

SEPARAÇÃO DE PODERES, SUPREMACIA DO PARLAMENTO E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

SEPARATION OF POWERS, PARLIAMENT SUPREMACY AND JUDICIAL REVIEW

Márcio Fernando Bouças Laranjeira

Advogado da União em exercício na Procuradoria-Regional da União da 2ª Região

Mestrando em Direito pela UniRio (RJ)

Pós-graduado (lato sensu) em Direito Público pela UnB

SUMÁRIO: Introdução; 1 Das origens modernas do constitucionalismo: a separação de poderes; 2 Do nascimento do controle de constitucionalidade e sua adoção pelos ordenamentos jurídicos contemporâneos; 2.1 Dos sistemas francês (controle político) e inglês (supremacia do Parlamento); 2.2 Do controle de constitucionalidade norte-americano; 2.3 Do sistema austríaco (Corte Constitucional) e o embate Kelsen vs. Schmitt; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar os sucessivos estágios de evolução e consolidação da Constituição, desde o reconhecimento da necessidade de separação de poderes até a implantação de mecanismos de garantia de eficácia da Carta Magna (controle de constitucionalidade). Passando a Constituição a ser compreendida como diploma dotado de eficácia normativa e idôneo a vincular todos os demais atos jurídicos, tornou-se impositiva, em consequência, a criação de órgãos responsáveis pela análise da adequação da legislação infraconstitucional. Neste contexto, não só o sistema norte-americano de controle difuso e o sistema austríaco de controle concentrado, mas também o sistema francês (controle político) apresentam-se idôneos a assegurar a força normativa da Constituição, enquanto o atual sistema inglês (da declaração de incompatibilidade) – apesar de não garantir ao Judiciário o poder de anular a norma impugnada – representa inequívoca evolução no caminho de se retirar do Legislativo a prerrogativa de se manifestar, de forma vinculante para os demais poderes, quanto à constitucionalidade de qualquer norma editada pelos representantes do povo.

PALAVRAS-CHAVE: Supremacia da Constituição. Controle de Constitucionalidade. Separação de Poderes. Cortes Constitucionais.

ABSTRACT: This paper aims to analyze the evolution and consolidation of the Constitution, since the recognition of the need for a separation of powers up to the deployment of mechanisms ensuring effectiveness to the Constitution (judicial review). Understood the Constitution as a normative law, endowed with efficacy and able to bind all other legal actions, the creation of bodies responsible for examining the adequacy of the legislation became essential. In this context, not only the American system of diffuse control and the Austrian system of concentrated control, but also the French system (political control) appear suitable to ensure the normative force of the Constitution, while the current English system (declaration of incompatibility) – even though the judiciary remains unable to repeal a law – represents clear progress on the way to withdraw from the legislative the prerogative to decide, with binding effect to the other powers, about the constitutionality of any rule issued by the parliament.

KEYWORDS: Supremacy of the Constitution. Judicial Review. Separation of Powers. Constitutional Courts.

INTRODUÇÃO

A afirmação da supremacia da Constituição e, por decorrência, sua força normativa, reflete um processo de amadurecimento do Direito Constitucional, tendo raízes na separação de poderes, inicialmente vislumbrada por John Locke e, posteriormente, sistematizada por Montesquieu, como instrumento de garantia das liberdades individuais em face do Estado.

A repartição de poderes, ainda que originariamente destinada a impor limites à atuação do monarca, ganhou importância em vista da necessidade de se estabelecer também um controle sobre os atos do Legislativo¹, com o fito de que este não extrapolasse suas funções, interferindo ilegitimamente nos direitos individuais. No entanto, para que o referido controle pudesse ser realizado, haveria de existir uma norma superior, em face da qual todos os atos do Legislativo deveriam respeitar, sob pena de serem extirpados do ordenamento jurídico.

Assim, a Constituição não só foi elevada à condição de norma fundamental, mas também se lhe atribuiu eficácia normativa, tornando nulos os atos legislativos que estiverem em confronto com os princípios albergados pelo constituinte originário.

1 DAS ORIGENS MODERNAS DO CONSTITUCIONALISMO: A SEPARAÇÃO DE PODERES

A Constituição, compreendida como diploma fundamental do Estado e norma hierarquicamente superior aos demais atos legislativos, tem como importante antecedente a limitação dos poderes, já que não seria possível falar-se em supremacia constitucional se um só indivíduo concentrasse todos os poderes do Estado, não se submetendo a controle algum.

Em um Estado onde o governante não encontrasse limites, podendo agir ao arrepio das normas postas, a Constituição nada mais seria que um simples documento de organização política, um inócuo e retórico arcabouço de direitos.

1 Carl Schmitt já afirmava: “Enquanto antigamente, no século XIX, o risco provinha do governo, ou seja, vinha da esfera do ‘executivo’, a preocupação se dirige, hoje, sobretudo, contra o legislador. Atualmente, a regulamentação da norma constitucional serve para tutelar certas questões e certos interesses, que antes eram assunto da legislação ordinária, contra esse legislador, i.e., contra maiorias parlamentares alternantes.” (in: *O Guardião da Constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 36-37).

Sob tal enfoque, o inglês John Locke (1632-1704) já vislumbrava que o Estado não podia ser absoluto, sendo impositiva a contenção de seu poder, evitando a indevida intromissão na liberdade e na propriedade individual. Na concepção do referido filósofo, tais direitos antecedem e se sobrepõem ao Estado, já que inatos ao ser humano, razão pela qual não podem sofrer qualquer limitação (de todo ilegítima) pelo governo.

O Estado existiria não para dispor ou limitar os direitos naturais, mas para protegê-los, resolvendo os conflitos nascidos entre os indivíduos. Como o fim do governo civil é manter a harmonia social (evitando a guerra de todos contra todos), o seu poder não haveria de ser exercido de modo irrestrito, já que, se assim fosse, exsurgiria o Estado como o mais perigoso agressor dos direitos individuais.

Para que a função estatal não se transformasse na institucionalização da repressão e da violação aos direitos individuais, Locke já defendia a separação de poderes como mecanismo indispensável para que o governante não extrapolasse os limites de suas atribuições.

Tendo em vista que a concentração de poder em uma só pessoa poderia colocar em risco a liberdade e a propriedade individual, ficava evidente que não poderia haver segurança em um Estado absoluto e centralizado. Em consequência, o poder atribuído ao governo pelo contrato social haveria de ser dividido, cabendo ao Legislativo editar as leis, com o objetivo de garantir a estabilidade social, e ao Executivo, aplicá-las para este mesmo fim.²

Entendendo a separação de poderes como elemento indispensável à viabilidade do próprio Estado, John Locke se opunha ao absolutismo, afirmando em certa passagem:

2 Ressalte-se que Locke faz alusão, ainda, ao que denomina poder federativo. Tal poder tem “a competência para fazer a guerra e a paz, ligas e alianças, e todas as transações com todas as pessoas e todas as comunidades que estão fora da comunidade civil” (op. cit., p. 171). Distingue-se o poder executivo do federativo, pois, enquanto o primeiro refere-se à “execução das leis internas da sociedade sobre todos aqueles que dela fazem parte”, o segundo diz respeito à “administração da segurança e do interesse do público externo, com todos aqueles que podem lhe trazer benefícios ou prejuízos” (idem, *ibidem*). No entanto, sustenta Locke que tais poderes não devem estar separados e colocados nas mãos de pessoas distintas, pois, “como ambos requerem a força da sociedade para o seu exercício, é quase impraticável situar a força da comunidade civil em mãos distintas e sem elo hierárquico” (op.cit., p. 172). Ademais, a possibilidade de agirem separadamente “equivaleria a submeter a força pública a comandos diferentes e resultaria, um dia ou outro, em desordem e ruína.” (idem, *ibidem*).

O indivíduo exposto ao poder arbitrário de um único homem que tem cem mil sob suas ordens encontra-se em uma situação muito pior que aquele exposto ao poder arbitrário de cem mil homens isolados: ninguém pode garantir que a vontade daquele que detém tal comando é melhor que aquela de outros homens, embora sua força seja cem mil vezes mais forte. Por isso, seja qual for a forma de comunidade civil a que se submetam, o poder que comanda deve governar por leis declaradas e aceitas, e não por ordens extemporâneas e resoluções imprecisas.³

Afastando-se do governante o poder absoluto, o órgão legislativo passa, então, a ser compreendido como a legítima expressão da vontade popular. Em consequência, como o Executivo não podia agir senão nos limites definidos pelo Legislativo, este ganha inequívoca preeminência, dando azo à teoria da supremacia do Parlamento.

Nessa vertente, como fruto da Revolução Gloriosa (1688-1689), o histórico "*Bill of Rights*" (1689) impôs à Coroa inglesa expressivas limitações, atribuindo ao Parlamento a preeminência na criação do Direito.⁴ Ao rei não mais se admitia legislar de forma independente e autônoma, devendo seus atos se submeter ao controle do Legislativo. Surgia, portanto, a monarquia constitucional em oposição à monarquia absolutista.

No sistema inglês, o monarca continua a exercer o poder executivo, mas de forma limitada, pois dependente da aprovação do Parlamento. A supremacia do órgão legislativo, como será observada mais à frente, conferiu-lhe primazia e tornou inviável o controle de constitucionalidade das leis por órgão externo.⁵

3 LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil e outros escritos*. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa, 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 165-166.

4 Dentre as limitações impostas ao rei e as garantias conferidas ao povo e ao legislativo, podem-se destacar: a impossibilidade de o rei, sem autorização do parlamento, suspender leis ("dispensing power") e criar ou manter um exército, em tempo de paz ("standing army"); o direito de petição ("right to petition"); a eleição dos membros do parlamento sem interferência da Coroa ("freedom of election"); a liberdade de expressão no parlamento, não podendo ser o direito de manifestação cassado ou impugnado em instâncias externas ao parlamento ("freedom of speech"); a impossibilidade de fixação de multas excessivas e penas cruéis ("excessive bail"); e a impossibilidade de imposição de multas ou penas antes da condenação ("grants of forfeitures"). Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/aep/WillandMarSess2/1/2/introduction>>. Acesso em: 19 jul.2012.

