

**UNIVERSIDADE DE FORTALEZA – UNIFOR
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO/MESTRADO EM
DIREITO CONSTITUCIONAL**

**PODERES CONSTITUINTES E LIMITAÇÕES
CONSTITUCIONAIS: O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL COMO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO.**

DÉCIO PIMENTEL GOMES SAMPAIO SALES

**FORTALEZA-CE
– 2006 –**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

DÉCIO PIMENTEL GOMES SAMPAIO SALES

**PODERES CONSTITUINTES E LIMITAÇÕES
CONSTITUCIONAIS: O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL COMO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO.**

Dissertação apresentada ao **Curso de Mestrado em Direito Constitucional** da Universidade de Fortaleza – Unifor, para obtenção do título de **Mestre em Direito Constitucional**.

Área de Concentração: Teoria do Direito Constitucional

Orientador: Prof. Dr. Martônio Mon't Alverne Barreto Lima

**FORTALEZA-CE
– 2006 –**

S163p Sales, Décio Pimentel Gomes Sampaio.

Poderes constituintes e limitações constitucionais : o papel do Supremo Tribunal Federal como guardião da constituição / Décio Pimentel Gomes Sampaio Sales. - 2006.

119 f.

Cópia de computador.

Dissertação (mestrado) – Universidade de Fortaleza, 2006.

“Orientação : Prof. Dr. Martônio Mon't Alverne Barreto Lima.”

1. Poder constituinte. 2. Supremo Tribunal Federal. 3. Constituição.
I. Título.

CDU 342.5

DÉCIO PIMENTEL GOMES SAMPAIO SALES

**PODERES CONSTITUINTES E LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS: O
PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO GUARDIÃO DA
CONSTITUIÇÃO.**

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Martonio Mont´Alverne Barreto Lima – Orientador
Universidade de Fortaleza – UNIFOR

Prof. Dr. Eduardo Ferreira Chaves – 1º Examinador
Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof. Dr. Arnaldo Vasconcelos – 2º Examinador
Universidade de Fortaleza – UNIFOR

Dissertação aprovada em: 13/08/2007

A Francisco Sampaio Sales, meu pai, pelo
suporte e incentivo em minha caminhada.

E Lysia Pimentel Gomes Sampaio Sales,
minha mãe. *In memoriam*

AGRADECIMENTOS

Ao meu pai, Francisco Sampaio Sales, pela confiança e suporte educativo em toda minha vida;

À minha mãe (*in memoriam*) pelo legado em minha formação;

À minha tia, Ada Pimentel Gomes Fernandes Vieira, pelo incentivo e persistência nas cobranças e conselhos para melhora da minha carreira acadêmica, minha segunda mãe;

Ao meu primo Igor Pimentel Gomes Fernandes Vieira, pela cobrança e incentivo;

Ao meu orientador, mestre e amigo, Professor, Dr. Martônio Mon't Alverne Barreto Lima, pelas lições, paciência, incentivo e exemplo de competência e vitória profissional;

Aos demais professores do mestrado em direito constitucional da Universidade de Fortaleza e aos funcionários da coordenação;

Ao Professor José Teodoro Soares, pelo incentivo;

Aos Professores João Ribeiro Paiva e Antônio Orion Paiva, pela ajuda revisional;

A todos aqueles que de alguma forma, como com um simples gesto ou palavra amiga contribuíram para o meu incentivo na feitura desse trabalho.

*Vês?! Ninguém assistiu ao formidável
Enterro da tua última quimera.
Somente a Ingratidão - esta pantera -
Foi tua companheira inseparável!*

*Acostuma-te à lama que te espera!
O Homem, que, nesta terra miserável,
Mora, entre feras, sente inevitável
Necessidade de também ser fera.*

*Toma um fósforo. Acende teu cigarro!
O beijo, amigo, é a véspera do escarro,
A mão que afaga é a mesma que apedreja.*

*Se a alguém causa inda pena a tua chaga,
Apedreja essa mão vil que te afaga, e
Escarra nessa boca que te beija!*

(Versos Íntimos, Augusto dos Anjos)

RESUMO

O trabalho insere a análise dos poderes encarregados de fazerem o mais importante documento jurídico da sociedade moderna, a constituição do estado, mas ele também demonstra os mais diferentes tipos de normas resultantes de cada um desses poderes conhecidos como originário e derivado. No intuito de demonstrar os limites impostos pelo primeiro ao segundo desses poderes mencionados, o trabalho aborda as conseqüências do estabelecimento da lei constitucional no topo da escala normativa. Contudo, por causa da imposição de tais limites surgem necessariamente meios de controle para cumprir a vontade constitucional e, em vista disso, se vem, a saber, quem deve fazer o papel de guardião da constituição, mas, especialmente, como tem sido desempenhado tal papel. Nesse contexto é ressaltado o poder crescente desses guardiões, atuando fora dos princípios da teoria democrática. Há por fim, uma análise feita através da história do Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Palavras-chave: Poderes constituintes, limites e papel do Supremo Tribunal Brasileiro.

ABSTRACT

The work inserts the analysis of the powers entrusted of making the most important juridical document of modern society, the constitution of the state, but it also demonstrates the most existing different types of norms resultant of each one of these powers known as ordinary and derived. In order to show the limits imposed by the first to the second of these mentioned powers, the work broaches the consequences of the establishment of the constitutional law on the top of the normative scale. However, because of the imposition of these limits, means of controlling, in order to accomplish the will of the constitution necessarily arise and, in view of this, comes to know who should play the part of guardian of the constitution, but, specially how it have been played. In this context, it shows the growing power of those who have to play this role, playing it aside of a democratic principles. After that, there is an analysis throughout the history of the Brazilian Supreme Court.

Keywords: Constitutional Powers, Limits and the role of the Brazilian Supreme Court.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO (INICIAL) E PODER CONSTITUINTE DERIVADO (INSTITUÍDO) - SUAS DERIVAÇÕES (DECORRENTE - REFORMADOR - REVISOR).....	13
1. PODER CONSTITUINTE	13
1.1. O Poder Constituinte Originário.....	16
1.1.1. Formas de Manifestação do Poder Constituinte Inicial	18
1.1.2. A Titularidade do Poder Constituinte	20
1.1.3. Natureza do Poder Constituinte.....	24
1.1.4. 1967 e 1988 Os Bastidores do Poder Constituinte Originário	26
1.2. Poder Constituinte Derivado (Instituído) E Suas Derivações (decorrente, reformador e revisor).....	28
1.2.1. Poder Constituinte Derivado	28
1.2.2. Poder Constituinte Decorrente	30
1.2.3. Poder Constituinte Reformador.....	32
1.2.4. Poder Constituinte Revisor.....	32
CAPÍTULO 2 EMENDA CONSTITUCIONAL - LIMITAÇÕES AO PODER CONSTITUINTE REFORMADOR - CLÁUSULAS PÉTREAS.	34
2. EMENDA CONSTITUCIONAL E LIMITAÇÕES AO PODER CONSTITUINTE REFORMADOR.....	34
2.1. Quadro Sobre Limitações ao Poder Reformador na Constituição de 1988.	38
2.2. Cláusulas Pétreas	43
CAPÍTULO 3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE - FUNDAMENTO - ESPÉCIES - MODELOS - CRIAÇÃO - CLASSIFICAÇÃO NA TEORIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	45
3. FUNDAMENTOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: RIGIDEZ E SUPREMACIA CONSTITUCIONAL	45
3.1 Judiciário Como Guardião da Constituição e Superego da Sociedade.....	53
3.2 Criação do Controle Judicial de Constitucionalidade Difuso e Concentrado.	57
3.2.1 Modelos de Controle de Constitucionalidade	59

3.3	O Controle de Constitucionalidade No Brasil.....	60	
3.3.1	Síntese Histórica	60	
3.3.2	O Controle de Constitucionalidade na Constituição Federal de 1988	63	
3.3.2.1	Controle de Constitucionalidade Pelo Método Difuso	64	
3.3.2.2	Controle de Constitucionalidade Pelo Método Concentrado	66	
3.3.2.2.1	A Ação Direta de Inconstitucionalidade Abstrata.	67	
3.3.2.2.2	A Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva.....	70	
3.3.2.2.3	Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e o Mandado de Injunção.....	71	
3.3.2.2.4	A Ação Declaratória de Constitucionalidade	73	
3.3.2.3	Súmula Vinculante.....	74	
3.3.2.4	Da Reclamação	76	
3.4	Quem Deve Ser o Guardião da Constituição?.....	76	
CAPÍTULO 4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO : ORIGEM HISTÓRICA, ESTRUTURA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E SUA FUNÇÃO ESTATAL DE PRINCIPAL GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO.			82
4.	HISTÓRICO	82	
4.1.	O Supremo No Período Colonial.....	82	
4.2.	O Supremo Tribunal de Justiça no Império do Brasil.	83	
4.3.	O Supremo Tribunal no Período Republicano	87	
4.4.	O Supremo Tribunal Federal na Constituição de 1988.....	100	
CONCLUSÃO.....			106
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....			113
ANEXOS.....			118
ANEXO I.....			119
ANEXO II.....			120

INTRODUÇÃO

Diante da questão do pensamento moderno da Teoria Geral do Estado, ou seja, de se saber como se dá a manifestação da sociedade no processo de positivação da vontade de seus componentes através do poder encarregado de elaborar a Constituição do Estado, viu-se que esta se legitima quando criada a partir de determinados parâmetros oriundos das teorias de renomados pensadores.

A partir daí o cerne da questão paira sobre o poder constituinte originário, destacando-se como encarregado de elaborar a constituição e, apesar de manifestar-se de diversas formas, procurou-se delimitar a mais legítima delas. Foi necessário o destaque sobre sua titularidade, natureza e derivações, para melhor compreensão do tema. Isto posto, surge a figura do poder constituinte derivado e também suas derivações, essas, que o classificaram em poder constituinte decorrente, reformador e revisor. Em síntese, o que se visou foi a diferenciação entre ambos, poder inicial e poder derivado, forma de melhor explicitar o tema pertencente à teoria moderna do direito constitucional.

Neste intuito, a amostra principal foi revelada com base na análise dos artigos 59 e 60 da Constituição brasileira, retratando justamente o escalonamento normativo e as limitações ao poder reformador, assim se pôde visualizar a forma como a constituição do Brasil dispõe suas normas. Destacou-se o cenário em que começou o surgimento das constituições escritas, bem como, se fez referência a sua evolução e ao estilo dos textos que nelas têm sido presentes, o trabalho ainda discorreu sobre importante questão pertencente ao campo de competência da jurisdição constitucional.

O texto ressalta o posicionamento de diversas normas do ordenamento jurídico, ou melhor, visualiza o grau de estabilidade delas, além de destacar a previsão de várias limitações impostas pelo poder que dá início a ordem normativa ao que é encarregado de modificá-la.

Seguindo essa afirmativa foram observados os diversos mecanismos de proteção que a própria constituição cria como instrumentos de defesa contra atos que desrespeitam os seus comandos formais e materiais. Essa análise fora feita a partir da aplicação e criação de normas, dizendo como, quando e através de quem podem ser utilizados tais mecanismos.

Passou-se a mencionar também os entes que de uma forma ou de outra devem controlar preventivamente ou repressivamente a edição de normas em sentido *lato*.

A problemática discutida gira em torno do chamado guardião da constituição, que visa o impedimento do ingresso no ordenamento normativo daquelas normas maculadas pela eiva da inconstitucionalidade, a partir da aplicação do controle da constitucionalidade e da interpretação das normas constitucionais.

Objetiva-se com isso discutir o papel de tal órgão no modelo elaborado a partir da perspectiva de soberania popular, principalmente quando muitas vezes pode tal poder, extrapolar do uso da competência que lhe foi atribuída.

