2005. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp067741.pdf>>. Acesso em 01 de maio de 2015.

²³⁷ Como tem se observado neste trabalho, não concordamos com esta posição, pois há severas críticas à posição de supremacia judicial na guarda da Constituição.

Hércules, mas a realidade informa que juízes são pessoas de carne e osso com as limitações de qualquer outra instituição pública formada por servidores técnicos. Assim, o guardião da Constituição não é um órgão do Estado, mas o próprio povo, a comunidade de intérpretes constitucionais formada pelo povo²³⁸. Todavia, deve haver um fórum central para decidir sobre essas matérias, o qual deve ser mantido como um órgão judiciário, que privilegia o debate através do processo judicial, não sendo possível esse órgão ser o exclusivo intérprete da Constituição.

Paulo Sávio Maia²³⁹, analisa a questão do guardião da Constituição também a partir do debate entre Schmitt e Kelsen, tentando desmistificar as críticas históricas tecidas sobre o debate, principalmente sobre Schmitt. Segundo ele, Kelsen e Schmitt, como todos os estudiosos, estavam envolvidos no espaço-tempo da república de Weimar. Schmitt, conhecido historicamente como o jurista do nazismo, teria se envolvido nas questões jurídicas surgidas no período da ascensão de Hitler, normalmente justificando-as. Kelsen, por sua vez, diante de seu ideário purismo científico, não se envolvia nas questões, porque os atos produzidos por Hitler estavam amparados pelo parlamento alemão, não se tratando de atos inconstitucionais. As duas teorias expressam uma visão autoritária de governabilidade, pois excluía da sociedade a condição de partícipes da interpretação da Constituição. Essas duas ideias de guardiões da Constituição traduzem hipóteses centralizadoras, com proeminência do Estado sobre o povo no debate constitucional. O autor não conclui sua ideia sobre o guardião da Constituição, mas deixa claros indícios de que o povo estaria em uma situação de privilégio, por ser o detentor do poder democrático por excelência.

Maria Fernanda Repolês²⁴⁰ observa que o Supremo Tribunal Federal é o efetivo guardião da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. No exercício dessa função, o STF tem a prerrogativa de afirmar a Carta como indisponível, sendo o ponto de partida para a ordem política e social, evitando que o exercício do poder político se transforme num jogo sem regras. A consolidação do direito em textos inaugura o problema da construção de sentidos para

²³⁸ “Logo, todos os entes e cidadãos que formam a República Federativa do Brasil, e não um só dos Poderes, devem garantir a integridade do conteúdo da Constituição. Esta proteção deve ocorrer no espaço público como um todo, sejam nos tribunais, nas assembleias ou na vivência diária da ordem jurídica.” (SILVA, Carlos Bruno Ferreira. *O guardião da Constituição no estado democrático de direito*. p. 103)

²³⁹ MAIA, Paulo Sávio N. Peixoto. *O guardião da Constituição na polêmica Kelsen-Schmitt*. Brasília: Universidade de Brasília, Departamento de Direito, 2007. Disponível em: <http://bdt.d.bce.unb.br/tesesimplificado/tde_arquivos/44/TDE-2008-02-25T134637Z-2323/Publico/Dissert_PauloSavioNPMaia.pdf>. Acesso em: 01 de maio de 2015.

²⁴⁰ REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *Quem deve ser o guardião da Constituição?* Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

tais textos. O espaço público deixa de ser pré-constituído e passa a ser dependente da interpretação de sentidos atribuídos aos textos normativos. O STF é o garantidor do processo político democrático, tendo a responsabilidade de incorporar diferenças através dos direitos fundamentais.

Paulo Loureiro Philbois²⁴¹, em dissertação de mestrado, ressalta que, enquanto no Brasil as discussões sobre a guarda da Constituição passaram, durante o Século XX, pela efetiva consolidação do modelo judicial de controle de constitucionalidade, em outros países que já tinham tal sistema consolidado (Estados Unidos) ou que o rejeitaram expressamente (Reino Unido), as discussões avançaram para o enfrentamento às dificuldades desse sistema, como a delicada questão antidemocrática do controle de constitucionalidade. A principal objeção aos modelos de jurisdição constitucional é a questão antidemocrática de tal controle, pois uma decisão política emanada dos representantes do povo (Parlamento) está sendo desfeita por agentes estatais que não foram eleitos e não representam a população. Essa força contramajoritária do controle de constitucionalidade fica ainda mais latente nas decisões proferidas com base em princípios, como a dignidade humana e a moralidade, pois, nesses casos, claramente ao definir o conteúdo dessa norma abstrata, o juiz substitui o espaço de discricionariedade exercido pelo legislador. O autor conclui seu texto confirmando ser o Supremo Tribunal Federal o Guardião da Constituição no Brasil, demonstrando tal previsão abstratamente registrada na Constituição da República e o desenvolvimento da jurisdição constitucional no Brasil desde a redemocratização. Analisando diversas decisões do Supremo Tribunal Federal, pontua que