5 Sem embargo, ensina Gustavo Binenbojm que o ordenamento inglês, antes da Revolução Gloriosa, admitia uma espécie de controle das leis. De fato, "ainda na primeira metade do século XVII, na Inglaterra e em suas colônias foi praticada espécie de controle judicial da constitucionalidade. Com efeito, era corrente na tradição jurídica inglesa a concepção da lei não com ato de vontade, mas como mero ato

A teoria da separação de poderes defendida por Locke ganha contornos mais definidos com a obra do político francês Charles de Montesquieu (1689-1755), para quem o Estado deveria comportar três poderes distintos: o Legislativo (ao qual compete a elaboração e abrogação das leis), o Executivo (poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, ocupando-se o príncipe ou o magistrado da manutenção da paz ou da declaração de guerra, do envio e recebimento de embaixadores, da segurança da sociedade e da prevenção de invasões) e o Judiciário (poder executivo das coisas que dependem do direito civil, conferido ao príncipe ou magistrado, para a punição dos crimes e julgamento dos dissídios civis).⁶

Em “*Do Espírito das Leis*”, Montesquieu defende que os poderes de editar as leis e de julgar sua aplicação deveriam ser atribuídos a órgãos diferentes, sob pena de se tornar o Estado autoritário e arbitrário, colocando em risco a liberdade individual.⁷ Mais ainda, a coexistência dos poderes haveria de ser mantida por intermédio de limites recíprocos, impondo àqueles uma atuação harmônica.⁸

Deste modo, Montesquieu, assim como Locke, concebe o Estado como forma de garantir as liberdades individuais, opondo-se ao regime absolutista. Na sua óptica, o indivíduo só estaria seguro se o poder estatal encontrasse limite e este só seria possível com a repartição de poderes.

declaratório do direito consuetudinário. Em suma, a common law tinha prevalência sobre a lei escrita (statutory law); aquela poderia até ser completada, mas jamais contrariada por essa. Fundado em tal tradição, desenvolveu-se e ganhou expressão a teoria de Edward Coke, que propugnava pela atuação dos juízes como mediadores entre rei e nação e como guardiões da supremacia da common law sobre a autoridade do Parlamento e do próprio soberano. Após praticada por algumas décadas do século XVII, a doutrina de Sir Coke – considerada por alguns o ponto de partida da ideia de jurisdição constitucional – acabou abandonada com o advento da Revolução Gloriosa e a afirmação da ainda hoje vigente supremacia do Parlamento.” in: *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumento de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 18-19.

6 MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. Tradução de Gabriela de Andrada Dias Barbosa, São Paulo: Brasil, 1960, Livro XI, p. 180.

7 Tal concepção foi igualmente defendida por Hamilton, Jay e Madison, quando da formação dos Estados Unidos da América, segundo os quais “a acumulação de todos os poderes, legislativos, executivos e judiciais, nas mesmas mãos, sejam estas de um, de poucos ou de muitos, hereditárias, auto-nomeadas ou eletivas, pode se dizer com exatidão que constitui a própria definição da tirania.” (HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O Federalista: um comentário à Constituição Americana*. Tradução de Reggy Zacconi de Moraes. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1959, artigo XLVII, p. 196).

8 “Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder refreie o poder.” (HAMILTON, op. cit., Livro XI, p. 179).

Entendia Montesquieu que se o poder legislativo estivesse conferido ao titular do poder executivo, o cidadão temeria se submeter a leis tirânicas, aplicadas também tiranicamente; se reunido o poder de julgar ao poder legislativo, o indivíduo estaria exposto a atos arbitrários, já que o juiz seria o próprio legislador; se unido o poder de julgar com o poder executivo, o juiz teria a força de um opressor.⁹ O exercício ilimitado do poder levaria, portanto, ao despotismo.¹⁰

A teoria sustentada por Montesquieu encontra-se também assentada na obra do francês Benjamin Constant que, ponderando acerca da necessária limitação dos poderes constituídos, afirmou:

A divisão dos poderes será infrutífera se a soma total dos poderes for ilimitada. Os poderes divididos podem fazer coalizão e o despotismo será inevitável. O que nos importa não é o fato de que nossos direitos não possam ser violados por um dos poderes sem a aprovação do outro, mas que nenhum poder possa transgredi-los. Não basta que os agentes do poder executivo precisem invocar a autorização do legislador; é preciso que o legislador não possa autorizar sua ação a não ser na esfera que legitimamente lhe compete. Não basta que o poder executivo não possa atuar sem a ajuda de uma lei, é preciso que se ponham limites a essa ajuda, declarando-se que há matérias que fogem à competência do legislador ou, em outras palavras, que a soberania é limitada e que nem o povo nem seus delegados têm o direito de converter em lei qualquer capricho.¹¹

Benjamin Constant, entretanto, atribuía o equilíbrio entre os poderes à figura real (*i.e.*, ao chefe de Estado). Tal autoridade, porque alheia aos conflitos, livre das paixões políticas e neutra em relação ao exercício dos demais poderes, tinha por função evitar que um destruísse o outro, *“permitindo que todos se apoiem, se compreendam e que atinem comumente.”*¹² Na sua concepção, o chefe de Estado não exercia o governo; não detinha o poder executivo, já que este era conferido aos ministros. O

9 HAMILTON, op. cit., Livro XI, p. 180.

10 Segundo Montesquieu, no governo despótico, um só indivíduo, sem lei e sem regra, submete tudo a sua vontade e a seus caprichos (op. cit. Livro II, p. 16). Em tal governo, é indispensável o temor do governados, de modo que “arrefeça todas as ousadias, e apague até os mínimos sentimentos de ambição.” (op. cit., Livro III, p. 36-37).

11 REBECQUE, Henri Benjamin Constant de. *Princípios Políticos Constitucionais*. Tradução de: Maria do Céu Carvalho, Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989. p. 67-68.

12 REBECQUE, op. cit., p. 74.

poder real estava, deste modo, acima de todos os poderes, incumbindo-lhe o exercício de uma atividade inequivocamente de mediação.¹³

Apesar do louvável propósito de estabelecer um equilíbrio entre os poderes, a teoria de Constant é desvirtuada quando o poder real passa a deter cumulativamente o exercício do poder executivo, o que acaba por torná-lo parte interessada e parcial.¹⁴

Segundo a doutrina contemporânea, a teoria do poder neutro de Constant não haveria mesmo de lograr êxito. Neste sentido, questionava o austríaco Hans Kelsen (1881-1973):

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?

[...]

Dentro da atmosfera política da monarquia, essa doutrina do monarca como guardião da Constituição era um movimento eficaz contra a busca, que já então aflorava de quando em quando, por um tribunal constitucional.¹⁵

Em outro instante, arremata:

13 Vale ressaltar que tal concepção foi utilizada pelo alemão Carl Schmitt (1888-1985) para justificar que a guarda da Constituição incumbia ao Presidente do Reich, negando tal função a um Tribunal Constitucional in: *O Guardião da Constituição*. Op. cit., p. 193-205.

14 Como exemplos de tal defeito orgânico, podem-se citar a Constituição Política do Império do Brasil de 1824 (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. 102. *O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado.*) e a Carta Constitucional do Reino de Portugal, de 1826 (Art. 11. *Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Reino de Portugal são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial.* Art. 71. *O Poder Moderador é a chave de toda a organização política, e compete privativamente ao Rei, como Chefe Supremo da Nação, para que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais Poderes Políticos.* Art. 75. *O Rei é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado.*). Ambas as constituições foram outorgadas por D. Pedro de Bragança e Bourbon (D. Pedro I, no Brasil; D. Pedro IV, em Portugal), no momento em que as Cortes ganhavam força e passavam a limitar o poder do soberano.

15 KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: *Jurisdição Constitucional*. Tradução do alemão de Alexandre Krug, Tradução do italiano de Eduard Brandão, Tradução do Francês de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 242.

Quando Constant afirma que o monarca seria detentor de um poder neutro, apoia essa tese essencialmente na suposição de que o executivo esteja dividido em dois poderes distintos: um passivo e outro ativo, e que o monarca detenha simplesmente o passivo. Somente enquanto “passivo” é que tal poder seria “neutro”. Fica evidente a ficção de se apresentar como meramente “passivo” o poder de um monarca a quem a Constituição confia a representação do Estado no exterior – sobretudo a assinatura de tratados –, a sanção das leis, o comando supremo do exército e da frota, a nomeação de funcionários e juizes, entre outras coisas, e de contrapô-lo enquanto tal ao executivo restante, visto como um poder ativo.¹⁶

Tendo em vista tal degeneração, surgiu a necessidade de se transferir a função fiscalizadora a um poder não submetido aos interesses político-partidários; um poder não interessado nas questões de governo, mas apenas na defesa do ordenamento constitucional. A premissa lógica de tal controle estava, entretanto, na necessária admissão da supremacia da Constituição, ou seja, que fosse ela compreendida como norma que se sobrepusesse aos outros textos normativos (e, por conseguinte, ao legislador ordinário).

Para a ascensão da Constituição a tal patamar, apresentou-se de vital importância o reconhecimento de que com ela não se confundia a legislação comum e que esta não podia impor-lhe qualquer modificação. Tal concepção só se tornou possível com a obra de Emmanuel Joseph Sieyès (1748-1836), ao distinguir o poder constituinte do poder constituído.¹⁷

Em “*O que é o Terceiro Estado*”, o político francês consignou ser o povo o verdadeiro titular do poder de dispor sobre sua constituição e organização (poder constituinte originário). Claramente influenciado pela doutrina de Locke, Sieyès sustentava que o governo deveria ter limites, não podendo os representantes do povo desrespeitar os parâmetros estabelecidos pela Constituição, porque assim voltar-se-iam contra aqueles que lhe conferiram o poder de legislar. Em suas palavras:

O corpo dos representantes, a que está confiado o poder legislativo ou o exercício da vontade comum, só existe na forma que a nação quis

16 KELSEN, 2007c, p. 245.

17 Merece relevo, entretanto que, segundo Canotilho, “embora a expressão poder constituinte não surja de forma clara na obra de John Locke, considera-se que este sugeriu a distinção entre *poder constituinte* do povo, reconduzível ao poder de o povo alcançar um nova ‘forma de governo’, e o *poder ordinário* do governo e do legislativo encarregados de prover à feitura e à aplicação das leis.” (In: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 72-73)

lhe dar. Ele não é nada sem suas formas constitutivas; não age, não se dirige e não comanda, a não ser por elas.