Assim, o presente trabalho é constituído dos capítulos 1º, 2º, 3º e 4º. O primeiro e o segundo tratam dos poderes constituintes e das limitações constitucionais, enquanto o terceiro e o quarto abordam os temas do mecanismo de controle da constitucionalidade, do papel e das implicações que partem da atribuição constitucional do mister efetuado pelo Supremo Tribunal Federal, vez que o mesmo faz às vezes de tribunal constitucional do Brasil, além de abordar a história do Supremo Tribunal no Brasil.

CAPÍTULO 1

PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO (INICIAL) E PODER CONSTITUINTE DERIVADO (INSTITUÍDO) - SUAS DERIVAÇÕES (DECORRENTE - REFORMADOR - REVISOR).

1. PODER CONSTITUINTE

Para a melhor compreensão de como a sociedade se organiza modernamente, deve-se abordar o poder constituinte e, valendo-se da lição de Paulo Bonavides, constata-se que o autor, sob um aspecto dinâmico, analisa o poder constituinte de forma a dizer que ele: “*se reduz formalmente a uma ação constituinte, capaz de criar ou modificar a ordem constitucional ou de produzir as instituições fundamentais de uma determinada sociedade.*”¹

Michel Temer² a respeito da sociedade e sua formação diz: “*ao se aludir à sociedade, pode-se indagar quem é que tem o poder de estruturá-la, dar-lhe corpo, constituí-la*”. Refere-se o autor exatamente ao Poder constituinte, uma vez que toda sociedade moderna que queira se constituir enquanto Estado terá de ter um regramento normativo regulador de condutas e definidor da estrutura desta mesma sociedade. Jean Jacques Rousseau disse que “*pelo pacto social demos existência e vida ao corpo político e que a legislação dar-lhe-á, movimento e vontade.*”³ E o método que vem sendo utilizado modernamente é uma constituição, algo que figura como a lei maior desta sociedade, e é através desta constituição que o Estado passa a existir juridicamente.

Diante dessa afirmativa o foco central desta parte do trabalho é o constitucionalismo e principalmente o poder constituinte como o encarregado de elaborar a Constituição. De maneira que, presentes os elementos: povo, território e soberania, resta ao Estado se constituir, se organizar por um sistema normativo essencial através de sua Constituição. Portanto, há para Manoel Gonçalves Ferreira Filho a idéia de Poder constituinte como algo contemporâneo a do surgimento das constituições escritas, com a limitação do poder do

¹ BONAVIDES, Paulo. *Direito constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 136.

² TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*, 14ª edição revista e ampliada, Malheiros Editores, São Paulo – SP: 1998. p 29

³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du Contrat Social*. São Paulo: Nova Cultural Editora, 1997. Livro II. Cap.VI

Estado e a presença dos direitos e garantias individuais. E mais, não se pode deixar de lembrar que há ainda a distinção entre o poder instituidor e o instituído, pois se faz algo essencial às modernas concepções de Constituição.

Portanto diz Manoel G. Ferreira Filho: ⁴

A idéia de que a constituição é fruto de um poder distinto dos que estabelece, a afirmação da existência de um Poder constituinte, fonte da constituição e, portanto, dos poderes constituídos (dentre os quais o legislativo) é contemporânea da de constituição escrita.

Essa teoria do poder constituinte, ou melhor, sua elaboração e nascimento, começaram com as chamadas constituições burguesas, mais precisamente após a independência dos Estados Unidos da América e a revolução francesa, de modo que o constitucionalismo moderno da Europa se destacou com Emmanuel Joseph Sièyes⁵, pensador francês do século XVIII que, com base na concepção de soberania nacional de então, elaborou uma teoria aliada à idéia de distinção entre poder instituidor e poderes instituídos, estes como poderes derivados do primeiro. De modo que a Teoria do Poder Constituinte e a sua diferenciação em Originário e Derivado fora um destaque de grande importância no desenvolver do Direito Constitucional e continua o sendo até hoje.

Pelo raciocínio de Emmanuel Sièyes,⁶ deve ser diferenciado o poder em duas naturezas: o poder constituinte e os poderes constituídos. Ao primeiro destina-se a elaboração da Lei Fundamental (Constituição) e aos poderes constituídos resta a tarefa de elaborar a legislação ordinária, onde ambos seriam compostos por representantes da nação (povo): o primeiro por participantes extraordinários da assembléia e o segundo de participantes ordinários, ou seja, uma assembléia de representantes que se encarregaria extraordinariamente de elaborar a Constituição e depois outros representantes formariam outra assembléia para legislar ordinariamente e manter a Constituição. Desse último papel se encarregariam os parlamentares.

⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p 21.

⁵ SIÉYES, Emmanuel Joseph. A constituinte burguesa. Qui est-ce que le tiers Etat? Organização e introdução de Aurélio Wander Bastos, tradução Norma Azevedo, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2001, p. 41.

⁶ Ob. cit., pp. 45-58

Nesta linha Raul Machado Horta⁷ faz comentário à teoria de Siéyes, dizendo:

Que a separação entre poder constituinte e poderes constituídos adquire nitidez da idealização de um corpo de representantes extraordinários, distinto dos ordinários, os Deputados.

Carl Schmitt⁸ em sua obra *Teoria de la Constitución* quando escreve sobre este poder constituinte diz que:

Poder constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridade es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existência política, determinando así la existencia de la unidad política como um todo. De las decisiones de esta voluntad se deriva la validez de toda ulterior regulación legal-constitucional. Las decisiones, como mías, son cualitativamente distintas de las normaciones legal-constitucionales establecidas sobre su base.

Uma Constitución no se apoya em uma norma cuya justicia sea fundamento de su validez. Se apoya em uma decisión política surgida de um Ser político, acerca del modo y forma del próprio Ser.

Para Schmitt, em um determinado momento, observa-se a manifestação de um poder, o poder constituinte, que decide a forma de existir do Estado, suas bases, sua estrutura, seus fundamentos. Tudo como produto da decisão política que fora tomada naquele momento. O autor quer dizer com sua *teoría de la constitución* que a norma fundamental (constituição) encontra seu fundamento de validade em uma decisão política que a antecede, e não numa decisão jurídica, ou seja, para Carl Schmitt a constituição é uma decisão política fundamental e a sua validade não se apóia na justiça de suas normas, mas na decisão política que lhe dá existência.

Ainda sobre a Teoria do Poder constituinte e o conteúdo da constituição como seu produto fim, ensina José Alfredo de Oliveira Baracho⁹ que aquela:

Propunha o estabelecimento de uma constituição baseada nos seguintes pontos capitais: declaração de direitos, forma escrita, governo representativo, separação entre Poder Legislativo e Executivo. Tornava-se a convocação de toda a nação, com os poderes extraordinários, constituintes, para formular a nova constituição. A doutrina do Poder constituinte coincide com o nascimento do estado constitucional moderno.

De forma que, ao se tentar falar de poder constituinte, deve-se mencionar que este é o poder que a sociedade tem para se constituir política e juridicamente. É o poder que determina

⁷ HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 122.

⁸ SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. Alianza Editorial, S.A., Madrid: 2003. pp. 93-94.

⁹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria da Constituição. Revista de Informação Legislativa

os alicerces, as bases de sua estrutura, bem como os fins que visa alcançar; e a servir de exemplos desse objetivo podem ser citados: a paz social e o bem comum. Mas para se alcançar esses fins precisa-se passar por todo um processo de organização que implica na necessidade de um documento elaborado para reger a sociedade de forma organizada, onde a missão do poder constituinte se traduz na feitura de um conjunto de normas que integrarão o mais importante regimento jurídico de uma sociedade, a Constituição.

Além de elaborar a constituição, também compete ao poder constituinte a possibilidade de reformá-la, pois ela não deve se estabelecer como imutável em todos os seus dispositivos, como acontece com constituições teístas, fundadas na imutabilidade daquilo que atribuem ser a vontade de Deus. Devendo, portanto, o poder constituinte elaborar, quando da criação da constituição, os dispositivos para sua mudança, ou seja, como e em que a Constituição poderá ser mudada. Desta maneira possibilita-se a sua atualização. De modo que, há duas espécies básicas de poder constituinte, bem como, limitações ao poder de reforma que são atribuídas ao poder instituído pelo o poder instituidor, algo que visa exatamente a preservação do que é fundamental à própria ordem estabelecida pelo poder constituinte originário ou primário.

O objetivo dessas limitações é a proteção da essência do texto constitucional elaborado pelo primeiro dentre os dois poderes. Desta maneira o constituinte originário cria institutos de base na própria estrutura da constituição, os quais não podem ser alterados, sob pena de se modificar o que se convencionou ser essencial, ferindo automaticamente sua própria determinação, seu sistema de segurança, o que lhe garante continuar existindo.

Assim, conclui-se que, além de um poder constituinte primeiro extraordinário, constitui-se um segundo a manifestar-se em várias espécies, que serão mencionadas no decorrer deste trabalho.

O Poder Constituinte Originário

Deve-se observar na diferenciação oriunda da idéia de Sièyes, sobre o poder constituinte, primeiramente o originário, também denominado de poder instituidor, genuíno, primário ou de primeiro grau. É o poder de elaborar uma constituição e não encontra limites no direito positivo anterior, também não deve obediência a nenhuma regra jurídica preexistente.

O poder constituinte inicial, por essência, implica sempre na quebra ou na ruptura da ordem jurídica até então vigente. Tal poder é sempre revolucionário, ou melhor, juridicamente revolucionário. Celso Ribeiro Bastos diz que para o Direito o fenômeno revolucionário: “*Consiste na quebra da seqüência da ordem jurídica anterior, seja pela alteração do seu conteúdo, seja pela deslocação da fonte de sua legitimidade.*”¹⁰

Isto é: inicial porque é onde a ordem jurídica começa, tem início; ilimitado e autônomo porque não sofre limites de ordem anterior e só se submete à sua própria vontade; por último, é incondicionado, vez que não se subordina a nenhuma forma prefixada para se manifestar. O poder constituinte consiste na faculdade que toda nação (no conceito de Sièyes) ou povo (no conceito atual) tem de fixar o regimento fundamental sobre o qual deseja viver, essencialmente no que diz respeito à organização do Estado (constituição meio) e a previsão de direitos e garantias fundamentais do seres humanos (constituição fim) como forma de combater eventual abuso por parte do poder de que o Estado é detentor.

Porém, abrandando-se o rigorismo da teoria acima aludida, principalmente na característica de ser o poder constituinte originário ilimitado, diz Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹¹: “*Ser juridicamente ilimitado não significa que o Poder constituinte seja moralmente ilimitado.*”

Contudo, decorrem exatamente da doutrina do poder constituinte elaborada por Sièyes dois requisitos primordiais: a especialização do órgão constituinte para a missão de elaborar a constituição; e a concepção do poder constituinte ilimitado, sendo sua vontade elemento extraordinário, algo independente ao direito vigente, em qualquer de suas formas.

Para relembrar, note-se mais uma vez que o poder originário é inicial, autônomo, ilimitado e incondicionado, inicial porque a ordem jurídica tem nele seu nascedouro, acima dele nenhum poder se encontra, é autônomo porque independe de outro, tem vontade própria e ilimitada juridicamente, tem como seu titular soberano o povo, que o exerce através de representantes, e ao qual compete decidir como e quando se pode definir a estrutura jurídica do Estado, quando mudá-lo, e ainda, é *omnipotente* e incondicionado, pois não se subordina a nenhuma outra norma.

¹⁰BASTOS, Celso Ribeiro. *Dicionário de Direito Constitucional*. São Paulo: Forense

¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1985. p.70.