Esses julgados parecem autorizar a conclusão de que, para o Supremo Tribunal Federal, o fato de ser o guardião da Constituição significa possuir o monopólio da última palavra sobre a própria substância do poder. Assim, com exceção de atos de soberania externa exercidos pelo Presidente na sua função de Chefe de Estado, nenhuma outra instituição do país, nem mesmo o Legislativo ou outros órgãos do próprio Judiciário, pode tomar decisões, mesmo com respaldo democrático, contra o que os seus onze integrantes – ou melhor, o que a maioria deles – entendem que está escrito, ainda que implicitamente, no texto constitucional.²⁴²

²⁴¹ PHILBOIS, Paulo Loureiro. *O Guardião da Constituição no Brasil: As Bases e o Significado do Poder do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro, PUC, Departamento de Direito, 2012. Dissertação de Mestrado.

²⁴² PHILBOIS, Paulo Loureiro. *O Guardião da Constituição no Brasil: As Bases e o Significado do Poder do Supremo Tribunal Federal*. p. 108.

Rodrigo Brandão²⁴³ desenvolve pensamento um pouco diferente.

Para ele, existe um método de superação das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre inconstitucionalidade de suas normas pelo Parlamento através de emendas à Constituição²⁴⁴. No julgamento do RE 153.771, o Supremo Tribunal Federal declarou que o Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU – tinha natureza real, o que impediria a criação de leis municipais instituindo sua cobrança com alíquotas progressivas (somente estaria autorizada cobrança progressiva para cumprimento da função social da propriedade). O Congresso Nacional, diante de tal decisão, promulgou a Emenda Constitucional nº 29/2000, alterando a redação do artigo 156, §1º, da Constituição, e estabeleceu expressamente que o IPTU poderia ser progressivo em razão do valor dos imóveis, ocorrendo um típico caso de mudança da norma constitucional em superação à decisão do STF. Há inúmeros outros exemplos, como a Emenda Constitucional que criou a Contribuição de Iluminação Pública – COSIP – para superar reiteradas decisões do STF que declaravam inconstitucionais as taxas de iluminação pública, Emenda Constitucional que alterou o artigo 155 da Constituição e permitiu a cobrança de ICMS na importação de bens por pessoas físicas.

Após tecer vários exemplos dessas superações e contrassuperações de decisões do STF pelo parlamento, afirma que, no Brasil, há terreno para falarmos da existência dos diálogos institucionais. Esta teoria seria superior às que tratam da supremacia *prima facie* do judiciário ou do parlamento, pois essas últimas acabam por levar o teórico a elevar características do poder que defendem e rebaixar as características do poder que excluem. Enquanto o Judiciário detém maior propensão às defesas dos direitos fundamentais instituídos em uma Carta Constitucional (e o direito das minorias contra majorias de ocasião), o Parlamento tem maior propensão para concretizar as políticas públicas. Assim, o diálogo permanente entre tais instituições permite “ênfatar os mecanismos de controle recíproco entre os ‘poderes’, sujeitar o exercício das funções típicas por um ‘poder’ a permanente controle pelos outros”²⁴⁵. Tal modelo teria o condão não apenas de superar as idiosincrasias típicas da adoção de um dos modelos de supremacia mas também de permitir a união das melhores capacidades institucionais de cada um dos “poderes”.

²⁴³ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

²⁴⁴ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 290 ss.

²⁴⁵ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 295.

Por um lado, a possibilidade de aprovação de “emenda constitucional superadora” evita que sejam eternizadas decisões de inconstitucionalidade do STF que produzam efeitos práticos ruins, contribuindo, portanto, para que o sentido futuro da Constituição seja fixado por um processo de interação entre Judiciário e Legislativo em que cada um deles contribua com a sua capacidade institucional²⁴⁶.

Logo em seguida, o autor cita o caso da aposentadoria especial dos professores (com redução de 05 anos na contagem do tempo), prevista no artigo 40, §5º, e 201, §8º, da Constituição. O STF tinha jurisprudência sumulada de que, para efeitos da aposentadoria especial dos professores, somente poderia ser contado tempo de serviço dentro da sala de aula²⁴⁷. Porém, o Congresso Nacional editou a lei nº 11.301/2006 (que alterou a Lei 9.394/96) e previu que este tempo de serviço especial seja contado também àqueles professores que estejam no desempenho de atividades educativas, como a direção escolar, coordenação e assessoramento pedagógico. O STF, no julgamento da ADI 3.772, admitiu a constitucionalidade de tal lei.