A esta necessidade de organizar o corpo do governo, se quisermos que ele exista ou que aja, é necessário acrescentar o interesse que a nação tem em que o poder público delegado não possa nunca chegar a ser nocivo a seus comitentes. Daí as inúmeras precauções políticas que foram introduzidas na Constituição, e que são outras tantas regras essenciais ao governo, sem as quais o exercício do poder se tornaria ilegal.¹⁸

Da teoria lançada por Sieyès, com a distinção entre o poder ilimitado de dispor sobre a Constituição (cujo titular é o povo) e o poder limitado de editar as leis ordinárias (a cargo de seus representantes), conclui-se que, ao mesmo tempo em que a soberania do povo resta assegurada pelo poder constituinte originário (exercitável a qualquer tempo, quando assim determinar a vontade geral), os direitos individuais são protegidos da atuação do legislador, já que este, devendo observância aos ditames constitucionais, não poderá ultrapassar os limites impostos pela Carta Magna.

Como será analisado a seguir, a teoria da separação de poderes (Locke e Montesquieu) associada ao reconhecimento da supremacia da Constituição, com a distinção entre os poderes constituinte e constituídos (Sieyès), dá impulso ao constitucionalismo moderno, no qual o Texto Constitucional detém supremacia em relação à legislação, dotando-lhe de instrumentos de garantia de sua eficácia.

2 DO NASCIMENTO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E SUA ADOÇÃO PELOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS CONTEMPORÂNEOS

O controle de constitucionalidade é fruto, evidentemente, da necessidade de se efetivamente garantir a supremacia da Constituição. O controle surge como mecanismo de defesa da Constituição em face de atos legislativos que lhe sejam incompatíveis, já que, por óbvio, de nada adiantaria sustentar a superioridade do texto constitucional se, pela via legislativa ordinária, seus mandamentos fossem alterados ou mesmo revogados.

18 SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa – Qu'est-ce que Le Tiers État?* Tradução de Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 48.

Seguindo a concepção de Sieyès, no sentido de que apenas o povo (detentor do poder constituinte) está apto a instaurar uma nova ordem constitucional, tem-se que seus representantes no Parlamento, porque limitados pela Constituição, não podem a ela se opor e, se assim o fizerem, seus atos deverão ser extirpados do ordenamento jurídico.

Deste modo, consolidada a teoria da separação de poderes e reconhecida a distinção entre poder constituinte e poder constituído, o último estágio para a afirmação da Constituição como norma superior do ordenamento jurídico se concretiza com o surgimento do controle de constitucionalidade.

Diversas modalidades de controle foram adotadas pelos ordenamentos jurídicos. Uns optaram por um controle preventivo (no qual se impede a entrada em vigor da lei, como ocorre, em regra, no sistema francês); outros, um controle simplesmente opinativo (no qual apenas se instiga o legislador a arrostar a inconstitucionalidade, como é o caso do sistema inglês); finalmente, outros, um controle repressivo e cogente (no qual se extirpa a lei do ordenamento jurídico ou se nega da sua aplicação ao caso concreto, como ocorre nos sistemas concentrado austríaco e difuso norte-americano).

De qualquer modo, o controle de constitucionalidade apresenta-se indispensável para a garantia da Constituição e, ao cabo, para o que se denomina Estado constitucional. Neste sentido, ensina Canotilho:

O Estado constitucional democrático ficaria incompleto e enfraquecido se não assegurasse um mínimo de *garantias* e de *sanções*: garantias da observância, da estabilidade e preservação das normas constitucionais; sanções contra actos dos órgãos de soberania e de outros poderes públicos não conformes com a constituição.

[...]

Globalmente consideradas, as garantias de existência da constituição consistem: (1) na vinculação de todos os poderes públicos (designadamente do legislativo, do executivo e judicial) à constituição; (2) na existência de competências de *controle*, políticas e jurisdicionais, do cumprimento da constituição.¹⁹

19 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 887-888.

2.1 DOS SISTEMAS FRANCÊS (CONTROLE POLÍTICO) E INGLÊS (SUPREMACIA DO PARLAMENTO)

A transição entre a Constituição como simples instrumento de afirmação do poder real (portanto, como documento sem qualquer eficácia normativa) até o *status* de norma fundamental do ordenamento jurídico, em face da qual todas lhe devem respeito (logo, de documento com eficácia normativa ou, nas expressões de Hesse²⁰, dotado de “*pretensão de eficácia*” e “*vontade de Constituição*”), não foi percorrida facilmente.

Com efeito, a supremacia da Constituição e sua defesa por um poder estranho ao Legislativo encontraram tenaz oposição com a visão restritiva, nascida com a Revolução Francesa (1789-1799), de que os juízes seriam meros enunciadores da lei (“*bouche de la loi*”)²¹, cabendo-lhes simplesmente aplicar a norma posta mediante um processo puramente silogístico, de mera subsunção.

E assim se justificava pelo fato de a Revolução, pondo fim ao antigo regime, ter por objetivo estabelecer garantias efetivas aos direitos e liberdades individuais. Para tal, elaborou-se a ideia de que, mantida a separação dos poderes, caberia aos legítimos representantes do povo impor limites ao monarca. Partindo-se da premissa de que o povo detinha um poder absoluto²² (não podendo a vontade geral sofrer limitações), nada mais natural que o Legislativo, como seu representante, passasse a gozar de supremacia, logo seus editos haveriam de ficar imunes ao crivo dos juízes.

Como bem ressalta Max Möller, a soberania do Parlamento, na concepção dos revolucionários franceses, não se amolda ao que hoje se entende por Constituição. Assim pondera o referido autor:

20 HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

21 Montesquieu utiliza tal expressão, quando assevera que os juízes não são mais que “a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta não podem moderar nem a força e nem o rigor.” (*Do Espírito das Leis*, op. cit., Livro XI, p. 187).

22 O poder ilimitado do povo já havia sido defendido por Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), para quem a soberania do povo era inalienável e indivisível. Quanto ao primeiro aspecto, dizia Rousseau que “a soberania, não sendo senão o exercício da vontade geral, não pode jamais alienar-se” e “o soberano, que é um ser coletivo, não pode ser representado senão por si mesmo; o poder bem pode transmitir-se, mas não a vontade.” Quanto à segunda característica, afirmou: “a vontade ou é geral ou não o é; é a de todo o povo ou de apenas de uma parte. No primeiro caso, esta vontade declarada é um ato de soberania e faz lei. No segundo, não passa de uma vontade particular ou de um ato de magistratura; é um decreto, não mais.” in: *Do Contrato Social: princípios de direito político*. Tradução de José Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 45.

Todavia, a concessão do governo revolucionário francês, no sentido de que a “vontade geral” do povo soberano pudesse ser revelada através dos representantes reunidos no Poder Legislativo, impede que se encontre nesse modelo uma concepção de constituição tal como hoje concebe o constitucionalismo. Ao contrário, no modelo francês pós-revolucionário, a “constituição” está totalmente absorvida pela ideia de soberania popular manifestada através da lei, onde o legislador, soberano, não é representado como um poder, mas como uma vontade originária. Ao invés de contrapesos, o que se impõe é a primazia do legislador, de modo que não é possível sustentar um modelo claro de separação de poderes, ainda que este estivesse expressamente presente na constituição francesa pós-revolucionária.

[...]

Através do princípio da legalidade, o “legislador soberano” mantém sob seu controle o Poder Executivo. Em relação ao Poder Judiciário, para assegurar o império da lei e a hegemonia do legislador, o sistema francês cria o Tribunal de Cassação, braço do Legislativo que, na definição do próprio Robespierre, é o “protetor da lei e órgão de vigilância e controle dos juízes.”²³

Tal concepção encontra-se, ainda hoje, tão arraigada no ideário francês, que subsiste em seu ordenamento jurídico, mesmo após a reforma constitucional de 2008. De fato, no sistema jurídico francês, ainda é vedado aos juízes apreciar a constitucionalidade das leis, cabendo-lhes apenas aplicá-las; o Conselho Constitucional²⁴ é o único órgão competente para a análise da constitucionalidade das leis, exercendo tal atribuição, em regra, após a votação pelo Legislativo e antes da promulgação da lei.

Assim, uma vez aprovada e publicada a norma legal, não é mais possível suscitar sua inconstitucionalidade, devendo todos os poderes de Estado, inclusive o Judiciário, conferir-lhe plena aplicação. Tal procedimento acabou flexibilizado com o advento da Lei Orgânica n.º 2009-1523, de 10 de dezembro de 2009, que, regulamentando o artigo 61-1 e o artigo 62 da Constituição Francesa, admitiu a denominada “*questão prioritária de constitucionalidade*”.

23 MÖLLER, Max. *Teoria Geral do Neoconstitucionalismo*: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 148-149.

24 O Conselho Constitucional francês não integra qualquer dos poderes, sendo, portanto, órgão autônomo. Para informações mais detalhadas, vide: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr>>.

Com base na citada questão de constitucionalidade, qualquer pessoa, parte em um processo administrativo ou judicial, passou a ter a faculdade de questionar a constitucionalidade de uma lei que viole os direitos e as liberdades garantidos pela Constituição. Suscitada a questão de constitucionalidade e atendidas as condições de sua admissibilidade, a matéria é remetida ao Conselho Constitucional, o qual poderá, se procedente a impugnação, ab-rogar o dispositivo questionado.²⁵

Observe-se que o referido incidente apenas permitiu um controle superveniente de constitucionalidade das leis, mas o manteve distante das instâncias judiciais, pois ainda atribuído, em caráter exclusivo, ao Conselho Constitucional (razão pela qual permanece qualificado como político o controle de constitucionalidade francês).

A supremacia do Parlamento, entretanto, encontrou a mais substancial expressão no ordenamento jurídico inglês, no qual, por mais de 600 anos, coube ao Legislativo apreciar e decidir as questões constitucionais. Com efeito, após a Revolução Gloriosa e a promulgação do “*Bill of Rights*”, ambas as Casas do Parlamento – a Câmara dos Comuns (“*House of Commons*”) e a Câmara dos Lordes (“*House of Lords*”) – tornaram-se os únicos órgãos competentes para receber e julgar as petições oriundas de tribunais inferiores.