Porém, seguindo a relativização feita por Ferreira Filho quanto à característica pertencente ao poder constituinte de ser este ilimitado juridicamente, há de ser lembrado todo o avanço da humanidade, ou pelo menos parte dela, quando da elaboração de suas normas constitucionais. Com isso não se admitem juridicamente dispositivos moralmente ofensivos à dignidade humana, ou seja, pelo estágio em que se acha atualmente a humanidade, não seria possível a sustentação de um dispositivo constitucional que tornasse oficial o trabalho escravo de mulheres e crianças, por exemplo. Há aí uma espécie de limitação moral ou uma relativização daquilo que se diz ser ilimitado. Tanto que atualmente não há registro de que a escravidão seja prevista oficialmente em qualquer nação do globo.

Em síntese, o poder constituinte consiste no poder que o povo, na qualidade de seu titular, tem de estabelecer o regimento principal, as diretrizes fundamentais sobre as quais deseja viver em sociedade, com a desejada organização do Estado para viabilizar a realização de seu fim. A constituição estrutura o Estado, atribuindo poderes às instituições deste Estado e assegurando ao povo a proteção contra a tendência natural para o exagero de quem é detentor deste poder, com isto há previsão de direitos e garantias fundamentais como limites.

Formas de Manifestação do Poder Constituinte Inicial

Não existe maneira prefixada pela qual se manifesta o poder constituinte originário, vez que tal Poder é ilimitado e incondicionado, porém, sob a óptica do direito comparado das constituições, em específico as ocidentais, pode-se ver que existem duas origens mais manifestadas na doutrina do poder constituinte originário: A outorgada e a forma de Assembléia Nacional Constituinte.

Quanto a essas origens, a mais democrática delas é obviamente a segunda. Na doutrina constitucional escrita por Pinto Ferreira¹² o autor traz à baila algo muito importante, pois afirma que somente o povo tem a competência para exercer os poderes de soberania. Diz que

¹² PINTO FERREIRA, Luis. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*, 6ª ed., revista - ampliada e atualizada, São Paulo: Editora Saraiva, 1983.

a assembléia constituinte é o corpo representativo escolhido a fim de criar a constituição para posteriormente ser submetida à aprovação popular através do referendo.

Importante não confundir essa forma de manifestação do poder constituinte com a chamada forma de constituição *Caesarista*, que é outorgada e depois submetida à aprovação popular, por não ter havido a participação do povo no processo de elaboração constituinte.

Nelson Saldanha¹³ diz sobre as constituições que:

Tradicionalmente, a primeira constituição de um novo país que conquiste sua liberdade política será fruto da primeira forma de expressão: o movimento revolucionário. Entretanto, as demais constituições desse mesmo país adotarão a segunda hipótese, ou seja, as assembleias nacionais constituintes.

Então, ao se tentar definir as duas formas elementares de manifestação do Poder constituinte predominantes na doutrina quanto à sua origem pode-se falar em: outorga e convenção, sendo que esta se manifesta através de assembléia nacional constituinte.

A outorga constitui a imposição de uma constituição feita por declaração unilateral do agente revolucionário, e ele é quem estabelece os limites ao seu próprio poder, ou seja, tem a capacidade de impor a sua vontade e fazê-la aceita por todos, como se esta vontade também a de todos o fosse. Assim fizeram Pedro I na Constituição Imperial de 1824 e os militares no golpe militar de 1964 com a edição do Ato Institucional nº I.

A segunda forma de manifestação é a Assembléia Nacional Constituinte ou a convenção, oriunda da representação popular, eleita pelo voto direto, secreto e universal, para de forma democrática estabelecer o texto constitucional que teoricamente traduz a vontade soberana da nação: uma convenção cuja assembléia fora eleita para o fiel cumprimento da vontade popular e para a missão de elaborar a Constituição. Esta se legitima quando o povo vai às urnas já sabendo que votará em representantes que estarão investidos do poder constituinte originário. No Brasil, assim se deu a formação dos textos constitucionais de 1946 do pós-segunda guerra e a constituição cidadã de 1988, ambas elaboradas sob textos que propiciaram a redemocratização do país.

Já as constituições de 1891 e 1967, ou melhor, as assembleias que as elaboraram não foram possuidoras da vestal do poder constituinte originário, ou seja, no ato da votação para

¹³ SALDANHA, Nelson. O Poder Constituinte. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p.79

se eleger os congressistas, os eleitores não tinham ciência de que votariam naqueles que elaborariam a nova constituição. Estas se caracterizaram como assembléias congressistas e não assembléias nacionais constitucionais. Assim, foram ilegítimas para a missão de fazer uma constituição.

A Titularidade do Poder Constituinte

De início, necessário se faz uma pequena menção ao que seja ser soberano. Portanto, acompanhe-se a descrição enciclopédica¹⁴ irretocável da palavra soberania, como algo que:

Relaciona-se a poder, autoridade suprema, independência. É o direito exclusivo de uma autoridade suprema sobre uma área geográfica ou um grupo de pessoas. A soberania sobre uma nação é geralmente atributo de um governo ou de outra agência de controle política; apesar de que existem casos em que esta soberania é atribuída a um indivíduo (como na monarquia, na qual o líder é chamado genericamente de soberano). Entende-se por soberania a qualidade máxima de poder social através da qual as normas e decisões elaboradas pelo Estado prevalecem sobre as normas e decisões emanadas de grupos sociais intermediários, tais com: a família; a escola; a empresa, a igreja, etc. Neste sentido, no âmbito interno, a soberania estatal traduz a superioridade de suas diretrizes na organização da vida comunitária. A soberania se manifesta, principalmente, através da constituição de um sistema de normas jurídicas capaz de estabelecer as pautas fundamentais do comportamento humano. No âmbito externo, a soberania traduz, por sua vez, a idéia de igualdade de todos os Estados na comunidade internacional. Tradicionalmente, a idéia de soberania costuma vir associada às seguintes características: o poder soberano é **uno** (poder estatal único), **indivisível** (não pode haver dois Estados num mesmo território) e **imprescritível** (o Estado não perde o poder soberano mesmo que fique sem exercê-lo durante um período).

Então, para melhor precisar o tema do poder, deve-se observá-lo considerando as seguintes perguntas: quem é o titular deste poder nas suas várias manifestações históricas? Quem foi e quem deve ser o titular do poder constituinte, ou melhor, como vem sendo ou a quem vem sendo atribuída a titularidade deste poder constituinte?

Jean Jacques Rousseau¹⁵ no Contrato Social, após estabelecer no livro I a origem convencional da ordem social e política pelo pacto ou contrato social, retratando a conseqüente abdicação da liberdade natural plena em troca da proteção do Estado, inicia o livro II afirmando que:

¹⁴ In <http://pt.wikipedia.org/wiki/Soberania>

¹⁵ ROUSSEAU, Ob. cit., Livro II, Cap. I.

A primeira e mais importante consequência decorrente dos princípios até aqui estabelecidos é que só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado de acordo com a finalidade de sua instituição, que é o bem comum.

Rousseau na sua teoria não só legitima a vontade do Estado se confundindo com a vontade geral, como também delimita o objeto de toda atividade e justificação da existência do Estado, como sendo o bem comum. Nesta direção é de se observar também a visão de Joseph Sièyes, pois, traz a afirmação de que a nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo, sua vontade é invariavelmente legal, é a própria lei. Foi com Sièyes que surgiu a idéia de poder constituinte, diferenciando este do poder constituído, vez que não pode na sua ação autônoma atingir as leis fundamentais contidas na Constituição, porque foram estas criadas por um poder constituinte produto da absoluta vontade da nação.

O titular do poder constituinte originário, segundo Sièyes¹⁶, é a nação, pois a titularidade do poder liga-se à idéia de soberania do Estado, e mediante o exercício do poder constituinte originário estabelecer-se-á a organização fundamental do Estado, com a feitura de uma constituição. Este poder constituinte originário é sempre superior aos poderes constituídos. Assim, toda manifestação dos poderes constituídos somente terá validade caso se sujeite ao que determinou a constituição como fruto da vontade da nação.

Obviamente estes dois clássicos autores, Rousseau e Sièyes, elaboraram uma teoria com ideais da democracia para atribuir legitimidade ao titular do poder constituinte, contudo, na história do Estado constitucional o sujeito do poder constituinte tem sido variado no momento de criar, revisar ou reformar a constituição. De forma que também encontramos no estudo da história do direito constitucional titulares longe de serem legítimos segundo a teoria democrática. Note-se que, dentre os possíveis titulares da referida tarefa de exercer o poder constituinte, pode-se ter: um Rei do Absolutismo a exemplo do detentor singular ou individual deste poder, poder-se-ia ter também como titular do poder um ditador, como também poderia a titularidade sair do âmbito de um só agente e se manifestar de forma plural quanto ao seu detentor, como exemplo, por toda uma classe dominante como a nobreza, a burguesia, a classe empresarial ou os banqueiros, em fim, um grupo que poderia estar sempre por detrás do titular legítimo do poder (povo segundo a teoria democrática), figurando de fato como se ele o fosse. Mas a verdade é que individualmente ou enquanto grupo, de fato ou de

¹⁶ SIÉYES, Emmanuel Joseph. A constituinte burguesa. Qui est-ce que le tiers Etat ?Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2001. (O que é o terceiro Estado).

direito, legítimo ou ilegítimo, o poder constituinte se manifesta com um titular e independente da titularidade coincidir de fato com o que prega a teoria democrática, verdade é que todos que o exercem dizem agir em nome do povo, pelo o povo e para o povo, parafraseando o presidente americano Abraham Lincoln.

Constatar-se-á isto se se analisar a história das constituições, uma vez que todas elas falam de povo. E por que elas falam de povo? Para se legitimarem, assim diz Friedrich Müller na obra *QUEM É O POVO?*¹⁷ De modo que não poderia ser diferente, pois o elemento povo é unanimemente aceito como necessário para a Constituição, é um dos elementos essenciais à formação do Estado, segundo lição de Dalmo Dallari.¹⁸

Contudo, não se nega que se pode esconder a verdadeira fonte do poder, pois é possível se constituir uma forma do poder de fato que possa se travestir, encobrir sua manifestação verdadeira como um poder real de grupos dominantes ilegítimos, carregados de interesses egoístas. No entanto, também se encontra algo condizente com a teoria da democracia, ou seja, exemplos de poderes constituintes que de formas diferentes expressam a vontade de parte considerável do povo e por este é que se deve lutar.

E com base no que já fora mencionado, atualmente não há dúvida de que a vontade do poder constituinte deve ser proveniente de instrumentos democráticos, ou seja, com a maior participação popular possível, em algo que proporcione a legitimidade expressada pela maioria da vontade real popular no processo de elaboração da constituição, bem como o de sua reforma, que o processo de positivação das normas do Estado também seja um processo com ampla e efetiva participação dos cidadãos, não só através dos representantes eleitos, mas, através de efetiva manifestação da sociedade com maior participação direta dos votantes na elaboração dos princípios e regras que os regerão, e para isso as constituições devem prever instrumentos de participação direta no processo de decisão da formação e mudança da norma.

Este poder de normatizar só será caracterizado como democrático se em seu processo constituinte se utilizar dos mecanismos mencionados e, ainda, atente-se para que, a partir daí, seja possível na coletividade o reconhecimento e a habitualidade das manifestações sociais como legítimas e fundamentais ao exercício de participação na vida do Estado e na realização

¹⁷ MÜLLER, Friedrich. *Quem é o Povo? (A Questão Fundamental da Democracia)*. 2ª, ed., São Paulo: Max Limonad, 2000. p.52. No próprio século XVIII o conceito de Povo fora igualado ao de nação.