Este também foi um caso típico de diálogo institucional, em que a Corte Suprema dialogou com o Parlamento e aceitou superação parcial de sua anterior posição para acrescentar algumas exceções à sua interpretação, que posteriormente mostrou-se inadequada, um caso de evolução da jurisprudência.

Por fim, Brandão também defende que o Supremo Tribunal Federal não detém a última palavra sobre o sentido da Constituição. Primeiramente porque as decisões do STF sobre inconstitucionalidade de leis e atos normativos vinculam os órgãos administrativos e judiciais, mas não vinculam o parlamento (art. 28, parágrafo único, Lei 9.868/99). Segundo, porque, ao decidir pela inconstitucionalidade de emendas constitucionais, o STF deve agir com cautela diante dos riscos institucionais que tais decisões implicam (como a possibilidade de superação da decisão por nova emenda à Constituição).

Após a análise de todas essas posições, que dão uma visão ampla e geral do tema, com os debates no Brasil e no exterior, pode-se afirmar que, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal é o efetivo Guardião da Constituição, mas não o seu único intérprete.

²⁴⁶ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 296.

²⁴⁷ Súmula nº 726, STF: Para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço fora da sala de aula.

O texto da Constituição da República Federativa do Brasil assim optou ao estabelecer:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

O texto expresso da Constituição da República indica a opção do constituinte pela proteção judicial de seu conteúdo, reafirmando a adoção da Jurisdição Constitucional no Brasil. Desta consideração decorre que o Supremo Tribunal Federal é o órgão incumbido, constitucionalmente, de realizar a guarda da Constituição e detém a última palavra a respeito de constitucionalidade de leis no país.

Porém, é sabido que as decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal não vinculam o Poder Legislativo²⁴⁸, que pode superar as posições por meio de Emendas à Constituição. Somente há vinculação expressa aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, mas o Poder Legislativo não se submete às decisões definitivas proferidas pelo STF em sede de controle de constitucionalidade.

Como bem retratado por Rodrigo Brandão, há diversos casos recentes em que houve superação de decisões do Supremo Tribunal Federal por novas alterações legislativas ao texto constitucional.

Também se observa, mais recentemente, um crescimento da participação popular no âmbito do debate público, especialmente com a difusão em massa das redes sociais e da comunicação virtual, tornando mais rápida e eficaz a difusão de ideias entre a população²⁴⁹.

²⁴⁸ **Constituição da República Federativa do Brasil**

Art. 102. (...). § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999

Art. 28. (...)

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

²⁴⁹ “Debate sobre eleições nas redes sociais abala amizades”: <<http://agenciabrasil.etc.com.br/politica/noticia/2014-10/debate-sobre-eleicoes-nas-redes-sociais-abala-amizades>>. Não apenas o debate político ficou mais latente, mas também o debate de ideias ficou mais ágil, como se demonstra claramente com as grandes manifestações populares ocorridas no dia 15 de março de 2015, convocadas majoritariamente pelas redes sociais: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/03/manifestantes-protestam-contradilma-em-estados-no-df-e-no-exterior.html>>. Também podemos atestar este fenômeno em outros países, como recentemente ocorreu na

Assim, lançando-se os olhos para nossa realidade legal e fática, pode-se afirmar que o Brasil vive um efetivo diálogo institucional a respeito das questões de Constitucionalidade das Leis, com uma prevalência pela posição judicial da interpretação constitucional, em que a posição do STF faz parte de um processo dialógico entre as instituições, com a participação crescente da população no debate público.

CONCLUSÃO

Após esta jornada no estudo sobre o guardião da Constituição, apresentar-se-ão algumas observações que contribuirão com o debate.

Inicialmente, analisando os antecedentes históricos, pode-se afirmar que o Controle de Constitucionalidade de leis surgiu nos Estados Unidos da América contemporaneamente à sua independência (1776 a 1783) e muito tempo antes de seu surgimento na Europa. O sistema surgido nos Estados Unidos do *judicial review of legislation* fez nascer o que se pode chamar de constitucionalismo e supremacia da constituição: a noção de estabilidade da constituição e seus princípios, que não podem ser violados por nenhum dos poderes, incluindo-se o Poder Legislativo. Porém, o *Judicial Review* não é um produto surgido eminentemente dos Estados Unidos da América no célebre caso *Marbury vs. Madison*, pela mente do *Chief Justice* John Marshall, mas trata-se de uma excelente lapidação da questão e marco da sistematização da matéria, com antecedentes provenientes do direito inglês desde os clássicos estudos de Edward Coke.