Posteriormente, já exercendo a Câmara dos Lordes tal função de modo exclusivo, veio a lume o “*Appellate Jurisdiction Act*” (1876), por intermédio do qual foi criada a figura dos lordes de apelação (“*Lords of Appeal in Ordinary*” ou “*Law Lords*”), juízes altamente qualificados que deveriam se dedicar exclusivamente às questões judiciais submetidas ao Parlamento. Tais juízes passaram a integrar o que veio a ser denominado Comissão de Apelação da Câmara dos Lordes (“*Appellate Committee*”) e, exercendo apenas a função jurisdicional, deixaram de participar das votações do Parlamento (não obstante tenham permanecido como membros de tal poder).²⁶

Deste modo, cabia a uma das Casas do Parlamento decidir, em última instância, sobre questões constitucionais (agindo, assim, como órgão equivalente a uma corte suprema), cujo pronunciamento tornava-

25 Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/espanol/cuestion-prioritaria-de-constitucionalidad/cuestion-prioritaria-de-constitucionalidad.48006.html>>.

26 Livre tradução. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov.uk/about/appellate-committee.html>>.

se vinculante para todos os tribunais. O Judiciário ficava, portanto, alheio ao julgamento de tais matérias, cabendo-lhe, no máximo, decidir conflitos acerca da interpretação de leis, mas nunca declará-las inconstitucionais.

O controle inglês é, como bem observa Canotilho, também um controle de natureza política, já que não atribuído a qualquer órgão judicial. Neste sentido:

Mas a inexistência de um controlo jurisdicional e a acentuação do controlo político não é apenas, como por vezes se defende, uma consequência das concepções rousseauiano-jacobinas. Ela é também típica da doutrina da soberania do Parlamento inglês. A posição paradigmática de Blackstone merece ser referida: «*The Power of Parliament is absolute and without control*».²⁷

Tal quadro somente veio a se modificar com a criação da Suprema Corte (2009), órgão colegiado que substituiu a Comissão de Apelação da Câmara dos Lordes e se tornou o mais alto tribunal do Reino Unido.²⁸ Na nova sistemática, cabe à Suprema Corte (órgão desvinculado do Parlamento) decidir as questões de Direito que ostentem relevância pública, seja em matéria civil (para todo o Reino Unido), seja em matéria criminal (para a Inglaterra, País de Gales e Irlanda do Norte).²⁹

Nesse instante, consolidou-se no ordenamento inglês um singular controle dos atos legislativos por um órgão externo ao Legislativo. Deveras, tendo em vista a figura da “*declaração de incompatibilidade*”, prevista no “*Human Rights Act*” (1998) – diploma que internalizou a Convenção Europeia de Direitos Humanos –, é possível que os tribunais superiores e, agora, a Suprema Corte, em última instância, declarem uma lei em desconformidade com os direitos assegurados no referido documento.³⁰

Diz-se um singular controle, porque, como bem observa André Rodrigues Cyrino, a declaração de incompatibilidade não implica

27 CANOTILHO, op. cit., p. 897.

28 A promulgação do “*Constitutional Reform Bill*”, de 2004, além de criar a Suprema Corte, reestruturou o judiciário inglês, garantindo-lhe independência em relação ao Parlamento. O texto integral está disponível em: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200405/cmbills/018/2005018.htm>>.

29 Livre tradução. Obtido em: <<http://www.supremecourt.gov.uk/about/the-supreme-court.html>>.

30 A inovação reside no fato de que, com o “*Human Rights Act*” e a criação da Suprema Corte, a última palavra sobre a compatibilidade da norma legislativa com o ordenamento jurídico deixa de ser da Câmara dos Lordes (“*Appellate Committee*”), passando a caber a um órgão externo ao legislativo, a Suprema Corte.

a nulidade da lei analisada. Com efeito, a manifestação do Judiciário apenas fará pública a violação aos direitos garantidos no “*Human Rights Act*”, gerando constrangimento político e tornando explícito o confronto com as leis comunitárias que tutelam os direitos humanos. Assim afirma o referido autor:

O HRA não altera a soberania do Parlamento. Todavia, tal lei de 1998 confere às cortes inglesas autoridade para que as mesmas possam aferir a juridicidade da legislação eventualmente em conflito com os direitos fundamentais consagrados pelo estatuto. Eis uma grande mudança.

[...]

Em verdade, o que se fez com HRA foi fixar-se um compromisso entre: de um lado, a necessidade de que se atribuísse aos direitos humanos algum significado maior que um mero reconhecimento de sua superioridade axiológica, e, de outro, o princípio da soberania do Parlamento. As leis declaradas incompatíveis poderão ou não ser mantidas pelo Parlamento, detentor da decisão sobre a vigência de seus próprios atos. Porém estará ciente de que seu ato é contrário aos direitos humanos, o que gera, no mínimo, algum constrangimento político interno e externo.

O Parlamento continua sendo o senhor da Constituição. Nada obstante, reconhece-se, diante da novel legislação, que há novas possibilidades. É assim que K. D. Ewing afirma que o HRA “representa uma transferência, sem precedentes, de poderes políticos do Legislativo e do Executivo para o Judiciário, bem como uma reestruturação fundamental da Constituição britânica”. O resultado inevitável é o aumento das tensões entre Executivo e Judiciário.³¹

Vale observar que o “*Human Rights Act*”, em seu artigo 3º, claramente determina que a interpretação das normas internas deve ser realizada de modo a, na maior abrangência possível, compatibilizar-se com os direitos nele albergados. Todavia, como ressaltado pelo autor acima referido, as normas tidas como incompatíveis não são revogadas.³²

31 CYRINO, André Rodrigues. Revolução na Inglaterra? Direitos Humanos, Corte Constitucional e Declaração de Incompatibilidade das Leis. Novel espécie de Judicial Review? *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado*, Rio de Janeiro, v. 62, 2007 p. 35-36.

32 “3. Interpretation of legislation – (1) So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights. (2)

E mais, nos termos do seu artigo 10, cabe ao Legislativo, se entender pertinente, modificar a norma em questão, a fim de lhe retirar a causa de incompatibilidade.³³ À luz de tal sistemática, fica evidente que a declaração de incompatibilidade não interfere na atividade legislativa (no máximo, serve como elemento de persuasão para a futura mudança da lei incompatível com o “*Human Rights Act*”), preservando-se, deste modo, a supremacia do Parlamento.³⁴

Nada obstante, não se pode negar que a criação da Suprema Corte, tomando o lugar do “*Appellate Committee*”, retirou do Legislativo o poder de decidir, em última instância, sobre questões constitucionais. Os órgãos inferiores do Judiciário, no exercício da função jurisdicional, não mais estão submetidos às decisões do Parlamento, nem podem ter revistos seus julgados por tal poder.

Cuidou-se, portanto, de estabelecer no Reino Unido um Judiciário independente, em observância ao direito comunitário da União Europeia. O Parlamento deixa de apreciar, com eficácia vinculante para os juízes e tribunais, as questões constitucionais, mas mantém a prerrogativa de, somente ele, derrogar as leis em vigor no ordenamento jurídico.³⁵ Deste modo, o sistema judiciário do Reino Unido amolda-se ao ideal de um Judiciário livre e independente, mas não põe fim à tradição inglesa da supremacia do Parlamento.

This section — (a) applies to primary legislation and subordinate legislation whenever enacted; (b) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible primary legislation; and (c) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible subordinate legislation if (disregarding any possibility of revocation) primary legislation prevents removal of the incompatibility.” Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/enacted>>.

33 “10. Power to take remedial action – (2) If a Minister of the Crown considers that there are compelling reasons for proceeding under this section, he may by order make such amendments to the legislation as he considers necessary to remove the incompatibility.” (idem, *ibidem*).

34 Em outra passagem, assevera André Rodrigues Cyrino: “[...] o HRA de 1998 trouxe importante instrumental de controle da atividade legislativa pelo Poder Judiciário, o qual, apesar de não poder ser equiparado ao que se entende por controle de constitucionalidade das leis, representa significativa mudança no Direito Constitucional inglês.” op. cit., p. 38.

35 Como será visto nos próximos tópicos, o controle jurisdicional de constitucionalidade acarreta a declaração de nulidade da norma inconstitucional (sistema norte-americano) ou sua anulação *ex nunc* (sistema austríaco), independentemente de manifestação do legislativo – o que não ocorre no Reino Unido. Vale ressaltar, nesta oportunidade, que o atual sistema inglês, no qual a declaração de incompatibilidade da norma não atinge sua vigência, cabendo exclusivamente ao Parlamento decidir sobre sua modificação ou revogação, assemelha-se à figura da inconstitucionalidade por omissão, prevista no artigo 103, § 2º, da Constituição da República. Nesta, a decisão do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a omissão inconstitucional, restringe-se a dar ciência ao poder competente para adoção das medidas cabíveis, sem a previsão de qualquer sanção no caso de inércia.

2.2 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NORTE-AMERICANO

Ressalvado o caso particular do Reino Unido, o reconhecimento do poder dos juízes que, não eleitos, encontram-se alheios às pressões populares e, ao mesmo tempo, livres da influência do Poder Executivo, veio a se consolidar já no início do século XIX, nos Estados Unidos da América, no célebre caso *Marbury versus Madison* (1803).

Ao julgar o pleito de William Marbury de ser diplomado juiz de paz, em obediência à nomeação feita pelo presidente John Adams (procedimento não levado a termo por James Madison, secretário do já presidente Thomas Jefferson), o juiz-presidente da Suprema Corte, John Marshall, de forma inédita, declarou ser competência do referido tribunal o juízo de adequação das leis à Constituição.³⁶ Nascia, assim, o controle de constitucionalidade, exercido por todo juiz quando da análise de conflitos postos a sua apreciação (sistema difuso).

Tal evolução se fazia necessária, pois não era compatível com os anseios de limitação do poder do Estado conferir-se plena liberdade ao Legislador (teoria da supremacia do Parlamento³⁷), como se este nunca incorresse em erro, como se os representantes do povo nunca pudessem legislar em afronta às liberdades individuais.

É evidente que não só o governante (Poder Executivo), mas também os representantes do povo (Poder Legislativo) haveriam de se submeter a um controle, para evitar que extrapolassem suas funções e, assim, violassem os direitos dos cidadãos. Neste ponto, já havia se manifestado Sieyès, ao sustentar que o legislador ordinário encontra limites nos parâmetros estabelecidos pela nação (*i.e.*, pelo poder constituinte originário).

36 Em específico, Marshall analisou a constitucionalidade do § 3º da Lei Judiciária de 1789 que criou mais uma hipótese de competência originária da Suprema Corte, além daquelas previstas no artigo 3º da Constituição (com base em tal lei é que Marbury impetrou o *writ of mandamus* com o fito de ser reconhecido o seu direito ao cargo). Considerando-a inconstitucional, o juiz Marshal entendeu que não caberia à Corte determinar a diplomação de Marbury (vide BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 3-8.