¹⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998. p.95.

de seus objetivos, a exemplo disso pode-se mencionar o que ocorreu recentemente na França quando, o Primeiro Ministro francês quis modificar leis trabalhistas e a população foi às ruas em protesto.

Depois de muita resistência conseguiu-se que a lei fosse revista, além deste exemplo de participação popular conclui-se também ser essencial à democracia fazer com que o poder de manipulação dos meios de comunicação como órgãos formadores de opinião e a serviço da propaganda política imposta pelo poder de pressão ou a serviço dos grandes grupos econômicos ou outros setores egoístas da sociedade seja diminuído ao máximo, proporcionando a maior imparcialidade possível na informação. Desta maneira poderíamos ao menos sentir maior correspondência entre a real e efetiva opinião pública e a opinião publicada.

Impossível será consolidar uma democracia caso seja permitida uma minoria a se sobrepor à vontade legítima da maioria, de forma que se deve lutar no mínimo para termos um exercício de poder, diante da impossibilidade material da democracia direta, em que o povo, ainda que não o exerça diretamente, seja ao menos bem representado e estabeleça vínculo de diálogo com seus representantes, bem como, quando for previsto no texto da constituição, mecanismos de participação direta nos destinos políticos da própria sociedade, e que estes sejam utilizados constantemente.

Quanto à titularidade e exercício do poder constituinte é lúcida a lembrança que nos faz Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁹ quando diz:

O povo pode ser reconhecido como o titular do Poder constituinte mas não é jamais quem o exerce. É ele um titular passivo, ao qual se imputa uma vontade constituinte sempre manifesta por uma elite.

Em tal afirmativa consiste a diferença entre titularidade e exercício da soberania, entretanto, consolidando-se na sociedade as práticas há pouco sugeridas, poderemos ser mais bem representados e efetivar de vez a democracia no Brasil e assim fazer jus ao que diz o parágrafo único da Constituição da República.

¹⁹ Ob. cit., p.29. O Poder...

Natureza do Poder Constituinte

O poder constituinte originário é o momento da transformação, ou melhor, da transcrição do Poder para o Direito. A instituição do poder constituinte originário representa o instante primordial de ruptura da ordem constitucional pretérita e a criação da nova, onde a força do poder de fato que se institui é tão forte que anula a ordem suprema até então vigente. Este poder é munido de capacidade para elaborar um novo ordenamento jurídico superior, sem nenhum tipo de dependência, subordinação ou limite jurídico imposto pela ordem com a qual passa a desintegrar.

Ao se partir do ponto de vista que o direito tem seu fundamento na vontade dos homens e conseqüentemente se estabelece enquanto produto desta mesma vontade, ou seja, que o direito é sinônimo de lei positiva, que é ditado pelo Estado, considerar-se-á o poder constituinte originário como um poder de fato, um produto da força e da vontade social. O texto positivo da constituição seria resultado da vontade do grupo, da força social que impera na sociedade e tem justamente o poder do movimento de rompimento com a situação anterior.

Noutra vertente há sua natureza vista sob a óptica do jusnaturalismo, onde não se reduz o direito nesta perspectiva positivista de delimitá-lo à normatividade produto originário apenas do Estado, ou seja, transformando a elaboração de suas normas de conduta em mera aplicação da vontade dos homens na forma de lei positivada. De forma a constituir a vontade do Estado. Ao contrário, acredita-se haver uma norma superior que regula a forma com base na qual o direito positivo deve estabelecer-se. Em outras palavras, o direito do poder constituinte originário teria, para se legitimar, de observar a natureza dos homens e a partir dela interpretá-la e positivá-la. Por esta visão tem de se negar a natureza de ser poder só de fato para atribuir-lhe um poder de direito, ainda que não seja um direito posto pelo Estado, mas um poder que encontra sua justificativa de existência e ação no direito natural e às vezes até no direito natural divino.²⁰

²⁰ A visão do direito natural pode ser, segundo os jusnaturalistas, primeiramente, algo extraído da observação da natureza do homem sem no entanto reconhecer algo que esteja além desta natureza. Por outro lado há quem atribua a natureza como criação divina e em conseqüência disto diz-se que o homem deve observar a natureza a qual Deus criador lhe atribuiu como vontade, assim, algo que se difira desta vontade é um desvio da conduta exigida pelo divino. Tomás de Aquino é um dos elaboradores da interpretação da natureza como vontade divina. Mas a pergunta que põe em cheque inclui o jusnaturalismo no campo da crença é: Como se saber qual é a real vontade de Deus, ou o que é natural ou não a partir da individualidade e da conseqüente pluralidade de interpretações para ambas fundamentações? Quem deve ser o interprete oficial da vontade Divina ou da natureza?

Alexandre de Moraes²¹, ao falar da Natureza do Poder Constituinte cita duas teses principais utilizadas para explicá-la: Tese Jusnaturalista e Tese Positivista. Assim diz que:

Para a tese positivista, somente existe direito posto pelo Estado, e, conseqüentemente, a Constituição – que inicia a ordem jurídica e o próprio Estado, não pode ser considerada um poder de direito, mas sim um poder de fato, uma força social. Diversamente, para a tese jusnaturalista o direito não se circunscreve ao direito posto pelo Estado – direito positivo -, havendo também o direito resultante da própria natureza humana – direito natural. O Poder constituinte, portanto, seria um poder de direito decorrente do direito natural à liberdade da autodeterminação.

Contudo, o que é de suma importância para a compreensão deste tema é conhecer a característica da força do poder constituinte originário como poder de fato que é capaz de romper com a ordem vigente para estabelecer uma nova.

É meu entendimento que o poder constituinte está mais tendente a ser um poder de fato do que um poder de direito, posto que, este quando instituído é juridicamente ilegal e inconstitucional em relação à ordem então vigente, pois passa a desintegrá-la. Neste cenário encontra-se o enfraquecimento, ou melhor, a sucumbência dos instrumentos de proteção para que o ordenamento jurídico até então em vigor continue a existir; quebra-se sua segurança na essência, que nada mais é do que a capacidade de ser forte e duradoura o suficiente que nenhum poder possa destruí-la. Então, somente um poder de fato é capaz de transformar esse intuito de ser a Constituição, em seus fundamentos, algo permanente. Concluindo-se a partir desse raciocínio que se a ordem foi rompida, é porque a força para rompê-la foi mais forte do que seus mecanismos de proteção.

Tal força se manifesta predominantemente de duas formas: uma ilegítima que outorga a constituição sem a participação efetiva de seu titular e destinatário, o povo, e outra legítima manifesta na participação através de representantes do que se atribui ser a vontade popular.

Contudo, a verdadeira proteção legítima contra o autoritarismo da forma outorgada de constituir consiste na vontade da maioria popular prevalecer, bem como, na crença de que um poder social majoritário unido é irresistível e porque melhor titular do mister de construir sua própria ordem estatal.

²¹ Ob. cit., p.91.Constituição...

1967 e 1988 Os Bastidores do Poder Constituinte Originário

Na linguagem jurídica o termo revolucionário tem significado pouco diferente do conceito trazido por Norberto Bobbio²² em seu dicionário político, este nos dá em uma de suas definições o significado de revolucionário como sendo: “*revolução, rebelião, golpe de Estado, violência. – A revolução é a tentativa, acompanhada do uso da violência, de derrubar as autoridades políticas existentes e de as substituir, a fim de efetuar profundas mudanças nas relações políticas, no ordenamento jurídico – constitucional e na esfera sócio econômica*” , já juridicamente falando, em especial de poder constituinte originário, revolucionário significa uma quebra na continuação da ordem jurídica anterior abandonando-a em favor de outra.

Com base nisso é importante se analisar esse tema que tem sido algo de muita discussão ao longo da história constitucional brasileira, ainda que ele seja melhor mencionado no capítulo referente a história do Supremo Tribunal Federal do Brasil, pois neste capítulo constará um esboço das diferentes constituições que teve o Brasil ao longo de sua história, bem como a constatação de que dentre as várias constituições do Brasil algumas foram outorgadas (impostas) e outras promulgadas, democráticas.

Como exemplo pode ser mencionada a mudança constitucional quando da Constituição de 1967, uma constituição congressista. Época pós golpe militar de 1964, na Presidência da República encontrava-se Castelo Branco, que pelo Ato Institucional nº 4 de 7 de dezembro de 1966 convocara o Congresso Nacional, extraordinariamente, para discutir, votar e promulgar uma nova Constituição. Com o ato baixado, o Congresso tinha a incumbência de elaborar uma nova constituição para o país, mesmo não tendo sido eleito para tal missão.

Acredita-se que os militares queriam legitimar a feitura da constituição de acordo com uma vontade que fora atribuída ao povo, mesma justificativa de que se utilizaram para a tomada do poder, pois, segundo os militares, a ação contra a ordem vigente fora em decorrência do clamor da população em face de iminente possibilidade do governo de João Gular se tornar comunista. Daí ter sido necessária a intervenção militar e a reestruturação do governo a partir da nova perspectiva da população que fora às ruas. Porém, para mim, os

²² BOBBIO, Norberto e NICOLA Matteucci. *Dicionário de política*. Ed. Universidade de Brasília. 1988. Vol. II. p.1121

militares gostaram do poder e atribuíram à ordem constitucional um caráter de direito democrático fictício, jamais de fato, assim, estabeleceram uma ditadura.

A polêmica não poderia deixar de existir. Daí brotaram reações contrárias ao processo de elaboração da nova constituição. Uns eram a favor e outros contra, e como exemplo dos que eram contra pode-se citar o fato de um especialista em direito público na época ter saído da comissão designada pelo Dec. nº 58.198 de 1966, que versava sobre a feitura do anteprojeto da nova constituição. Ele utilizara argumento jurídico em justificação à sua saída, disse que entendia que o Congresso Nacional não tinha poderes jurídicos constitucionais para posteriormente aprovar o texto a ser votado, ou seja, o parlamento não poderia exceder o poder de emendar a constituição de 1946.

Noutro pólo de interpretação, este favorável à medida, pode ser defendido da seguinte forma: o Congresso Nacional, ainda que não eleito pelos cidadãos com a investidura de constituinte, exerceria o poder constituinte originário em nome e com base na atribuição dos poderes da chamada revolução. Desta forma deve-se se tomar em consideração ao fundamento legal o poder revolucionário instalado no país em 31 de março de 1964 através do golpe militar, pois desta força sairia a legitimação para o próprio poder constituinte inicial.

Fato é que em 24 de janeiro de 1967, fora promulgada a nova constituição da República Federativa do Brasil. Mas apesar do nome era centralizadora na questão federal e também de grande concentração do poder em nível de organização política²³. Contudo, não vigorou por longo período, pois, recebera alterações profundas em 13 de janeiro de 1968, a exemplo o AI nº 5 que em seu art. 1º dispunha: *‘São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais, com as modificações constantes deste Ato Institucional, ou seja, mantinha as constituições, a federal e as estaduais, todavia, todas estariam subordinadas à vontade do ato, um ato institucional que podia estabelecer algo que confrontasse com a própria constituição, tanto que a modificou na essência.*

Posteriormente, com a Emenda Constitucional nº 1/69 em 17 de outubro de 1969, novas e profundas alterações foram impostas ao país. A propósito da centralização, por exemplo, é bom lembrar o disposto no art. 65, que fixava como competência exclusiva do

²³ CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS: 1967 / Themístocles Brandão Cavalcante, Luiz Navarro de Brito e Aliomar Baleeiro – Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. pp. 36-38.

Poder Executivo a iniciativa das leis orçamentárias, as que abrissem crédito, fixassem vencimentos, vantagens dos servidores públicos ou as que criassem ou aumentassem a despesa pública.