O sistema francês, de uma inicial repulsa absoluta ao controle de constitucionalidade de leis passou, após a Constituição de 1958, a prever uma espécie de controle, com a criação do Conselho Constitucional. Inicialmente tímido, o Conselho passou a ter grande relevância após o ano de 2008 com a criação da Questão Prioritária de Constitucionalidade.

Na Europa, o controle de constitucionalidade surgiu na Áustria muito tempo depois do seu surgimento nos Estados Unidos. Mais de um século separa o surgimento dos dois sistemas, tendo o sistema austríaco sido forjado pela obra de Hans Kelsen com a Constituição de 1920. Foi instituído o controle concentrado, realizado por uma Corte Constitucional exclusivamente constituída para esta finalidade, surgindo o denominado sistema de controle europeu (em contraposição ao sistema norte-americano - difuso).

No Brasil, o sistema de controle de constitucionalidade acompanhou, embora com um considerável atraso, as ideias surgidas nos Estados Unidos e, posteriormente, na Europa. A primeira Constituição, de 1824, foi outorgada por Dom Pedro I e previa quatro poderes: legislativo, executivo, judiciário e moderador, este exercido pelo Imperador e sobreposto aos demais, podendo, por exemplo, dissolver o parlamento e suspender magistrados. Embora já criado o Supremo Tribunal de Justiça (órgão de cúpula do Judiciário), não fora previsto um sistema de controle de constitucionalidade de leis.

A segunda Constituição, de 1891, foi promulgada sob forte influência do direito norte-americano e da doutrina de Rui Barbosa. A Constituição Provisória (Decreto 510, de 22 de junho de 1890) estabeleceu, pela primeira vez, o controle de constitucionalidade de leis no Brasil, tendo sua redação sido incorporada pela Constituição de 1891, em seu artigo 59, com previsão do controle tanto pelas justiças dos estados membros quanto pela justiça da União, consagrando-se o controle pelo sistema difuso.

Em 1934 foi promulgada a segunda Constituição republicana, com aperfeiçoamento do controle de constitucionalidade difuso. Manteve-se a mesma redação da Constituição de 1891, com acréscimo da exigência de maioria absoluta de votos de uma corte para declaração de inconstitucionalidade de leis, competência do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e surgimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva.

Em 1937 Getúlio Vargas outorga a Constituição do Estado Novo. Previu formalmente três poderes, mas ao Poder Executivo foi franqueada a possibilidade de desfazer decisões judiciais que declarassem a inconstitucionalidade de leis. O controle de constitucionalidade de leis teve grande retrocesso neste período, com a supressão de objeto do mandado de segurança (principal instrumento processual pelo qual se arguiam inconstitucionalidade de atos do poder público) contra atos do Presidente da República, Ministros de Estado, Governadores e Interventores e a indefensável competência do Executivo de derrubar decisões judiciais.

A Constituição de 1946, de caráter democrático, retomou o crescimento do controle de constitucionalidade, contemplando os dispositivos existentes desde a primeira constituição republicana que instituíram o controle difuso. Manteve-se a exigência de maioria absoluta de membros de tribunal para declaração de inconstitucionalidade, poder ao Senado de suspender leis declaradas inconstitucionais pelo STF, ADI interventiva, volta do mandado de segurança com matéria ampla dentro da Constituição e retirada do poder do Executivo de sustar decisões judiciais.

A previsão efetiva de controle concentrado no Brasil, aos moldes do que foi criado na Áustria de Kelsen dos anos 1920, ocorreu com a Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, quando ainda vigente a Constituição de 1946, mas já no período de exceção militar. Aí está a certidão de nascimento, no Brasil, do controle de constitucionalidade concentrado, limitado apenas à iniciativa do Procurador Geral da República.

A Constituição de 1967 foi imposta pelos líderes da “Revolução” (ou golpe) militar. Reproduziu todos os artigos de 1946 que tratavam de controle de constitucionalidade, omitindo apenas o dispositivo que permitia a criação de processo de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados para declaração de inconstitucionalidade de leis. Porém, diante das arbitrariedades cometidas pelo regime militar no período, o Controle de Constitucionalidade teve pouca relevância na época. Em 17 de outubro de 1969 foi editada a Emenda Constitucional nº 1, trazendo tamanha alteração ao texto de 67 que é considerada uma nova Constituição: a Constituição de 1969. Tal como a de 1967, a Constituição de 1969 foi instrumental, pois visava apenas dar fisionomia jurídica ao regime de poder que era de fato exercido pelos militares, período em que o controle de constitucionalidade também não teve muita relevância.