37 Vale ressaltar que, segundo Hans Kelsen, não há de se falar em supremacia do parlamento, já que não existe soberania de um órgão estatal em particular, sendo tal qualidade atribuível à própria ordem estatal como um todo. Ademais, o legislativo está submetido à Constituição, pelo fato de esta regular o processo de edição das leis. Assim, “a legislação é subordinada à Constituição exatamente como a jurisdição e a administração o são à legislação” A jurisdição constitucional, in: *Jurisdição Constitucional*, op. cit., p. 150.

Nesta vertente, ensina Canotilho:

A associação do sistema difuso ao constitucionalismo americano é justificada. Foi aí que, divergentemente da doutrina britânica da soberania do Parlamento, se desenvolveu a ideia de *higher Law* como *background* do direito constitucional americano. Cfr., precisamente, Corwin, «*The Higher Law background of American Constitutional Law*», 1928 (4ª reimp., 1961). A noção jusnaturalista de *higher law* transfere-se para a constituição e daí que a soberania do órgão legislativo ordinário (*absolute and without control*, afirmava Blackstone) tivesse de desaparecer. «Não pode ser soberano – escreve Corwin – um corpo criador de direito que está subordinado a outro corpo criador de direito». Não bastava, porém, afirmar a superioridade da constituição perante a lei: era necessário reconhecer a *judicial review*, ou seja, a faculdade judicial de controlo da inconstitucionalidade das leis.³⁸

Impende consignar, por justiça, que a possibilidade de o Judiciário declarar a nulidade das leis contrárias à Constituição já havia sido aventada por Alexander Hamilton, que, em seu artigo LXXVIII, dirigido ao povo do Estado de Nova York, assim ponderou:

A independência completa dos tribunais de justiça é particularmente essencial em uma Constituição limitada. Por Constituição limitada entendo a que contém certas proibições expressas aplicáveis à autoridade legislativa, como, por exemplo, a de não ditar decretos que imponham penas e incapacidades sem prévio julgamento, lei *ipso facto* e outras semelhantes. As limitações desta índole só podem ser mantidas na prática através dos tribunais de justiça, cujo dever tem de ser o declarar nulos todos os atos contrários ao sentido evidente da Constituição. Sem isto, todas as reservas que sejam feitas com respeito a determinados direitos ou privilégios serão letra morta.³⁹

Em outra passagem, Hamilton reafirma que a declaração de inconstitucionalidade das leis é inerente à atividade jurisdicional, sustentando que:

A interpretação das leis é própria e peculiarmente da incumbência dos tribunais. Uma Constituição é, de fato, uma lei fundamental e assim deve ser considerada pelos juízes. A eles pertence, portanto,

38 CANOTILHO, op. cit., p. 898.

39 HAMILTON, op. cit., artigo LXXVIII, p. 313.

determinar seu significado, assim como o de qualquer lei que provenha do corpo legislativo. E se ocorresse que entre as duas existisse uma discrepância, deverá ser preferida, como é natural, aquela que possua força obrigatória e validade superiores; em outras palavras, deverá ser preferida a Constituição à lei ordinária, a intenção do povo à intenção de seus mandatários.

Esta conclusão não supõe de nenhum modo a superioridade do poder judicial sobre o legislativo. Somente significa que o poder do povo é superior a ambos e que onde a vontade da legislatura, declarada em suas leis, se acha em oposição com a do povo, declarada na Constituição, os juízes deverão ser governados pela última de preferência às primeiras. Deverão regular suas decisões pelas normas fundamentais e não pelas que não o são.⁴⁰

O controle de constitucionalidade norte-americano caracteriza-se, essencialmente, pela possibilidade de todo e qualquer tribunal afastar a aplicação de uma norma legal, quando entendê-la contrária à Constituição. Tais declarações de inconstitucionalidade, no entanto, apenas produzem efeitos para as partes do processo, estando os demais juízes livres para, sobre a mesma questão, pronunciarem-se em sentido contrário – o que, por óbvio, causa insegurança jurídica e permite a prolação de decisões conflitantes.⁴¹

O referido inconveniente, entretanto, é sanado pela figura do *stare decisis*, segundo a qual, quando a questão de constitucionalidade chegar, pelas vias recursais, ao conhecimento da Suprema Corte, a decisão por esta adotada passa a vincular todos os órgãos jurisdicionais. A partir de tal instante, a declaração de inconstitucionalidade, proferida em um caso concreto, adquire eficácia *erga omnes*, possuindo “na prática quase o mesmo efeito de uma anulação geral da lei.”⁴²

Ainda assim, argumenta Kelsen que o grande problema do sistema norte-americano de controle difuso é que, não estando atribuída exclusivamente a uma Corte Constitucional, a revisão judicial da legislação só se torna possível em um processo subjetivo, *i.e.*, em um

40 HAMILTON, op. cit., p. 314.

41 Segundo Kelsen, “a ausência de uma decisão uniforme sobre a questão da constitucionalidade de uma lei, ou seja, sobre a Constituição estar sendo violada ou não, é uma grande ameaça à autoridade da própria Constituição” O controle judicial de constitucionalidade: um estudo comparativo das Constituições austríaca e americana. KELSEN, 2007b, p. 303.

42 KELSEN, 2007b, p. 307.

processo no qual a constitucionalidade da lei não é o seu objeto, vindo a ser alegada apenas quando a parte do processo se sinta prejudicada pela norma jurídica aplicada *in concreto*.

Na concepção do ilustre mestre de Viena, o referido procedimento não seria compatível com a magna função de preservação do Texto Constitucional, tendo afirmado:

De acordo com a Constituição dos Estados Unidos, a revisão judicial da legislação só é possível dentro de um processo cujo objetivo principal não seja estabelecer se uma lei é ou não constitucional. Essa questão pode surgir apenas incidentalmente, quando uma das partes sustentar que a aplicação de uma lei num caso concreto viola de modo ilegal os seus interesses porque a lei é inconstitucional. Assim, em princípio, apenas a violação de um interesse de uma parte pode colocar em movimento o procedimento de revisão judicial da legislação. O interesse na constitucionalidade da legislação, contudo, é um interesse público que não necessariamente coincide com o interesse privado das partes envolvidas; trata-se de um interesse público que merece ser protegido por um processo correspondente à sua condição especial.”⁴³

Em vista do exposto, Kelsen defende a atribuição do controle de constitucionalidade de forma exclusiva a um só tribunal, não podendo os juízes declarar a inconstitucionalidade das leis, devendo remeter a questão ao Tribunal Constitucional (reforma constitucional de 1929⁴⁴), à qual caberá pronunciar-se com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Sobre a distinção entre os controles norte-americano e austríaco, Canotilho faz as seguintes observações:

⁴³ Ibidem, p. 311-312.

⁴⁴ Esclarece Binenbojm que “o sistema austríaco, nos seus primórdios, era inteiramente desvinculado dos casos concretos, uma vez que os juízes e tribunais não apenas não tinham competência para decidir, incidentalmente, as questões de constitucionalidade surgidas nos processos de sua alçada, como também não estavam legitimados a submetê-las à Corte Constitucional para que esta exercesse o controle que lhes era vedado.” No entanto, “Com a reforma constitucional de 1929, o art. 140 da Constituição austríaca é alterado para ampliar o elenco de legitimados para a deflagração do controle perante a Corte Constitucional, nele incluindo os tribunais de segunda instância (a Corte Suprema para causas civis e penais e a Corte Suprema para causas administrativas). Tais órgãos jurisdicionais, no entanto, não podem arguir a questão de constitucionalidade mediante ação direta – como os outros legitimados – mas apenas em via incidental, isto é, no curso de um processo que se esteja desenvolvendo e para cuja decisão seja relevante o deslinde da controvérsia sobre a constitucionalidade da lei federal ou estadual.” A nova jurisdição constitucional brasileira, op. cit., p. 38.

A concepção kelseniana diverge substancialmente da judicial review americana: o controle constitucional não é propriamente um fiscalização judicial, mas uma função constitucional autónoma que tendencialmente se pode caracterizar como função de legislação negativa. No juízo acerca da compatibilidade ou incompatibilidade (*Vereinbarkeit*) de uma lei ou norma com a constituição não se discutiria qualquer caso concreto (reservado à apreciação do tribunal a quo) nem se desenvolveria uma actividade judicial.⁴⁵

Merece destaque, todavia, o fato de que o sistema americano apresenta elementos que o aproximam do controle concentrado. Como bem ensina Gilmar Mendes, o sistema americano prevê instrumentos, tais como a intervenção do *amicus curiae* e o *writ of certiorari*, que asseguram a tutela de um interesse público mais amplo, não mais se limitando à defesa exclusiva de interesses subjetivos. Neste sentido:

A abertura processual largamente adotada pela via do *amicus curiae* amplia e democratiza a discussão em torno da questão constitucional. A adoção de um procedimento especial para avaliar a relevância da questão, o *writ of certiorari*, como mecanismo básico de acesso à Corte Suprema e o reconhecimento do efeito vinculante das decisões por força do *stare decisis* conferem ao processo natureza fortemente objetiva.⁴⁶

2.3 DO SISTEMA AUSTRIACO (CORTE CONSTITUCIONAL) E O EMBA-TE KELSEN VS. SCHMITT

O sistema austríaco é caracterizado pela concentração do controle de constitucionalidade em um órgão de cúpula. Assentando raízes na obra de Hans Kelsen, a Constituição Austríaca de 1º de outubro de 1920, nos termos da reforma constitucional de 1929, atribuiu a análise da constitucionalidade das leis ao Tribunal Constitucional, ao qual caberá verificar a compatibilidade das normas com o Texto Constitucional.

Característica marcante do controle concentrado austríaco é o fato de que a análise da constitucionalidade das leis não pressupõe violação a qualquer interesse subjetivo, bastando a desconformidade com o Texto Constitucional. Explica Gilmar Mendes:

45 CANOTILHO, op. cit., p. 898-890.

46 MENDES, Gilmar Ferreira. O Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (coord.). *Tratado de Direito Constitucional*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 307-338.