Vale citar também o disposto no art. 181 no título das disposições gerais e transitórias que trazia em seu bojo o seguinte: *Que ficam aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964*, de forma que a Constituição de 1967 trazia também os direitos fundamentais clássicos de primeira geração e os direitos e garantias individuais, mas em nome do comando privilegiava sempre os aspectos da segurança nacional. Note-se que os direitos individuais eram tão pouco importantes para os militares que figuraram na Constituição do meio para o fim de seu texto.

Ainda quanto à constituição de 1967 se considerarmos a EC nº 1/69 como emenda, aquela recebeu 27 emendas e a nº 26, de 27 de novembro de 1985, convocou a Assembléia Constituinte que elaborou e aprovou a constituição de 5 de outubro de 1988, seguindo-se de eleições para o Congresso e atribuindo aos eleitos a incumbência de exercer em nome do povo, titular do Poder constituinte, a elaboração da nova ordem constitucional supostamente legítima e democrática.

Poder Constituinte Derivado (Instituído) E Suas Derivações (decorrente, reformador e revisor)

Poder Constituinte Derivado

Este poder é o que se encontra inserido na própria constituição como escreve Maurício Antônio Ribeiro Lopes.²⁴ Já é o próprio texto constitucional em si que traz, através de uma regra jurídica, a previsão do poder que deriva da constituição, por sua vez oriunda do poder constituinte originário. O poder constituinte derivado goza de outros nomes para melhor defini-lo, por exemplo. É também chamado de poder instituído, poder constituinte de segundo grau, mas sempre encontra seu fundamento na determinação do poder constituinte originário,

²⁴ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p.134.

de primeiro grau ou instituidor. Este determina como aquele deve existir e como deve ser exercido.

É o poder que diferentemente de seu instituidor conhece limitações no exercício de suas funções. Limites que podem ser explícitos ou implícitos além de ser um poder passível do controle da constitucionalidade em face da vinculação de seu produto com a determinação do poder que o delimitou. Sua obra, quando se manifestar, deve estar em harmonia e conformidade com a ordem constitucional, é poder secundário, limitado, subordinado e condicionado.

Quanto à estabilidade constitucional, ou seja, quanto à maneira como está classificado o texto constitucional, sua possibilidade de reforma e o grau de dificuldade para se modificar a constituição, tem-se, quanto à característica de mudança das constituições, a possibilidade de serem: imutáveis, rígidas, semi-rígidas ou semi-flexíveis e flexíveis, uma vez que a mudança do texto constitucional é decorrente da possibilidade de existir, através de regras e limites que o próprio poder constituinte originário estabeleça, para o poder constituinte derivado, embora, dentre os quatro tipos de estabilidade constitucional, a que seja definida como imutável seja a única que não necessite de um Poder para reformá-la. Ressaltando, esta espécie de constituição é comum em países teocráticos como alguns países islâmicos do oriente médio.

Entretanto, do fato de as constituições preverem em seus textos a possibilidade de mudança dentro de determinadas regras e limites não implica dizer que só o fazem no sentido de obterem a reforma de determinada parte que já se quedou caduca junto à evolução da sociedade, pois, a descentralização do Estado e principalmente sua formação constituída em federação implicam a possibilidade de repartição do poder, ou seja, para que os entes federados tenham a possibilidade de autodeterminação, esta constitui uma forma de poder constituinte derivado decorrente.

Assim, embora por se trate de delegação de poderes e só se possa exercê-los com limitações, porque é justamente a vontade do poder constituinte originário que possibilita a criação dessa autonomia constitucional dos Estados Federados. Este se caracteriza também como manifestação de um poder constituinte derivado. Nesta linha de pensamento, Paulo

Bonavides diz ser o poder constituinte derivado um poder jurídico²⁵ diferentemente do poder instituidor que é de fato.

Então, para finalizar, no tocante ao poder constituinte instituído, ainda me resta falar mais detalhadamente sobre suas espécies: **decorrente e reformador**, embora na Constituição do Brasil de 1988 tenha havido ainda o poder constituinte **revisor**. Neste intuito há de se atentar para os três seguintes subtítulos deste capítulo.

Poder Constituinte Decorrente

O poder constituinte derivado decorrente, instituído, é dado aos entes que passam a compor a federação ou a descentralização do poder na estrutura de Estado, cite-se melhor o exemplo do Estado Federal, pois, a idéia de decorrente está intimamente ligada à forma constitucional de como esse Estado se estabelece. Para melhor exemplificá-lo assenta citar o que a atual constituição brasileira traz em sua estrutura como poder constituinte dos entes federados: Estados membros, Distrito Federal e Municípios.

Assim diz a constituição do Brasil em seu texto, artigo 1º: *A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal(...)*, bem como no artigo 18 *caput*, *A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.*

Isso posto, verificar-se-á uma distinção entre o Estado Federal e outras formas descentralizadas de organização do território de um Estado, observando-se exatamente a existência ou não de um poder constituinte derivado decorrente, pois a descentralização de competências legislativas constitucionais consiste no poder derivado, autônomo, que tem o ente federado de fazer sua própria constituição, embora em harmonia com quem lhe delegou essa parcela da soberania. É requisito essencial a toda e qualquer federação de fato a inexistência de hierarquia, previsão e garantia da autonomia entre os entes que compõem esta federação, de modo que este poder manifeste-se sempre observando o paralelismo das formas que consiste em elaborar as constituições estaduais e leis orgânicas dos municípios e do Distrito Federal sempre respeitando o balizamento imposto pela Constituição Federal.

²⁵ Ob. cit., p.175.

No Brasil, a federação formada pela União, Estados e Municípios e Distrito Federal, assim como versa o *caput* dos artigos 1º e 18 *supra* mencionados, discriminando cada uma das esferas de poder federal, tem conferido e assegurado a participação na soberania do País, ou seja, os entes formadores da República Federativa do Brasil detêm parte do poder geral para se manifestarem por intermédio de suas competências legislativas constitucionais, quero dizer que o exercício do poder constituinte derivado decorrente consiste materialmente no processo autônomo de se elaborar as Constituições Estaduais e as Leis Orgânicas dos Municípios e do Distrito Federal.

Mas também quero salientar que, na construção do Estado Federal, somado às atribuições das funções legislativas ordinárias, administrativas e jurisdicionais há também uma distribuição de competências legislativas constitucionais, vez que o poder constituinte decorrente representa a manifestação de parcela de soberania quando ele em si próprio não é soberano e exatamente por esta razão é um poder com limites jurídicos, limites estes previstos pelo próprio poder que o instituiu. O poder constituinte decorrente é autônomo, mas sempre condicionado à vontade do poder constituinte originário expresso na Constituição Federal.

No que diz respeito aos referidos limites que condicionam o poder constituinte decorrente, devo dizer que aparecem como limites materiais expressos ou implícitos e limites formais, porém, essa questão dos limites será tratada de forma mais abrangente no desenvolver do trabalho, mais especificamente quando tratarmos de poder constituinte derivado reformador, no entanto, deve-se permanecer com a idéia básica que os limites expressos são em decorrência do que a Constituição distribui como competências e atribui como conduta aos entes federados.

Tudo o mais que a Constituição Federal não mencionou como mandamentos aos entes federados, ou seja, guardado o paralelismo das formas, as normas de repetição obrigatórias quanto ao que é fundamental e mandamental pela Constituição Federal, está livre o constituinte dos Estados, Distrito Federal e Municípios para dispor, de forma que, por esse raciocínio não se podem desrespeitar os princípios que estruturam e fundamentam a ordem constitucional federal.

Em síntese sobre o poder constituinte derivado decorrente, diz Alexandre de Moraes²⁶:

²⁶ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 92

(...), consiste na possibilidade que os Estados-membros têm, em virtude de sua autonomia político-administrativa, de se auto-organizarem por meio de suas respectivas constituições estaduais, sempre respeitando as regras limitativas estabelecidas pela Constituição Federal.

Poder Constituinte Reformador

O artigo 28 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, França 1793 dizia que: *“um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de mudar a sua constituição. Uma geração não pode sujeitar às suas leis as gerações futuras.”*²⁷

O poder constituinte derivado reformador ou de reforma está munido das prerrogativas de mudar, alterar, adicionar, suprimir, revogar, abrogando ou derogando dispositivos da constituição. É também conhecido como poder detentor de competência reformadora de atribuição constitucional, para quando necessário o for, mudá-la. Porém, esta possibilidade de alteração só se torna efetiva se se respeitar as regras e limites estabelecidos no próprio texto da Constituição Federal. O processo em regra é deflagrado pelos representantes do povo.

No Brasil, quem desempenha este papel de reformar a Constituição Federal é o Congresso Nacional. Todavia, sobre o tema em questão, juntamente com o assunto das limitações impostas ao poder constituinte derivado, serão mais bem esmiuçados quando se tratar especificamente de Emenda Constitucional e da análise do artigo 60 da Constituição de 1988.

Poder Constituinte Revisor

Particularmente tratado no direito constitucional brasileiro, o poder constituinte revisor ou de revisão encontra-se disposto no art 3º do ADCT da constituição de 88 e é uma determinação do constituinte originário, no intuito de que a constituição fosse revisada segundo um rito especial e a partir de determinado tempo, assim diz: *“a revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.”*

Portanto, o dispositivo constitucional referido previu a realização da revisão constitucional após cinco anos contados de sua promulgação, pelo voto da maioria absoluta

²⁷ <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1793.htm>

dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral. Com isso, atribuiu uma possibilidade de se mudar a constituição por um rito diferente daquele que previu no artigo 60, assim, a limitação imposta ao poder constituinte derivado revisor diz respeito ao rito ou forma para se mudar a constituição, não vedando temporariamente a possibilidade de mudança pelo rito do artigo 60. Prova disso é que as quatro primeiras emendas constitucionais foram promulgadas em data que antecede os cinco anos a que alude o artigo 3º do ADCT. De forma que, tecnicamente, o processo para apresentar propostas de emenda à constituição já poderia ser utilizado desde o dia 06 de outubro de 1988, um dia após a promulgação da mesma, desde que fosse o processo comum previsto no artigo 60 como ocorrera quando da promulgação da EC nº 01/ em 31 de março de 1992 e que dispunha sobre a remuneração dos Deputados Estaduais e dos Vereadores, quatro anos depois de promulgada a constituição.

Após cinco anos, o Congresso Nacional utilizou-se do rito previsto no artigo 3º do ADCT para fazer a revisão constitucional e aprovam, em 1994, seis Emendas Revisionais. Neste sentido, transcorrido o prazo temporal fixado, cinco anos, esgotaram-se os efeitos da norma proibitiva, vigendo sem eficácia no texto da constituição.

CAPÍTULO 2

EMENDA CONSTITUCIONAL - LIMITAÇÕES AO PODER CONSTITUINTE REFORMADOR - CLÁUSULAS PÉTREAS.

2. EMENDA CONSTITUCIONAL E LIMITAÇÕES AO PODER CONSTITUINTE REFORMADOR

Consolidada a idéia essencial do capítulo passado, em se saber diferenciar o poder constituinte instituidor do instituído, em que o poder constituinte originário democrático, legítimo tem sua origem a partir de uma assembléia constituinte eleita para a missão ou finalidade de elaborar a constituição, passa-se, então, a expor o caráter da norma emanada em cada um desses poderes, enfatizando-se que o primeiro poder deixa de existir quando cumprida sua função, caracterizando-se assim em um poder temporário e destinado a se exaurir depois de desempenhada sua missão.