A Constituição de 1988 ampliou bastante o sistema de controle de constitucionalidade, tendo o Brasil desenvolvido uma jurisdição constitucional bastante sólida nestes mais de 26 anos de vigência da carta. A Constituição de 1988 manteve o sistema eclético, híbrido ou misto, combinando o controle incidental e difuso (sistema americano) com o controle por via principal e concentrado (sistema continental europeu). As inovações trazidas foram muitas. A mais destacada veio prevista no artigo 103, que ampliou o rol de legitimados a propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade. Criou-se a Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC –, criou-se mecanismos de controle de constitucionalidade da omissão, tais como a ADI por Omissão e o Mandado de Injunção, renovou-se a previsão de Ação Direta de Inconstitucionalidade em âmbito estadual, previu-se um mecanismo denominado de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF (suplantando algumas lacunas no controle de constitucionalidade). O controle difuso, por sua vez, continuou com previsão expressa, com significado parecido com o contemplado desde a primeira constituição republicana, e a Constituição manteve a Ação Direta Interventiva.

A história sobre o guardião da Constituição teve interessante capítulo escrito pelo debate entre Kelsen e Schmitt na primeira metade do Século XX.

Carl Schmitt, em 1931, funde textos anteriores, amplia o estudo e publica o livro “O Guardião da Constituição” (título original de “Der Hüter der Verfassung”). Defende a tese de que o Presidente do Reich deveria ser o legítimo Guardião da Constituição. Este, por ser eleito pela totalidade do povo alemão, teria a função de guardar e defender a unidade e totalidade

constitucionais desse povo. Schmitt entendia que democracia seria uma decisão política homogênea do povo alemão, mantida pelo Presidente do Reich.

No ano de 1931, Hans Kelsen publicou contraponto à teoria de Schmitt em texto nominado de “Quem deve ser o guardião da Constituição?”. Para Kelsen, a função jurisdicional, assim como a função política, também tem atribuição de solucionar questões sociais controversas de grande repercussão. Tal função deveria ser desenvolvida por um Tribunal Constitucional formado por magistrados preparados, sendo esta uma garantia de maior imparcialidade em suas decisões. Kelsen afirma que a função jurisdicional também tem características políticas, pois resolve conflito de interesses por meio de uma decisão. O Tribunal Constitucional garante a regularidade na elaboração da lei, sendo um legislador negativo. Esta atividade seria puramente jurídica, com pouca ou nenhuma criação, sendo totalmente limitada pela Constituição. Assim, o Poder Judiciário deveria ser o legítimo guardião da constituição, pois a jurisdição constitucional conferida a este poder tinha o dever de proteger as minorias através da Constituição. Democracia seria um compromisso constante entre minorias e maiorias. Após afastar toda a construção teórico-ideológica de Schmitt, Kelsen informa que a posição defendida por Schmitt é ideológica, de caráter político de fundo, o que não é aceitável no debate científico.

O debate teve novos capítulos por estudos mais recentes no exterior e no Brasil recente.

Cass Sunstein e Adrian Vermule defendem que as tradicionais teorias hermenêuticas partem de conceitos abstratos e teorias fechadas para apresentar respostas às situações concretas postas. Mas tais teorias hermenêuticas constituem-se em equívocos, pois descuram da real capacidade das instituições existentes, com suas limitações materiais e humanas, de formularem respostas adequadas. O juiz, então, deveria adotar uma posição minimalista e humilde, decidindo de forma limitada os casos que lhe são postos, evitando emitir decisões amplas demais e que acabariam por adequar-se equivocadamente a casos futuros.

Jeremy Waldron afirma que há um caráter antidemocrático no controle de constitucionalidade, pois não seria dado à decisão de um agente estatal suplantar a decisão da maioria obtida no parlamento (legítimo representante da voz popular). Se não há um modelo perfeito de última palavra sobre o direito, deveria ser aplicado o modelo mais democrático, qual seja, deixar que a maioria decida através do parlamento ou de plebiscitos, participação direta do povo, etc.

Larry Kramer defende o ressurgimento do constitucionalismo popular, indicando que o povo deve não só debater as questões constitucionais no espaço público como exercer pressão sobre as cortes constitucionais.