O modelo austríaco traduz uma nova concepção de controle de constitucionalidade. Outorgou-se ao Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*) a competência para dirimir as questões constitucionais, mediante requerimento especial (*Antrag*), formulado pelo Governo Federal (*Bundesregierung*), com referência a leis estaduais, ou pelos Governos estaduais (*Landesregierungen*), no tocante às leis federais (art. 140, par. 1º). Não se exige, porém, a demonstração de ofensa a qualquer interesse particular ou situação subjetiva: [...]⁴⁷

Apesar de atribuído exclusivamente ao Tribunal Constitucional, o controle pode ser instaurado por provocação do Supremo Tribunal de Justiça (*Oberster Gerichtshof*) e pelo Tribunal de Justiça Administrativa (*Verwaltungsgerichtshof*), em processos subjetivos nos quais se vislumbra possível inconstitucionalidade. Como bem destaca Gilmar Mendes, a submissão da questão constitucional à Corte justificou a necessidade de se atribuir eficácia retroativa às decisões por ela proferidas:

Competia ao Tribunal apreciar, outrossim, a questão constitucional como pressuposto de uma controvérsia pendente. Inexistia, porém, previsão quanto ao *controle concreto de normas* relativo aos processos pendentes perante outros juízos ou Tribunais. Esse *controle concreto* somente foi introduzido em 1929. Conciliou-se, assim, o sistema de *controle direto* com modalidade de controle concreto, provocado no curso de uma pendência judicial.

E, por isso, reconheceu-se, excepcionalmente, efeito retroativo à decisão proferida no *caso concreto* submetido à Corte pelo Tribunal Superior (*Oberster Gerichtshof*) ou pela Corte Administrativa (*Verwaltungsgerichtshof*). O efeito retroativo atribuído à sentença de cassação decorria, segundo Kelsen, de uma necessidade técnica. É que os órgãos legitimados a provocar o Tribunal, no caso concreto, tinham necessidade de saber se aquela provocação, caso procedente, teria efeito imediato sobre a questão em exame.⁴⁸

Deve-se lembrar, entretanto, que a ideia de uma Corte Constitucional já havia sido aventada por Sieyès, durante a Revolução Francesa. Como bem explica Luís Roberto Barroso, Sieyès defendeu a criação de um órgão constitucional, por ele chamado “*jurie constitutionnaire*”:

47 MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 15.

48 *Ibidem*, p. 16.

Coube a Sieyès propor ao constituinte de 1795 a criação de um *jurie constitutionnaire*, composto por 180 membros designados pela Assembleia, ao qual caberia julgar violações à Constituição. A ideia foi rejeitada. Com a Constituição do Ano VII, foi criado o *Sénat Conservateur*; com oitenta membros, nomeados por ou sob influência de Napoleão, e que foi um “corpo sem vida” (Raul Machado Horta, Curso de direito constitucional, 2003, em afirmação baseada em Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et compare*, v. 1, 1921, p. 597). Após a 2ª Guerra Mundial, com a Constituição de 1946, foi criado o *Comité Constitutionnel*, composto pelos Presidentes da República, da Assembleia Nacional e do Conselho da República, sete membros indicados pela Assembleia Nacional e três pelo Conselho da República. Sua função era dizer se uma lei votada pela Assembleia Nacional exigia uma revisão da Constituição.⁴⁹

O objetivo de se criar uma Corte Constitucional era dotar a organização estatal de um órgão imparcial, não interessado na disputa política e que, portanto, estaria habilitado a exercer o controle de adequação das leis aos ditames constitucionais. Em última análise, tratava-se de assegurar a liberdade individual contra a ilegal interferência do Estado (preocupação já presente, como visto, na obra de Locke, Montesquieu e Constant), pela ab-rogação das leis incompatíveis com os direitos assegurados pela Constituição.⁵⁰

Percorrendo tal caminho, Kelsen sustenta que o controle dos atos legislativos deve ser atribuído a outro órgão, exterior ao Parlamento, já que, evidentemente, não há de causar surpresa que aquele responsável pela elaboração das leis tenha natural propensão a mantê-las válidas. Neste sentido:

O órgão legislativo se considera na realidade um livre criador do direito, e não um órgão de aplicação do direito, vinculado pela Constituição, quando teoricamente ele o é sim, embora numa medida relativamente restrita. Portanto não é com o próprio Parlamento que

49 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 42.

50 Segundo Kelsen, “uma Constituição em que falte a garantia da anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória, no sentido técnico. Muito embora não se tenha em geral consciência disso, porque um teoria jurídica dominada pela política não permite tomar tal consciência, uma Constituição e, que os atos inconstitucionais, e em particular as leis inconstitucionais também permanecem válidos – na medida em que sua inconstitucionalidade não permite que sejam anulados – equivale, mais ou menos, do ponto de vista propriamente jurídico, a um anseio sem força obrigatória.” (KELSEN, 2007a, p. 179).

podemos contar para efetuar sua subordinação à Constituição. É um órgão diferente dele, independente dele e, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal, que deve ser encarregado da anulação de seus atos inconstitucionais – isto é, uma jurisdição ou um tribunal constitucional.⁵¹

Em outra passagem, Kelsen reafirma a importância do controle de constitucionalidade das normas elaboradas pelo Legislativo:

A função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder. Garantia da Constituição significa a segurança de que tais limites não serão ultrapassados. Se algo é indubitável é que nenhuma instância é tão pouco idônea para tal função quanto justamente aquela a quem a Constituição confia – na totalidade ou em parte – o exercício do poder e que portanto possui, primordialmente, a oportunidade jurídica e o estímulo político para vulnerá-la. Lembre-se que nenhum outro princípio técnico-jurídico é tão unânime quanto este: ninguém pode ser juiz em causa própria.⁵²

Sua teoria contrapõe-se ao princípio monárquico sustentado pelos filósofos e políticos do século XIX, para os quais caberia ao monarca defender a Constituição e, ao cabo, a regularidade dos poderes e a defesa dos direitos individuais. Tal concepção tinha como pano de fundo a manutenção do poder monárquico, quando da transição da monarquia absoluta para a monarquia constitucional. Com efeito, ensina Kelsen:

Quando, portanto, os representantes da teoria constitucional do século XIX, orientados pelo assim-chamado *princípio monárquico*, defendiam a tese de que o natural *guardião da Constituição* seria o monarca, esta não passava – quem poderia hoje duvidar disso! – de uma ideologia muito evidente, umas das tantas que formam a assim chamada doutrina do constitucionalismo, e através da qual essa interpretação da Constituição procuraria mascarar sua tendência básica: a de compensar a perda de poder que o chefe de Estado

51 KELSEN, Hans. A jurisdição constitucional. In: *Jurisdição Constitucional*. Tradução do alemão de: Alexandre Krug, Tradução do italiano de: Eduard Brandão, Tradução do Francês de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007a. p. 150.

52 KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: *Jurisdição Constitucional*. Tradução do alemão Alexandre Krug, Tradução do italiano Eduard Brandão, Tradução do Francês Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007c. p. 240.

havia experimentado na passagem da monarquia absoluta para a constitucional. O que em realidade se queria era – por razões cujo valor político não discutiremos aqui – impedir uma eficaz garantia da Constituição, pelo menos contra violações por parte de quem mais a ameaçava, ou seja, o próprio monarca, ou, mais precisamente, o governo, ou seja, o monarca em conjunto com os ministros que assinavam seus atos, pois aquele não podia agir por si só.⁵³

Neste ponto, Hans Kelsen trava com o alemão Carl Schmitt (1888-1985) a mais célebre discussão do constitucionalismo contemporâneo. Para Schmitt, o controle de constitucionalidade deveria ser conferido ao Presidente do Reich, porque este se coloca como um poder intermediário, desvinculado de interesses partidários e, portanto, idôneo a defender a totalidade na nação que o elegeu.

Nas suas palavras, o Presidente do Reich é o “*centro de todo um sistema de neutralidade e independência político-partidárias, construído sobre uma base plebiscitária*”⁵⁴, representando ele, à luz da Constituição de Weimar (1919), “*um órgão político-partidariamente neutro devido a sua relação direta com a totalidade estatal*”.⁵⁵

Para fundamentar seu posicionamento, Schmitt recorre a um dos pronunciamentos realizados pelo jurista e político alemão Hugo Preuß (1860-1925), quando da elaboração da Constituição de Weimar. Vale destaque a seguinte passagem:

Hugo Preuß disse na comissão constitucional (protocolo p. 277) que seria apenas uma das funções do presidente do Reich” formar um contrapeso para o parlamento do Reich. “Além dessa existe a mais importante, formar um centro seguro, um *pólo jacente na Constituição*.”

[...]

Nesse contexto encontra-se tanto a caracterização do presidente do Reich como uma “grandeza intermediária”, um *pouvoir intermédiaire*, quanto a referência à possibilidade, que nesse ínterim se tornou prática de um parlamento do Reich incapaz de atingir a maioria: “O motivo pelo qual eu creio que precisamos de um presidente, reside, sobretudo,

53 KELSEN, 2007c, p. 240-241.

54 Ibidem, p. 232.

55 Ibidem, p. 233.

no fato de que, na Alemanha, diante da pluralidade das jurisdições, não podemos chegar à completa unidade sem o presidente. Temos também que ter alguém que cumpra os deveres representativos, que mantenha relações *com todas as partes do país, com todos os partidos* e (!) com os Estados estrangeiros e que represente uma *grandeza intermediária* entre o parlamento e o governo.⁵⁶

Carl Schmitt afirmava, ainda, que a guarda da Constituição tinha natureza política, logo não haveria de ser atribuída ao Judiciário, sob pena de se configurar uma indevida *“politização da justiça”*.⁵⁷ E mais, tal magna função não poderia ser atribuída a qualquer um dos poderes constituídos, pois tal competência lhe conferiria ascendência sobre os demais, tornando-se não o guardião, mas o *“senhor”* da Constituição. Afirma Schmitt:

As divergências de opinião e diferenças entre os titulares de direitos políticos de decisão e influência não podem ser decididas, no geral, judicialmente, caso não seja exatamente o caso de punições por violações constitucionais abertas. Elas são eliminadas ou por meio de um poder político mais forte situado acima das opiniões divergentes, isto é, por intermédio de um terceiro *superior* – mas isso não seria, então, o guardião da Constituição, e, sim, o senhor soberano do Estado, ou então são conciliadas ou resolvidas por meio de um órgão não em uma relação de subordinação, mas de coordenação, isto é, por meio de um terceiro neutro, de um *pouvoir neutre et intermédiaire*, localizado não acima, e, sim, ao lado dos outros poderes constitucionais, mas dotado de poderes e possibilidades de ação singulares.⁵⁸