Diferentemente do especificado como poder constituinte derivado de reforma, poder de emenda, uma vez que este permanece no corpo da constituição como um poder latente, ou seja, há a possibilidade de se manifestar a qualquer momento, desde que necessite a sociedade. Assim, no ato de sua manifestação devem ser respeitados os requisitos formais e materiais definidos pelo Poder Soberano do Constituinte Originário, de modo que o Estado passa a existir juridicamente através da Constituição elaborada pelo Constituinte Originário, porém, este se extingue enquanto fonte produtora de norma constitucional originária e passa a prever uma forma de atualização da Constituição pela previsão de um Poder derivado que, no ato de seu mister deve observar a forma e o conteúdo o qual lhe atribui o poder que lhe instituiu, pois a ele está vinculado.

Ao se verificar as espécies normativas expressas na constituição de 1988, precisamente em seu artigo 59 e incisos, encontra-se primeiramente a espécie de emenda constitucional, meio pelo qual o poder constituinte derivado reformador é capaz de mudar parte do texto da própria constituição. Já o artigo 60 do texto constitucional é responsável por caracterizar como deve e em que condições se dá esse processo de reforma.

Mas antes mesmo de adentrar especificamente na análise do artigo 60 da Constituição brasileira e as limitações ao poder reformador, necessário se faz lembrar um pouco do cenário em que começou o surgimento das constituições escritas, assim, acompanhe os dizeres de Gilmar Ferreira Mendes²⁸ quando ressalta que as constituições escritas são apanágio do Estado Moderno, que esta idéia se consolidou na segunda metade do séc. XVIII com as chamadas revoluções burguesas, ou seja, a independência americana e a Revolução Francesa. Então, surge daí o constitucionalismo moderno e a necessidade de um documento escrito no sentido de garantir a sua permanência, algo que esteja timbrado, impresso, de modo a conferir-lhe maior segurança, previsibilidade e evitar que seja olvidado. Aliado a isso, soma-se a idéia fixa de seus comandos, posto, ser a constituição o produto da vontade legislativa do povo, a qual não pode ser mudada toda hora, não pode ela ser modificada ao bel-prazer do legislador reformador ou ordinário naquilo em que constitui sua essência.

Da característica de ser a constituição suprema no ordenamento jurídico e conseqüentemente eterna enquanto dure, estabeleceu-se o princípio de que em respeito à sua estrutura essencial, ela própria traz em seu texto as regras que o poder constituinte reformador deve seguir para mudá-la, pois a possibilidade de mudança é necessária à evolução natural da sociedade.

De modo que a idéia de constituição esta intimamente ligada à questão de uma norma superior às outras, destacando-se, a partir deste raciocínio, princípios como a supremacia e a rigidez constitucional, ou seja, princípios encarregados de diferenciar normas constitucionais de demais normas e determinar o que é imutável ou não no texto da constituição.

Segundo Paulo Bonavides²⁹:

Da rigidez constitucional resulta a superioridade da lei constitucional, obra do poder constituinte, sobre a lei ordinária, simples ato do poder constituído, por um poder inferior, de competência limitada pela constituição mesma.

Onde não exista essa diferenciação, ou, ao imaginar-se uma constituição que possa ser modificada através do processo legislativo ordinário, percebe-se que não estarão suas normas constitucionais em grau diferenciado no ordenamento jurídico, ou seja, numa posição

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 3

²⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed., Malheiros, São Paulo: 1993, p. 122.

hierárquica superior às leis ordinárias. Não há, por conseguinte, que se falar em supremacia constitucional.

Diz José Afonso da Silva que *O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição.*³⁰

Quando é o próprio texto constitucional que se quer mudar e não uma norma que figura hierarquicamente como infraconstitucional, esta mudança, obedecidas às limitações para que se realize, ingressa na constituição com o mesmo *status*, ou seja, em pé de igualdade com o texto permanente da constituição. Não havendo mais o que falar de hierarquia, passa-se a verificar a distinção quanto a certas outras normas constitucionais, baseando-se pelo critério da estabilidade, uma vez que este consiste naquilo que pode ser mudado ou não no texto da constituição.

A partir dessas afirmativas, passa-se a pensar na necessidade de um controle no processo de ingresso de normas oriundas do poder de reforma da constituição, como dito, tais normas passam a integrar o seu texto sem haver mais o grau de hierarquia, esse controle também a ser instituído pelo poder originário é o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos em relação ao que dispõe a letra constitucional, ou seja, a partir do momento em que o constituinte originário impõe limites a atuação do constituinte derivado, aquele tem de criar um mecanismo de controle dos atos emanados do poder condicionado para evitar os excessos e este mecanismo é o controle de constitucionalidade.

Sobre a possibilidade de mudança do texto da Constituição brasileira e a idéia de supremacia, Alexandre de Moraes³¹ escreve o seguinte:

O legislador constituinte de 1988, ao prever a possibilidade de alteração das normas constitucionais por meio de um processo legislativo especial e mais dificultoso que o ordinário, definiu nossa Constituição Federal como rígida, fixando-se a idéia de supremacia da ordem constitucional.

Acompanhando o texto constitucional de 1988, observa-se que figurando dentre as diversas espécies normativas oriundas de nosso processo legislativo está o referido instituto da emenda, bem como, no artigo seguinte o seu regramento. *Vide anexo I.*

³⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18 ed.. São Paulo: Malheiros, 2000. p.50.

³¹ Ob. cit., *Constituição ...* p.1081.

Emenda à constituição está diretamente ligada à possibilidade de alteração na Constituição. A esta altura, ainda não seria oportuno adentrar mais especificamente a idéia da supremacia das normas constitucionais em relação às de caráter ordinário. Interessante se faz, primeiramente, conhecer o processo de modificação da própria norma constitucional por outra que ingressará em seu lugar com o mesmo grau de hierarquia.

A possibilidade de se reformar o texto da constituição deve ser condizente com a teoria de limitação desse instrumento de mudança dado ao poder reformador da constituição, portanto, não deve o mesmo se manifestar fora de seu intuito, com o fim de ser utilizado para fazer revoluções no texto da constituição. Essa possibilidade de mudança ou reforma constitui-se apenas como interposto para caso necessário seja, propiciar-se conformidade ao texto constitucional provocado pelo avanço da sociedade, é forma de atualizá-la juridicamente, nunca servir, como dito, de instrumento para revoluções jurídicas de modo a ferir-lhe em sua essência.

De forma que, na Constituição, há para o poder constituinte reformador limites, pois foi estabelecido pelo poder constituinte originário algo que entendeu ser fundamental à constituição e conseqüentemente insusceptível de mudança supressiva, e neste intuito o constituinte primário positivou limites com previsão das chamadas cláusulas pétreas. Portanto, o Congresso Nacional Brasileiro, no exercício do poder derivado reformador esbarra nos limites constitucionais impostos por seu instituidor.

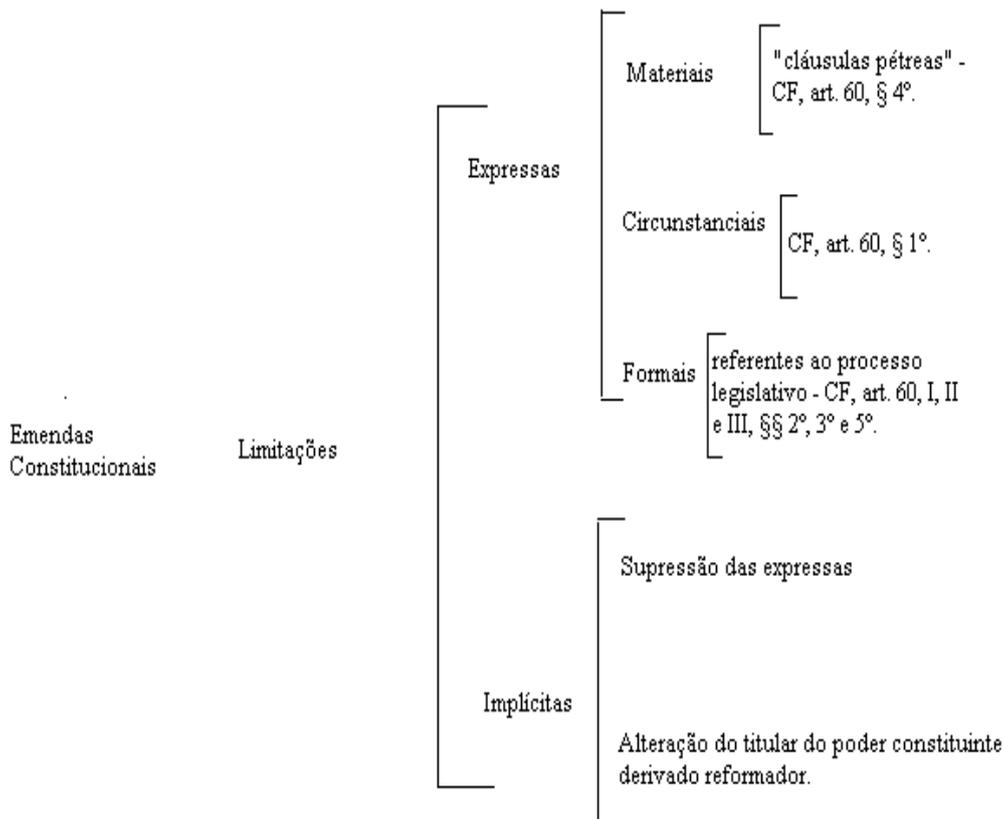
O poder de reforma por intermédio de sua característica de poder latente, pode em regra, se manifestar a qualquer tempo, todavia, sofrendo limites materiais, circunstanciais, formais e algumas vezes até temporais. Na verdade, este poder consiste na possibilidade de alterar pontualmente uma determinada matéria constitucional, seja adicionando, suprimindo ou modificando a letra da constituição.

Portanto, as margens a que o poder reformador deve sempre obedecer, se pautar, podem ser partilhadas em duas espécies segundo o direito brasileiro: Limitações expressas e limitações implícitas ou tácitas. Observe-se, porém, que as limitações expressas subdividem-se em três subespécies sendo sua ordem: formal, material e por derradeiro circunstancial. Embora, no que concerne a teoria das limitações, existam ainda as chamadas limitações temporais.

As tais limitações implícitas ou tácitas ao poder de reforma, segundo Nelson de Souza Sampaio³² derivam das expressas e apresentam-se na ordem de duas: impossibilidades de mudança na titularidade do poder constituinte derivado reformador e do processo da própria reforma constitucional.

Mas, antes de se aprofundar na questão das limitações, vide quadro elaborado no intuito de melhor fixar a idéia sobre os limites impostos ao poder de reforma da constituição, onde fora utilizado a exemplo o ordenamento jurídico brasileiro a partir da observância do que versa expressamente seu artigo 60, assim como suas limitações tácitas.

2.1. Quadro Sobre Limitações ao Poder Reformador na Constituição de 1988.



³² SAMPAIO, Nelson de Souza. Hierarquia Entre Normas Constitucionais. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado federal, ano 22, nº 85, p.5.

Após a consulta ao quadro acima, faz-se necessário debulhar uma a uma as limitações constitucionais, contudo, primeiramente devo mencionar algo sobre essa espécie de limitação expressa temporal, a qual não fora retratada pelo quadro *supra*, simplesmente por não mais constituir parte das limitações ao poder reformador brasileiro, embora ainda possa estar presente em qualquer sistema constitucional moderno.

A verdade é que essa modalidade de limitação conhecida como temporal consiste na vedação por determinado lapso de tempo para que se possibilitem a mudança das normas constitucionais. De forma que a constituição insere norma vedatória por um prazo determinado para a reforma de seus dispositivos sob pena de em se desobedecer tal mandamento se ofenda a constituição e caracterize-se assim uma inconstitucionalidade, pois, ainda não decorrer o prazo previsto para a possibilidade de reforma de qualquer área de seu texto ou apenas de determinada matéria.