Interessante capítulo deste debate surge com a teoria dos diálogos institucionais, bem sintetizada em artigo de Peter Hogg e Allison Bushell. A ideia dos autores resume-se em que a *judicial review* é parte do diálogo entre juízes e legisladores. Como há possibilidade de reversão legislativa de decisão constitucional da corte suprema, então tal decisão se insere dentro de uma fase do diálogo entre as instituições democráticas.

No Brasil, Cláudio Ari Mello defende que o Judiciário, no modelo da Constituição da República de 1988, exerce função de garantia da totalidade do sistema de direitos fundamentais, devendo adotar postura ativista moderada e equilibrada na defesa dos direitos fundamentais. Quando se estiver em jogo a tutela de direitos fundamentais, o Judiciário limita e dirige sua concretização por parte dos órgãos estatais. Mas esse exercício não deve ser preponderante a ponto de usurpar as demais funções do Legislativo e Executivo.

Rodrigo Brandão afirma a existência de um método de superação das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre inconstitucionalidade de suas normas pelo Parlamento através de emendas à Constituição. Após tecer vários exemplos dessas superações de decisões do STF pelo parlamento, defende que há terreno para falarmos da existência dos diálogos institucionais no Brasil. Essa teoria sobrepõe-se às que tratam da supremacia *prima facie* do judiciário ou do parlamento.

Após todo o estudo, conclui-se que, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal é o efetivo Guardião da Constituição, mas não o seu único intérprete. Pode-se afirmar que o Brasil vivencia um efetivo diálogo institucional a respeito das questões de Constitucionalidade das Leis, com uma prevalência pela posição judicial da interpretação constitucional, em que a posição do STF faz parte de um processo dialógico entre as instituições, com a participação crescente da população no debate público.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *The Holmes Lectures: The Living Constitution*. Harvard Law Review. v. 120. n. 7. 2007. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/116>. Acesso em 13 de maio de 2014.

ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de. *Controle de constitucionalidade nos sistemas norte-americano, austríaco e alemão*. Estudos Jurídicos. Brasília, n. 32, mar/abr. 2010. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/878/1064>>. Acesso em: 04 de outubro de 2014.

ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. *Defending judicial supremacy: a reply*. Constitutional Commentary, 2000. v. 17. p. 455/482. Disponível em: <http://www.law.virginia.edu/pdf/faculty/hein/schauer/17const_comment455_2000.pdf>. Acesso em: 16 de abril de 2015.

ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2000.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Controle concentrado de constitucionalidade: o ‘Guardião da Constituição’ no embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. Revista de informação legislativa. Brasília, v. 41, n. 164, p. 87-103, out./dez. 2004. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/1009/R164-06.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 30 de outubro de 2014.

BARBI, Celso Agrícola. *Evolução do contrôlo de constitucionalidade das leis no Brasil*. Revista da Faculdade de Direito – UFMG. Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=7&cad=rja&uact=8&ved=0CDwQFjAG&url=http%3A%2F%2Fwww.direito.ufmg.br%2Frevista%2Findex.php%2Frevista%2Farticle%2Fdownload%2F1180%2F1113&ei=iIxZVLOhNfLesATU9YHQCC&usg=AFQjCNF1WAZbc0DlfgYFiFDcBhNPgSBqPw>>. Acesso em 05 de novembro de 2014.

BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais*. Campinas: Russel Editores, 2003.

BARBOSA GOMES, Joaquim B. *Evolução do controle de constitucionalidade de tipo francês*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 40, n. 158, abr/jun 2003. p. 97-125. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/847/R158-04.pdf?sequence=4>>. Acesso em 26 de setembro de 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Dez anos da Constituição de 1988*. Revista de direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Vol. 52, 2009.

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

_____. *Vinte anos da Constituição de 1988: o estado a que chegamos*. Revista de Direito do Estado Vol. 10, abr/jun. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BATEUP, Christine. *The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*. Brooklyn Law Review, 2006, v. 71. Disponível em: <http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/11>. Acesso em: 05 de novembro de 2014.

BERCOVICI, Gilberto. *Carl Schmitt, o estado total e o guardião da Constituição*. Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo, n. 1, jan./jul., 2003. p. 195-201.

BERMANN, George A.; PICARD, Etienne. *Introdução ao direito francês*. Trad. Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2.ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1992.

CASTANHATO, Camila. *O processo histórico do controle de constitucionalidade e as constituições do Brasil*. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4191>. Acesso em: 21 de agosto de 2014.

CORWIN, Edward S. *The doctrine of judicial review*. Kessinger Legacy Reprints. Princeton: Princeton University Press, 1914.