Em resposta, Kelsen sustenta que a atribuição de tal competência ao Presidente do Reich não se coaduna com o Estado de Direito, pois o Chefe de Estado nada mais é que um dos poderes constituídos. Neste sentido, pergunta o mestre de Viena:

Ora, então o chefe de Estado não é um dos “poderes existentes”, sobretudo numa Constituição que combina o elemento parlamentar com o plebiscitário e que divide o poder político entre Parlamento

56 SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho, Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 202.

57 Ibidem, p. 33.

58 SCHMITT, op. cit., p. 193.

e presidente do Reich (em conjunto com os ministros)? E justo do ponto de vista de uma interpretação da Constituição que se dedica, com todos os meios, a deslocar o centro de gravidade do poder na direção do chefe de Estado! De quem podemos dizer que se coloca como poder especial neutro “ao lado dos outros poderes”: um tribunal destinado a nada mais que exercer um controle constitucional ou o chefe de Estado? É desse tribunal ou do chefe de Estado que devemos dizer que – se chamado a exercer a função de guardião da Constituição – recebe essa função “adicionalmente”, adquirindo destarte uma “preponderância” sobre os outros poderes instituídos pela Constituição, na medida em que assim “poderia, ele mesmo, esquivar-se do controle”? Nem mesmo a ideologia de Benjamin Constant do *pouvoir neutre* do monarca poderia obscurecer tanto essa interrogação a ponto de tornar a resposta seriamente duvidosa.⁵⁹

Criticando diretamente Carl Schmitt, Kelsen assevera em outra passagem:

A tentativa de aplicar a ideologia de Constant (do *pouvoir neutre* do monarca) ao chefe de Estado de uma república democrática torna-se particularmente discutível se estiver relacionada com a tendência de estender a competência deste último para ainda mais adiante do âmbito normal de atribuições de um monarca constitucional. É verdade que, no intuito de que o chefe de Estado apareça como o apropriado “guardião da Constituição”, Schmitt caracteriza o seu *pouvoir neutre* não como uma instância que está acima dos “detentores de direitos de decisão e de influência política”, ou como um “terceiro mais alto”, nem como “senhor soberano do Estado”, mas sim como um “órgão justaposto”, como um poder “que não está acima, mas sim ao lado dos outros poderes constitucionais.”⁶⁰

No tocante à afirmação de Schmitt de que a atribuição do controle de constitucionalidade ao Judiciário implicaria sua indesejável politização, Kelsen sustenta que toda função estatal é, de algum modo, política. A distinção está na intensidade; trata-se de diferença quantitativa e não qualitativa.⁶¹ Com efeito, sempre que houver uma margem de discricionariedade, *i.e.*, sempre que a lei deixar ao juiz o poder de decidir dentro de certos parâmetros, terá este o poder de criação do

59 KELSEN, 2007c, p. 285-286.

60 Ibidem, p. 245-246.

61 Ibidem, p. 251.

Direito; poder este que não se distingue substancialmente do atribuído ao Parlamento, ainda que exercido em menor intensidade.

Destarte, para Kelsen, carece de relevância a discussão quanto ao viés político que eventualmente tenha a Corte Constitucional, pois *“todo conflito jurídico é na verdade um conflito de interesses ou de poder, e portanto toda controvérsia jurídica é uma controvérsia política”*.⁶² Como consequência, nada impede que se atribua a um tribunal independente (porque não submetido às ordens do Executivo nem do Legislativo) a função de guarda da Constituição, pois, *“de todos os pontos de vista segundo os quais se possa debater o problema político-jurídico de um tribunal constitucional central e estabelecer seus prós e contras, um ponto é de fato insignificante: o de se tal órgão seria um tribunal e sua função verdadeiramente jurisdicional”*.⁶³

Retomando a tese de Schmitt, é de se ressaltar que tem ela por fundamento a ideia de que está no Legislativo – e não no governo – o verdadeiro risco de violação da Constituição. Portanto, ao contrário das monarquias, a república tem no Chefe de Estado o verdadeiro guardião da Constituição contra a indevida interferência do Parlamento. Para isso, o jurista alemão nega a importância das Cortes Constitucionais, como destaca Hans Kelsen:

Para sustentar a tese de que o presidente do Reich seria o guardião da Constituição, Schmitt tem que se voltar contra a instituição, frequentemente reclamada e em muitos Estados também concretizada, de uma jurisdição constitucional, ou seja, contra a atribuição da função de garantia da Constituição a um tribunal independente. Este funciona como um tribunal constitucional central na medida em que, num processo litigioso, deve decidir sobre a constitucionalidade de atos do Parlamento (especialmente leis) ou do governo (especialmente decretos) que tenham sido contestados, cassando tais atos em caso de sua inconstitucionalidade, e eventualmente julgando sobre a responsabilidade de certos órgãos colocados sob acusação.⁶⁴

Com o término da Segunda Guerra Mundial e em vista dos horrores causados pelo regime nazista, a tese de Schmitt é vencida definitivamente, ganhando o sistema austríaco de controle de constitucionalidade

62 KELSEN, op. cit., p. 252.

63 KELSEN, 2007c, p. 248.

64 Ibidem, p. 247-248.

relevância internacional. A partir de então, a jurisdição constitucional, ao lado da repartição de poderes e dos mecanismos de controle mútuo, dá forma ao Estado Constitucional de Direito, no qual a Constituição passa a ocupar posição central, como fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico.

Destaque-se que a importância atribuída à sistemática de Cortes Constitucionais não afasta a relevância do controle das leis nos termos estabelecidos na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América.⁶⁵ No entanto, não se pode negar que a sistemática implantada por Kelsen, na Áustria, representou profunda transformação no constitucionalismo contemporâneo, tendo inspirado diversas Constituições, dos mais variados países, a criarem Tribunais Constitucionais ou Cortes Supremas responsáveis, ainda que não só, mas em última ou única instância, pelo controle dos atos legislativos.⁶⁶

No ordenamento constitucional brasileiro, a tese de Kelsen exerceu inequívoca influência quando da introdução, ainda que tardia, da ação direta de inconstitucionalidade, prevista pela Emenda Constitucional n.º 16, de 26 de novembro de 1965, editada na vigência da Constituição de 1946.⁶⁷ Tal ação permitia a impugnação *in abstracto* de leis federais e

65 Tais sistemas apresentam características bem distintas, como analisado por Luís Roberto Barroso: “O modelo americano, cujo marco inicial é a decisão proferida em *Marbury v. Madison* (1803), tem por característica essencial o fato de o controle ser exercido de maneira difusa por todos os juízes e tribunais, no desempenho ordinário de sua função jurisdicional. O modelo austríaco, introduzido pela Constituição daquele país em 1920, e disseminado na Europa após a 2ª Guerra Mundial, sobretudo pelo prestígio do Tribunal Constitucional Federal alemão, tem como elemento característico a criação de um órgão próprio – a Corte Constitucional – ao qual se atribui competência para, concentradamente, manifestar-se acerca da constitucionalidade das leis. Nesse sistema, como regra geral, juízes e tribunais suspenderão o processo no qual tenha sido feita a arguição plausível de inconstitucionalidade de determinada norma, remetendo a questão para ser decidida pelo Tribunal Constitucional. Após o pronunciamento acerca da questão constitucional, retoma-se a tramitação do processo perante o juízo ou tribunal competente.” op. cit., p. 41, nota de rodapé 102.

66 “O modelo se expandiu notavelmente após a 2. Guerra Mundial, com a criação e instalação de tribunais constitucionais em inúmeros países da Europa continental, dentre os quais Alemanha (1949), Itália (1956), Chipre (1960) e Turquia (1961). No fluxo da democratização ocorrida na década de 70, foram instituídos tribunais constitucionais na Grécia (1975), Espanha (1978) e Portugal (1982). E também na Bélgica (1984). Nos últimos anos do século XX, foram criadas cortes constitucionais em países do leste europeu (como Polónia, República Tcheca, Hungria) e africanos (Argélia e Moçambique).” BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 44.

67 Antes, a referência a um controle concentrado apenas ocorreu na frustrada proposta do deputado federal Nilo Alvarenga de criação de uma “Corte de Justiça Constitucional”, apresentada na constituinte de 1934. Para informações mais detalhadas, vide: MENDES, Gilmar. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*: estudos de direito constitucional. 3. ed. 4. Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 218-220.

estaduais, cabendo exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal decidila, mediante provocação do Procurador-Geral da República.

Antes do advento da ação direta, o controle de constitucionalidade brasileiro era prioritariamente difuso (nos moldes norte-americanos), encontrando previsão já na Carta de 1891, segundo a qual podia o Supremo Tribunal Federal reapreciar, em grau de recurso, decisões judiciais que, em casos concretos, tivessem negado aplicação a normas federais por entendê-las inconstitucionais.⁶⁸

O controle concentrado, por sua vez, era admissível somente com a propositura da representação interventiva, nos termos do artigo 12, § 2º, da Constituição de 1934. Nesta, a lei que decretava a intervenção era submetida ao crivo do Supremo Tribunal Federal, por provocação do Procurador-Geral da República, para que fosse declarada sua constitucionalidade. Tratava-se de procedimento destinado a resolver um conflito federativo, condicionando-se a intervenção à prévia análise de constitucionalidade da lei que a decretava.⁶⁹

Mas foi apenas com a Constituição de 1988 que o controle de constitucionalidade pela via direta consolidou-se como mecanismo de efetiva garantia da supremacia da Constituição. De fato, com a ampliação dos legitimados ativos, saindo sua propositura da competência exclusiva do Procurador-Geral da República, as ações diretas de inconstitucionalidade tiveram inegável crescimento, revelando-se como efetivo instrumento de controle dos atos inconstitucionais.⁷⁰

68 Vale ressaltar que a Constituição Imperial de 1824 não admitia controle de constitucionalidade algum, estando claramente influenciada pela teoria da supremacia do parlamento. Assim, cabia apenas ao legislativo dizer o sentido das normas, interpretando, suspendendo e as revogando, nos termos do artigo 15, inciso VII. Também o Imperador, como titular do poder moderador, exercia, em certa medida, tal função, já que lhe incumbia velar pela manutenção da independência, equilíbrio, e harmonia dos poderes, nos termos do seu artigo 98.