Esta forma de limitação esteve presente apenas duas vezes na história constitucional brasileira e de maneira distinta, de forma que primeiramente havia na Constituição do Império³³, que estabelecia esse tipo de limitação em seu artigo 174, determinando que tão só após quatro anos de sua vigência poderia ser reformada, depois de então ressurgiu uma vez mais na constituição de 1988 de uma maneira muito peculiar.

Na vigente constituição de 1988, em verdade, não se verifica, uma limitação temporária, propriamente dita, quanto à possibilidade de reforma, pois, pela análise já feita houve somente uma forma peculiar descrita no artigo terceiro do ADCT.

Há ainda outro tipo de limitação que não consta no quadro demonstrado e se trata de limitação para todas as constituições, e embora já mencionada quando abordado o tema da natureza do poder constituinte deve ser ressaltada também neste tema. Essas limitações são as de ordem histórica, provêm do acúmulo histórico na evolução dos direitos dos seres humanos, consistem no amadurecimento jurídico das sociedades quanto à previsão de suas normas de conduta, ou seja, é visível quando a sociedade com todo o acúmulo histórico vivido pelas gerações passadas atinge um grau tal de evolução que não admite como norma a elaboração de dispositivos já historicamente superados. Poderia citar-se a exemplo uma tentativa

³³ Ob. cit., *CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS*: 1824 ...

qualquer do poder constituinte de instituir a escravidão de orientais ou mesmo restabelecer a de quem tivesse a cor da pele escura.

De forma que caso se possibilite no campo normativo do direito atual a adoção de certos dispositivos nefastos como o da oficialização da escravidão ou mesmo o retorno da lei de talião, dentre outros, se cometeria um retrocesso histórico milenar no avanço da conquista de direitos fundamentais.

Assim, dando continuidade ao tema das limitações, destaquem-se as formas expressas a partir do disposto no texto do artigo 60 da Constituição brasileira, onde se pode observá-las sob três aspectos distintos que são: o circunstancial, o formal e o material.

Portanto as limitações circunstanciais evitam modificações na constituição em certas ocasiões de instabilidade institucional, momentos anormais e excepcionais do país, em que possa estar ameaçada a livre manifestação do órgão reformador. Com tal limitação, visa-se a proteger a liberdade e a independência dos órgãos incumbidos da reforma da constituição, proibindo-se, dessa maneira, o ingresso de emendas no texto da constituição durante situações de grave comprometimento da estabilidade democrática. A atual constituição consagra tais limitações quando veda a possibilidade de emenda ao texto constitucional na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio (art. 60, § 1º).

Ainda como espécie de limitação expressa, podem ser destacadas as formais ou procedimentais que são outro tipo de regra a que o poder reformador deve respeito. Sua observância junto ao processo de reforma da constituição se faz de alto relevo, uma vez que esta quantidade de limites formais obriga que a emenda ocorra através dos procedimentos estabelecidos como requisitos necessários para a reforma do texto constitucional, a exemplo o *quorum* diferenciado de três quintos (3/5) submetendo a matéria à discussão em dois turnos de votação em cada Casa do Congresso Nacional para sua aprovação.

Incluem-se ainda nesse rol das limitações formais os dispositivos do processo legislativo no que diz respeito à iniciativa restritiva, ou seja, de quem pode propor emenda constitucional. E, além deste dispositivo há os incisos I, II e III do referido artigo 60 e os parágrafos 2º, 3º e 5º que também constituem exemplo dessa espécie de limitação expressa. Por fim, conclui-se que há de ser respeitada a forma estabelecida para o processo de reforma constitucional daí o nome de limitação formal ou procedimental.

Quanto às limitações materiais ou limites materiais esses dizem respeito às matérias ou conteúdo privilegiado pelo poder constituinte originário que não podem ser objeto de emenda, caracterizam-se ainda em expressos e implícitos. Tais limitações do conteúdo excluem determinadas matérias da possibilidade de serem submetidas às reformas supressivas de seu texto, isto é parte do sistema de segurança da constituição e visa à integridade da própria constituição.

Contudo, os limites materiais dizem respeito à própria essência do poder de reforma e mesmo que não existam limites expressos, a segurança jurídica como dita, exige que o poder de reforma não se transforme em um poder originário nem instrumento de revoluções jurídico-constitucionais. O poder de reforma pode modificar, todavia, mantendo a essência da constituição, ou seja, observando os princípios de base do texto constitucional, de forma que, ao fazer o novo, não se deve modificar o que se considera estrutural e fundamental à sua essência.

Para exemplificar melhor essa idéia, verifique-se a analogia da modificação da constituição com a de um edifício, para tal, imagine-se uma construção predial feita com vigas e pilares que constituem a estrutura essencial do prédio, este depois de pronto teria paredes, telhado, pintura e outros adereços mais, de forma que ao se mexer em uma parede, trocar o telhado ou mudar a pintura, não acarretaria mudança alguma na sua estrutura, não comprometendo, assim, a construção do “prédio constitucional”. Porém, se se tentasse mudar um pilar ou uma viga, estar-se-ia comprometendo a segurança da estrutura em todo o seu ordenamento, da mesma forma é à constituição que enquanto fundamento do ordenamento jurídico também é constituída por uma estrutura que para não ser abalada depende de que sejam respeitadas as suas definições de base, sua pedra estrutural, em fim, que sejam respeitadas as cláusulas pétreas do prédio constitucional, com a possibilidade de reforma a ser possível apenas para reforçá-las jamais removê-las.

Já os limites implícitos dizem respeito às regras constitucionais referentes ao funcionamento do poder constituinte de reforma. Estas regras não podem ser objeto de emenda, pois são regras de funcionamento do poder constituinte derivado e estabelecidas pelo Poder constituinte originário, de forma que, quanto ao poder de reforma, ou melhor, o titular de seu exercício, este é imutável, assim como o é o rito para a mudança efetiva do texto constitucional descrito no artigo 60. Dessa forma, por motivos óbvios, essas matérias não

podem ser objeto de emendas ou revisão, pois, caso contrário, estaríamos condenados à mais absoluta insegurança jurídica. Em suma, os limites tácitos ou implícitos constituem as regras estabelecidas para a reforma constitucional e que não estão elencadas expressamente no artigo 60 da constituição brasileira, mas também são referidas ainda que pela doutrina e pela jurisprudência como impossibilidade de mudança na titularidade do poder constituinte reformador e no rito descrito pelo artigo 60. A exemplo, apresentar proposta para querer mudar a titularidade para aprovar emenda constitucional, conferindo-se este mister ao Ministro da Fazenda, isso não seria possível por esbarrar tal tentativa em uma limitação implícita ou tácita, assim como se fosse tentada a retirada de dispositivo expresso do artigo 60, ou seja, remover o parágrafo § 1º do artigo 60 que diz que: *A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.*

Já o artigo 60 parágrafo 4, incisos I a IV da CF traz ainda os limites materiais expressos, dispondo que é vedada emenda tendente a abolir **a forma federativa de Estado, os direitos individuais e suas garantias, a separação dos Poderes e o que se refere à democracia representativa, o voto direto, secreto, universal e periódico.**

Vale ressaltar que não há óbice quanto a se emendar o texto constitucional naquilo em que concerne a separação dos poderes, a democracia, os direitos individuais e suas garantias, bem como a forma federativa de estado, desde que sejam para aperfeiçoar, reforçar, jamais para restringir, suprimir. Essa proteção ao federalismo significa a proteção ao processo de descentralização essencial a esse tipo de formação do Estado, mas, por exemplo: Se se amplia a descentralização do Estado através de emenda constitucional, é perfeitamente possível, pois, a forma federativa é caracterizada exatamente pela maior autonomia e descentralização política possível dos entes federados ou mesmo caso se criasse a possibilidade de apresentar proposta de emenda à constituição federal por meio de iniciativa popular, nada obstaría, porque estaria assim reforçando o princípio democrático com a criação de um mecanismo que amplia o grau de participação do titular soberano do poder nas decisões políticas do país, que é o povo.

2.2. Cláusulas Pétreas

As limitações materiais expressas também são conhecidas como cláusulas pétreas e constituem, imposta pelo poder constituinte originário, matéria impossibilitada de se restringir, suprimir, abolir ou revogar.

Cláusula pétrea é o nome mais conhecido embora possam denominá-las ainda de cláusulas de inamovibilidade ou cláusulas inabolíveis, uma vez que como já mencionado e perante a observância das mesmas, o legislador reformador não poderá remover ou abolir elenco específico de matérias, devido a uma determinação taxativa do constituinte originário.

Cláusulas inabolíveis são aquelas que possuem uma supereficácia, ou seja, uma eficácia absoluta, como é o caso do § 4º, do art.60, da Constituição Federal que pudemos dissecar no tópico acima. Todavia, as cláusulas pétreas não se esgotam no parágrafo 4º do artigo 60 da constituição, a exemplos, citem-se os artigos: 1º, 2º, 3º, 4º, 5º I a LXXVIII, 14, 18, dentre outros mais a que a constituição quis atribuir este *status*.

Portanto, as cláusulas pétreas são elaboradas para coexistirem até quando a constituição tiver força normativa para continuar vigente, mas principalmente eficaz, pois estas cláusulas contêm uma força impeditiva de toda matéria ou processo legislativo que vier contrariá-las e constituem o sistema de proteção da própria constituição bem como de si mesmas. Daí serem insuscetíveis de reforma supressiva nos termos já mencionados, têm, portanto, efeito permanente em relação a normas que queiram lhe suprimir no todo ou em parte, pois não podem ser alteradas através do processo de emenda supressiva, são detentoras de uma força paralisante, total e contínua, barrando qualquer norma que pretenda inobservá-las.

Conclui-se, então, com base no que fora aludido no texto, que as cláusulas pétreas trazem no rol dos limites materiais ao poder de reforma constitucional algumas espécies de vedações, tanto de ordem expressa como tácitas ou implícitas. Que mudar o texto de uma constituição forjada na rigidez para proteger seus dispositivos essenciais não é uma competência corriqueira, e o instrumento de mudança não deve também ser utilizado como algo casuístico de modo a se servir de meio para se resolver todos os problemas conflitantes ou em desacordo com os interesses políticos de um governo qualquer, ou seja, significa dizer que a possibilidade de se emendar a constituição não deve ser utilizada ao bel-prazer dos representantes do povo sem o apóio deste e principalmente sob pressão do executivo, assim,

seu exercício só deve acontecer munido do apelo popular para a necessidade de mudança, não sendo instrumento adequado para se fazer verdadeiras revoluções constitucionais.

Então, toda essa questão contribui para a discussão essencial no tema a que se propõe este trabalho, o entendimento do grau de hierarquia e estabilidade que as normas oriundas do poder constituinte representam, bem como, os termos em que ocorre a possibilidade de mudança do texto constitucional, e havendo desrespeito ao processo legislativo constitucional, a quem e com base em que instrumentos compete julgar a ofensa à constituição. Por fim, a história do guardião e intérprete da vontade constitucional.

De fato, há conseqüências quando se mexe nos textos constitucionais, e os efeitos dessa mudança, muitas vezes, podem ser prejudiciais ao povo, principalmente quando essas são tomadas de maneira casuística, o que no Brasil parece ter virado regra, vez que, infelizmente, o constituinte reformador brasileiro, na maioria das vezes, vem-se utilizando desse tipo de reforma satisfatória apenas dos interesses escusos de um grupo dominante, em prejuízo da grande parcela do povo.

Diante de um cenário embaralhado e na contra mão do que determina a constituição como atributo e símbolo da vontade popular positivada, há de se indagar a quem e como se apelar. Em resposta, obteremos do texto da constituição que o encarregado pelo Poder constituinte Originário de guardar a Constituição nos termos do artigo 102 é o **Supremo Tribunal Federal**.