CUNHA JR., Dirley. *O controle de constitucionalidade na França e as alterações advindas da reforma constitucional de 23 de julho de 2008*. Disponível em: <http://www.portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/O_Controlde_Constitucionalidade_na_Franca_e_as_Alteracoes_advindas_da_Reforma_Constitucional_de_23_de_julho_de_2008.pdf>. Acesso em: 22 de setembro de 2014.

DAVID, René. *O direito inglês*. Trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____; VRIES, Henry P. de. *The french legal system*. New York: Oceana Publications, 1958. p. 30.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FORST, Rainer. *Contextos da justiça*. Trad. Denilson Luís Werle. São Paulo: Boitempo, 2010.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito constitucional: teoria da constituição, as constituições do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GARAY, Alberto F. *La enseñanza del caso “Marbury vs. Madison”*. Revista sobre enseñanza del derecho. Año 7. n. 13, 2009. p. 121-136. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/13/la-ensenanza-del-caso-murbury-vs-madison.pdf>. Acesso em: 18 de setembro de 2014.

GLENDON, Mary Ann; CAROZZA, Paolo G.; PICKER, Colin B. *Comparative legal traditions*. St. Paul: Thomson, 2008.

GOMES, Laurentino. *1808*. São Paulo: Planeta, 2007.

_____. *1822*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010.

_____. *1889*. São Paulo: Globo, 2013.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HELMHOLZ, R. H. *Bonham’s case, judicial review and the law of nature*. Journal of legal analysis. Oxford. Winter, 2009. Vol. 1, n° 1. Disponível em: <<http://jla.oxfordjournals.org/content/1/1/325.full.pdf>>. Acesso em: 07 de maio de 2014.

HOBSBAWM, Eric J. *A era do capital: 1848-1875*. Trad. Luciano Costa Neto. 15. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

_____. *A era dos impérios: 1875-1914*. Trad. Sieni Maria Campos; Yolanda Steidel de Toledo. 13. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

_____. *A era das revoluções: 1789-1848*. Trad. Maria Tereza Teixeira. 25. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

HOGG, Peter W; BUSHELL, Allison A.. *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures: Or Perhaps the Charter of Rights Isn’t Such a Bad Thing after All*. Osgoode Hall

Law Journal, v. 35. n. 1, 1997. p. 75/124. Disponível em: <<http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol35/iss1/2>>. Acesso em: 15 de abril de 2015.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Constituição, Poder Judiciário e Estado Democrático de Direito: a necessidade do debate 'procedimentalismo versus substancialismo'*. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, n. 57. Porto Alegre, jan./abr. 2006. p. 23-44.

KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições, 1970;

_____. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições70, 2011.

KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*. Trad. Gabriel Nogueira Dias; José Ignácio Coelho Mendes Neto. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

_____. *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug. 3. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2013.

_____. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KLATAU FILHO, Paulo. *A primeira decisão sobre controle de constitucionalidade: Marbury vs. Madison (1803)*. Revista Brasileira de Direito Constitucional. n. 2. Jul/dez – 2003. Disponível em: <<http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/viewFile/50/50>>. Acesso em: 18 de setembro de 2014.

KRAMER, Larry. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *A guarda da Constituição em Hans Kelsen*. Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo, n. 1, jan./jul., 2003. p. 203-209.

LUNARDI, Soraya Gasparetto. *Controle de constitucionalidade na França: vantagens e inovações*. Revista brasileira de estudos políticos. n.103. Belo Horizonte, 2011. p. 285/306.

Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbepdocs/103285306.pdf>>. Acesso em: 20 de setembro de 2014.

MACIEL, Adhemar Ferreira. *O acaso, John Marshall e o controle de Constitucionalidade*. Revista de Informação Legislativa. v. 43. n. 172. out./dez. 2006. p. 37-44. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/93276/Maciel%20Adhemar.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 18 de setembro de 2014.

MAIA, Paulo Sávio N. Peixoto. *O guardião da Constituição na polêmica Kelsen-Schmitt*. Brasília: Universidade de Brasília, Departamento de Direito, 2007. Disponível em: <http://bdtd.bce.unb.br/tesesimplificado/tde_arquivos/44/TDE-2008-02-25T134637Z-2323/Publico/Dissert_PauloSavioNPMaia.pdf>. Acesso em: 01 de maio de 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba, n° 49, 2009. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/viewFile/17031/11238>>. Acesso em: 10 de maio de 2014.