69 Ressalvado o controle para fins de intervenção, a subsequente Constituição de 1934 mantinha a regra do controle difuso. Tal Carta, entretanto, representou grave retrocesso, ao prever a possibilidade de o Presidente da República submeter ao Parlamento a reapreciação de lei declarada inconstitucional, quando a seu juízo seja ela necessária ao bem-estar do povo e à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta. Nesta hipótese, confirmada sua validade por 2/3 dos votos, a lei retoma validade, tornando-se insubsistente a declaração de inconstitucionalidade. Como afirma Gilmar Mendes, "*Instituíta-se, assim, uma peculiar modalidade de revisão constitucional, pois, como observado por Celso Bastos, a lei confirmada passa a ter, na verdade, a força de uma emenda à Constituição.*" In: *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. 4. Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 195.

70 Segundo estatística divulgada na página eletrônica do Supremo Tribunal Federal, desde 1988 foram distribuídas 4.716 Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>>. Acesso em: 07 jul. 2012.

Como bem destaca Gilmar Mendes, a Constituição de 1988 representou uma mudança de paradigma, por conferir maior destaque ao controle concentrado, ao contrário das anteriores Constituições Republicanas, nas quais sobrepunha-se o controle difuso. Deveras:

Assim, se se cogitava, no período anterior a 1988, de um *modelo misto* de controle de constitucionalidade, é certo que o forte acento residia, ainda, no amplo e dominante controle difuso de constitucionalidade. O controle direto continuava a ser algo acidental e episódico dentro do sistema difuso.

A Constituição de 1988 alterou, de maneira radical, essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema *difuso* ou *incidente*, mas ao modelo *concentrado*, uma vez que as questões constitucionais passam a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.⁷¹

No entanto, o controle concentrado instituído no Brasil guarda algumas diferenças em relação ao sistema austríaco de Kelsen, em especial quanto à atribuição ao Supremo Tribunal Federal de outras funções distintas do controle de constitucionalidade e a sua inserção no Poder Judiciário.

Com efeito, enquanto para Kelsen a Corte Constitucional deve estar restrita à análise da constitucionalidade das leis e à resolução de questões de índole essencialmente constitucional (como, por exemplo, conflitos federativos, tensões entre os poderes constituídos e garantia dos direitos fundamentais albergados na Constituição), o Supremo Tribunal Federal, no Brasil, exerce diversas outras funções que não guardam correlação com tal atividade (*e.g.*, apreciação de demandas de natureza puramente subjetiva, tais como o julgamento de autoridades e a análise de *habeas corpus* ou mandados de segurança quando envolvidos certos agentes políticos), o que acaba por distanciá-lo das reais funções de uma Corte Constitucional, tornando-o, muitas vezes, mera instância recursal.⁷²

71 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. 4. Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009 p. 208-209.

72 Corroborar tal assertiva o estudo feito por Joaquim Falcão e Pablo Cerqueira, noticiado no site Consultor Jurídico, em 4 de maio de 2011, sob o título "Estudo mostra que STF é Corte Recursal". Vale relevo o seguinte trecho: "Dos 1,2 milhão de processos que chegaram ao Supremo Tribunal Federal entre 1988 e 2009, só 0,5% tratam do controle de constitucionalidade; 7,8% são de classe ordinária e 91,7 são recursais. De acordo com um estudo feito pela FGV-RJ, a corte constitucional brasileira está muito mais

Outra discrepância diz respeito à inserção do Supremo como órgão de cúpula do Poder Judiciário, sendo responsável pela revisão de decisões de tribunais superiores ou mesmo de órgãos de primeira instância (como as Turmas Recursais dos Juizados Especiais), por intermédio de recursos apresentados em processos subjetivos (*inter partes*). Para Kelsen, a função do Tribunal Constitucional é de legislador negativo, cabendo-lhe a ab-rogação das leis inconstitucionais, com efeitos *erga omnes*.⁷³

Sem embargo, o controle efetivo da constitucionalidade das leis, associado à supremacia e à força normativa da Constituição, dá forma ao que hoje se pode denominar Estado Constitucional de Direito – estágio mais recente da evolução política do conceito de Estado, no qual os direitos do cidadão são efetivamente protegidos do arbítrio e o exercício do poder se faz com respeito à Constituição, cuja ascendência sobre todos os atos jurídicos, públicos ou privados, ocorre de forma imediata, sem a necessidade de intervenção da legislação ordinária.

Superada a concepção da soberania do Parlamento (com a ressalva ainda válida do sistema jurídico do Reino Unido), o Texto Constitucional afirma-se como diploma fundamental do ordenamento jurídico, dotado de supremacia e força normativa, sendo os mecanismos de garantia de sua eficácia indispensáveis para a constituição de um verdadeiro Estado de Direito.⁷⁴

próxima de ser uma 'corte recursal suprema.' Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-04/estudo-mostra-stf-corte-recursal-uniao-maior-usuario>>. Acesso em: 09 jul 2012.

73 Assevera Kelsen: “A anulação de uma lei é uma função legislativa, um ato – por assim dizer – de legislação negativa. Um tribunal que é competente para abolir leis, de modo individual ou geral – funciona como um legislador negativo” (KELSEN, 2005, op. cit, p. 382). Em outra obra, Kelsen reitera que “[...] o órgão a que é confiada a anulação das leis inconstitucionais não exerce uma função verdadeiramente jurisdicional, mesmo se, com a independência de seus membros, é organizado em forma de tribunal. Tanto quanto se possa distingui-las, a diferença entre função jurisdicional e função legislativa consiste antes de mais nada em que esta cria normas gerais, enquanto aquela cria unicamente normas individuais. Ora, anular uma lei é estabelecer uma norma geral, porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e portanto ela própria uma função legislativa.” KELSEN, 2007a, p. 151-152.

74 Segundo Kelsen, “a busca político-jurídica por garantias da Constituição, ou seja, por instituições através das quais seja controlada a constitucionalidade do comportamento de certos órgãos de Estado que lhe são diretamente subordinados, como o parlamento ou o governo, corresponde ao princípio específico do Estado de direito, isto é, ao princípio da máxima legalidade da função estatal.” KELSEN, 2007c, p. 239.

3 CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho foi analisar o longo caminho percorrido pelo constitucionalismo, desde o nascimento da teoria da separação dos poderes (com Locke e Montesquieu) até a superação da tese da soberania do Parlamento e a consolidação do controle de constitucionalidade, visto este como mecanismo indispensável para assegurar a supremacia e a força normativa da Constituição.

Destacou-se que mesmo sendo o Legislativo órgão representante do povo, exatamente porque formado por parcela da coletividade (em virtude da impossibilidade prática de participação direta dos cidadãos na tomada das decisões políticas), nada assegurava que também tal poder incorresse no vício de atuar em causa própria, interferindo ilegitimamente nos direitos assegurados pela Constituição.

Assim, fazia-se necessário complementar o intrincado regime de controle mútuo, com a possibilidade de se atribuir a órgão externo ao Legislativo – e também não integrante do Executivo – o poder de ab-rogar as normas incompatíveis com a Constituição. Nasce, então, o controle de constitucionalidade, contrapondo-se tanto à teoria da supremacia do Parlamento, quanto à tese do poder neutro de Benjamin Constant.

Cuidou-se de destacar os principais sistemas de controle, fazendo-se o confronto entre suas características marcantes. Neste ponto, ganharam relevo os sistemas norte-americano (controle difuso), austríaco (controle concentrado) e francês (político, realizado pelo Conselho Constitucional). Também mereceu referência o atual sistema inglês, no qual, apesar de mantida a soberania do Parlamento, tem-se retirado do Legislativo o poder de declarar a compatibilidade de uma norma legal com a Constituição, passando tal função a ser exercida, em última instância, pela Suprema Corte (cujo pronunciamento, no entanto, não atinge a vigência da norma impugnada).

A contenta entre Kelsen e Schmitt – este último, reavivando a teoria do poder neutro, conferia a guarda da Constituição ao Presidente do Reich e não a um tribunal ou órgão autônomo – apresentou-se igualmente relevante para a consolidação do controle jurisdicional de constitucionalidade, na modalidade concentrada, que se espalhou pelo continente europeu e por diversos outros ordenamentos jurídicos (dentre eles, ainda que com marcantes discrepâncias, o brasileiro).

Ao cabo, concluiu-se que, com o reconhecimento da supremacia da Constituição associado à criação de mecanismos de garantia da sua eficácia (controle de constitucionalidade), toma forma o que hoje se entende como Estado Constitucional de Direito, no qual a Carta Magna figura como norma suprema, não derogável pela legislação ordinária (*i.e.*, pelos poderes constituídos) e que, de forma imediata, condiciona todos os atos jurídicos, assegurando, por conseguinte, o respeito aos direitos e liberdades do cidadão.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- REBECQUE, Henri Benjamin Constant de. *Princípios Políticos Constitucionais*: princípios políticos aplicáveis a todos os governos representativos e particularmente à Constituição atual da França (1814). Tradução de Maria do Céu Carvalho, Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CYRINO, André Rodrigues. Revolução na Inglaterra? Direitos Humanos, Corte Constitucional e Declaração de Incompatibilidade das Leis. Novel espécie de Judicial Review? *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado*, Rio de Janeiro, v. 62, 2007.
- FALCÃO, Joaquim; CERQUEIRA, Pablo. *Estudo mostra que STF é Corte Recursal*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-maio-04/estudo-mostra-stf-corte-recursal-uniao-maior-usuario>>.
- HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O Federalista*: um comentário à Constituição Americana. Tradução de Reggy Zacconi de Moraes. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1959.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- KELSEN, Hans. A jurisdição constitucional. In: *Jurisdição Constitucional*. Tradução do alemão Alexandre Krug, Tradução do italiano Eduard Brandão,

Tradução do Francês de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. O controle judicial de constitucionalidade: um estudo comparativo das Constituições austríaca e americana. In: *Jurisdição Constitucional*, Tradução do alemão Alexandre Krug, Tradução do italiano Eduard Brandão, Tradução do Francês Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: *Jurisdição Constitucional*. Tradução do alemão Alexandre Krug, Tradução do italiano Eduard Brandão, Tradução do Francês Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges, 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil e outros escritos*. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa, 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. 4. Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. O Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade. In: *Tratado de Direito Constitucional, v. I*. coordenação de MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. São Paulo: Saraiva, 2010.

MÖLLER, Max. *Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. Tradução de Gabriela de Andrada Dias Barbosa, São Paulo: Brasil, 1960.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*: princípios de direito político. Tradução de José Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho, Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa – Qu'est-ce que le Tiers État?* Tradução de Norma Azevedo, 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