MARTÍNEZ, Fernando Rey. *Una relectura del Dr. Bonham' Case y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la Judicial Review*. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2555/100.pdf>>. Acesso em: 07 de maio de 2014.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (coord.) *Tratado de direito constitucional*. v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MATHEN, Carissima. *Dialogue theory, judicial review, and judicial supremacy*. Osgoode Hall Law Journal, vol. 45, n. 1. p. 125/146, 2007. Disponível em: <<http://www.carissimamathen.ca/wp-content/uploads/2013/04/Dialogue-Theory-and-Jud-Supremacy.pdf>>. Acesso em: 15, de abril de 2015.

McWHINNEY, Edward. *Judicial review*. 4ª ed. Toronto: University of Toronto Press, 1969.

MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____: Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

_____; _____. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

_____. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Kelsen e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. Revista de Informação Legislativa. v. 31. n. 121, p. 185-188, jan./mar. 1994. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176231>>. Acesso em: 03 de março de 2015.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009.

_____; _____. *The civil law tradition: na introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. 3. ed. Stanford: Stanford University Press, 2007.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Do espírito das leis*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

PHILBOIS, Paulo Loureiro. *O Guardião da Constituição no Brasil: As Bases e o Significado do Poder do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro, PUC, Departamento de Direito, 2012. Dissertação de Mestrado. Disponível em: <http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=21213@1>. Acesso em: 22 de agosto de 2014.

RAMOS, Carlos Alberto. *Origem, conceito, tipos de constituição, poder constituinte e história das constituições brasileiras*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 24, n. 93, jan/mar 1987. Disponível em:

<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181723/000426993.pdf?sequence=3>>.

Acesso em: 23 de outubro de 2014.

RAWLS, John. *Justiça como equidade*. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta; Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *Quem deve ser o guardião da Constituição?* Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

ROHR, John Anthony. *Founding republics in France and America*. Kansas (EUA): University Press of Kansas, 1995.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. Trad. Vera Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SALES, Décio Pimentel Gomes Sampaio. *Poderes constituintes e limitações constitucionais: o papel do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição*. Disponível em: <http://www2.unifor.br/tede//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=809041>. Acesso em: 22 de agosto de 2014.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANDEL, Michael J.. *Justiça*. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Título original: Der Hüter der Verfassung.

SILVA, Carlos Bruno Ferreira. *O guardião da Constituição no estado democrático de direito*. Rio de Janeiro: PUC, Departamento de direito, 2005. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp067741.pdf>>. Acesso em 01 de maio de 2015. SILVA, Virgílio Afonso da. *O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*. Revista de Direito Administrativo. São Paulo, n. 250, 2009. p. 197-227. Disponível em: <http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2009-RDA250-STF_e_deliberacao.pdf>. Acesso em: 05 de outubro de 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SUNSTEIN, Cass; VERMULE, Adrian. *Interpretation and institutions*. Michigan Law Review, v. 101, n. 4, p. 885/951. Chicago, 2003. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/files/files/156.crs-av.interpretation.pdf>>. Acesso em: 09 de março de 2015.

THAYER, James Bradley. *The origin and scope of the American doctrine of constitutional law*. Boston: Little, Brown and Company, 1893. Disponível em: <<http://lcweb2.loc.gov/service/gdc/scd0001/2007/20078131004or/20078131004or.pdf>>. Acesso em: 03 de setembro de 2014.

TREANOR, William Michael. *Judicial review before Marbury*. Stanford Law Review, 58. 2005. Disponível em: <<http://www.stanfordlawreview.org/sites/default/files/articles/treanor.pdf>>. Acesso em: 07 de maio de 2014.

VAINER, Bruno Zilberman. *Breve histórico acerca das constituições do Brasil e do controle de constitucionalidade brasileiro*. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC, n. 16,

jul/dez 2010. p. 161/191. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-16/RBDC-16-161->

Artigo_Bruno_Zilberman_Vainer_(Breve_Historico_acerca_das_Constituicoes_do_Brasil_e_do_Controle_de_Constitucionalidade_Brasileiro).pdf>. Acesso em: 23 de outubro de 2014.

VIEIRA, Iacyr de Aguiar. *O controle da constitucionalidade das leis: os diferentes sistemas*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 36, n. 141, jan/mar. 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/448/r141-04.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 01 de outubro de 2014.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/2521/000275909.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 22 de agosto de 2014.

WALDRON, Jeremy. *The core of the case against judicial review*. The Yale Law Journal, 115, 6, p. 1.348/1.406. New Haven, 2006. Disponível em: <<http://philosophyfaculty.ucsd.edu/FACULTY/RARNESON/Courses/Waldroncore.pdf>>. Acesso em: 09 de março de 2015.

WEBER, Thadeu. *Ética e filosofia do direito*. Petrópolis: Vozes, 2013.