Assim sendo, nos capítulos seguintes, discorrerei primeiro sobre as formas de como se dá o controle da constitucionalidade para depois contar um pouco da história do guardião constitucional brasileiro, STF. Portanto, antes de dissertar sobre a história deste tribunal ainda necessária se faz uma exposição do controle da constitucionalidade que constitui o meio pelo qual se contesta e se aprecia uma possível inconstitucionalidade presente em normas elaboradas pelo legislador constituinte derivado ou o ordinário.

CAPÍTULO 3

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE - FUNDAMENTO - ESPÉCIES - MODELOS - CRIAÇÃO - CLASSIFICAÇÃO NA TEORIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

3. FUNDAMENTOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: RIGIDEZ E SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

O presente capítulo visa a contribuir para a fixação dos mecanismos de controle que a constituição dispõe para que sua vontade seja respeitada. Assim, calha na atual dissertação passar entendimento de como se processa, ou melhor, quais os métodos de controle para preservar algo que a constituição estabeleceu como essencial à sua formação.

Neste intuito sabe-se que o estudo do controle de constitucionalidade é um dos mais importantes e atuais o qual o jurista necessita entender, pois, como visto, todo o ordenamento jurídico está embasado na Constituição, sendo inaceitável a validade de uma norma em confronto com seu texto. Tal premissa é a garantia da ordem institucional, da segurança jurídica, dos direitos dos próprios cidadãos uma vez que nosso sistema optou por um modelo de constituição quanto à estabilidade caracterizado como super-rígido, assunto aludido no capítulo passado. De forma que os comandos constitucionais não podem ser modificados sempre e em tudo o que queira o legislador ordinário. Daí existirem matérias em que o legislador ordinário não pode sequer deliberar sobre proposta de emendas para modificar a constituição sob pena de ofender o disposto no texto constitucional. Contudo, mesmo com todo o aparato de proteção ao texto da constituição, raramente sob deslizes, mas constantemente pela ousadia de alguns, sobretudo em uma sociedade de imperfeitos, há quem atente ou queira atentar contra a previsão constitucional formal ou material.

Diante do flagrante desrespeito ao texto da constituição, urge se utilizar do controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, que significam adequar em a produção normativa extra poder constituinte inicial para com os comandos da Constituição da República, de forma que, sem um efetivo sistema de controle dos atos normativos, a Constituição tornar-se-ia apenas um documento de intenções, podendo ser mudado em sua

essência sempre que quisesse o legislador ordinário, mas ao contrário, com o controle de constitucionalidade, visa-se proteger a Constituição do inconstitucional para evitar que este passe a integrar o sistema normativo e, se já integrado que seja, expurgado.

Para Michel Temer *controlar a constitucionalidade de ato normativo significa impedir a subsistência da eficácia de norma contrária à Constituição*.³⁴

O controle de constitucionalidade vem para combater a inconstitucionalidade que nada mais é que um desrespeito ao texto da constituição, uma desobediência às suas regras. Entretanto, a possibilidade de se exercer o controle de constitucionalidade não é só em relação ao que é produzido infraconstitucionalmente.

Portanto não se reduz o objeto do controle de constitucionalidade em se analisar apenas a compatibilidade do texto constitucional com a produção normativa infraconstitucional, pois, por serem frutos do poder constituinte derivado, limitado e condicional, e com a possibilidade de integrarem a própria letra da constituição, as emendas constitucionais, principalmente, devem também ser apreciadas quanto à sua constitucionalidade.

De forma que é imprescindível este instrumento de preservação da vontade soberana do povo manifesta na assembléia nacional constituinte, para que aquilo que foi estabelecido como fundamental continue a ser.

Paulo Bonavides³⁵ ensina que:

(...) da rigidez constitucional resulta a superioridade da lei constitucional, obra do poder constituinte, sobre a lei ordinária, simples ato do poder constituído, por um poder inferior, de competência limitada pela constituição mesma.

A idéia de supremacia da constituição no constitucionalismo moderno pressupõe um escalonamento normativo em cujo ápice localiza-se a Constituição. Conclui-se, então que todas as demais normas componentes do ordenamento jurídico são postas de forma hierárquica e é justamente na constituição que se encontram as determinações para a produção de outras normas. Portanto, a constituição está localizada a partir da idéia de escalonamento

³⁴ TEMER, Michel . *Elementos de Direito Constitucional*, 14ª ed., Malheiros, São Paulo, 1998, p. 40

³⁵ Ob. cit., p.122

normativo no topo do ordenamento jurídico e constitui a base para a interpretação e adequação do que for produzido pelo legislador extra, poder constituinte originário.

Alexandre de Moraes em consonância com o objeto em estudo de que trata este capítulo diz que:

O controle de constitucionalidade configura-se, portanto, como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho³⁶ salienta que:

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

Então, ainda quanto à possibilidade de se exercer o controle de constitucionalidade da produção de normas, é preciso frisar o entendimento do Supremo Tribunal Federal Brasileiro que diz só ser possível analisar a compatibilidade de leis e atos normativos com a Constituição, se tiverem sido elaborados depois que a Constituição já estivesse em vigor, embora se reconheça a existência de situações jurídicas anteriores e posteriores à promulgação da constituição. De modo que os casos ulteriores à promulgação da constituição podem ser objeto do controle da constitucionalidade para verificar se se encontram em harmonia com a constituição. Já os que se situam em situações anteriores à promulgação da constituição resolvem-se através dos fenômenos da recepção ou da revogação.

Para compreender melhor esses fenômenos, imagine-se primeiramente o momento de transição de uma ordem constitucional para outra. Como exemplo, atenha-se à mudança ocorrida com a promulgação da constituição de 1988 em que revogou a constituição 1969 até então vigente. E por que digo revogou? Porque o entendimento do Supremo Tribunal Federal Brasileiro é de uma nova constituição. Abroga, ou seja, revoga totalmente o texto da antiga, mesmo que haja nele, dispositivos compatíveis com as novas normas constitucionais, de maneira que o STF refuta a interpretação doutrinária minoritária da desconstitucionalização,

³⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 30.

que consiste na perda do *status* constitucional do texto da constituição anterior em face da nova, mas sendo recepcionado naquilo em que for compatível com a nova constituição de forma a ser aproveitado como norma infraconstitucional. Outra questão é como ou o que se fazer com as normas infraconstitucionais sob a égide da antiga constituição em face da nova? A resposta que se tem é justamente a da técnica da recepção ou revogação, ou seja, naquilo em que forem compatíveis com a constituição nova, em se tratando de norma infraconstitucional, ocorre o fenômeno da recepção, no que não o for, aplica-se o fenômeno da rejeição, ou melhor, da revogação.

Porém, há interpretações que uma nova constituição não poderia revogar normas infraconstitucionais sobre a vigência da constituição antiga, porque a revogação só seria possível quando se tratasse de normas de mesma hierarquia, ou seja, constituição revoga constituição, entretanto não revoga norma infraconstitucional por serem de hierarquias diferentes, assim é que se desenvolveu a tese da inconstitucionalidade superveniente, ulterior ou posterior, que consiste em se exercer o controle de constitucionalidade de uma lei ou ato normativo que passa a ser incompatível com o texto promulgado de uma nova Constituição. Neste caso, o ato normativo já existia e era perfeitamente compatível com a antiga constituição, mas torna-se incompatível com a nova constituição, caracterizando uma inconstitucionalidade superveniente.

O Supremo Tribunal Federal refuta esta tese e diz não existir, portanto, inconstitucionalidade superveniente, note-se, neste sentido, o seguinte pronunciamento do referido Tribunal:

CONSTITUIÇÃO – LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE – REVOGAÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE – IMPOSSIBILIDADE – 1. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios.

Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária.²

Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária.3. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido.³⁷

Com isso conclui-se que a inconstitucionalidade de uma lei só pode ser atribuída em face da constituição de seu tempo, ou melhor, não se deve falar em inconstitucionalidade quando da análise de lei ou ato normativo editados sob a égide de uma constituição anterior, pois, como visto, este mister se faz pela tese da recepção caso seja a norma compatível com a nova constituição ou pela revogação/rejeição no caso de incompatibilidade.

Como salientado acima, inconstitucionalidade constitui desrespeito à constituição em uma situação decorrente de um ou vários vícios tornando uma norma jurídica elaborada em contemporaneidade com ela, constituição, contrária ao que dispõe seu comando. Então, como pode norma editada anterior à sua vigência desrespeitá-la, se nem mesmo existia? A inconstitucionalidade ocorre quando a lei ou ato normativo editado sob a sua vigência passa a contrariar o conteúdo do que descreve a constituição, e aí configura, portanto, uma inconstitucionalidade material, ou ainda quando o procedimento de elaboração da norma difere do previsto pela constituição, ocorrendo, assim, a inconstitucionalidade formal da norma, de forma que no campo dos requisitos formais verifica-se que a norma foi produzida em conformidade com o processo legislativo disposto na constituição (*artigos 59 a 69 da constituição federal*), e se ouve inobservância das regras constitucionais do processo legislativo, o que acarretaria inconstitucionalidade. Porém, no campo dos requisitos materiais, verifica-se se há compatibilidade do objeto da lei ou ato normativo com a matéria constitucional.

Primeiramente imagine-se uma matéria em que a constituição dispôs em seu texto ser possível versar só através de lei complementar quando editada pelo legislador ordinário e que essa lei complementar foi aprovada pelo *quorum* de maioria simples, depois imagine-se uma segunda hipótese em que seja aprovada uma lei ordinária que tenha como objeto o aumento salarial do funcionalismo público federal e que a iniciativa do referido projeto de lei seja de autoria de um membro do congresso nacional, senador ou deputado federal, e ainda, imagine-se uma terceira hipótese que consistiria na aprovação de algo disciplinando como norma matéria incompatível com o que dispõe o texto constitucional quanto ao conteúdo, ou seja, caso de uma proposta de emenda que limitasse o voto ao eleitor maior de 18 anos e

³⁷ STF, Medida Cautelar na ADIN 579/DF, Pleno, j. 7/2/1992, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ 29/5/1992, p. 7833.

determinasse seu exercício de maneira aberta e não mais secreta. Aí poder-se-ia indagar nessas hipóteses: onde foi desrespeitado o que prevê a constituição ?

As inconstitucionalidades ocorreram mais precisamente pelo seguinte: o primeiro caso, a constituição brasileira prevê *quorum* de maioria absoluta quando se trata de aprovar lei complementar. Entretanto, no exemplo citado, usara-se a maioria simples para a aprovação da matéria, ou seja, o *quorum* efetuado fora menor do que o exigido constitucionalmente. Por exemplo: o inciso II do artigo 146 da Constituição Federal, estabelece competir à lei complementar a regulação de limitações constitucionais ao poder de tributar.³⁸ Então, se o legislador aprova tal limitação com o *quorum* de maioria simples, há um flagrante desrespeito ao comando constitucional e tal norma tem de ser expurgada do ordenamento por vício patente de inconstitucionalidade formal.

No tocante à segunda hipótese e à iniciativa legislativa do aumento salarial do funcionalismo público por membro do Congresso Nacional, houve inconstitucionalidade formal por parte do titular de direito para iniciar o projeto, ou seja, para apresentar o projeto de lei da referida matéria. Portanto, há inconstitucionalidade em razão do legitimado apresentar tal projeto vez que em seu artigo 61, parágrafo 1º, inciso II, alínea “a”, a Constituição diz que a matéria para aumento do servidor a ser apresentada ao Congresso Nacional é de iniciativa exclusiva do Presidente da República. Portanto, um membro do Congresso Nacional não poderia ter apresentado projeto de lei versando sobre matéria fora de sua competência constitucional.

Por derradeiro, note-se que o artigo 60, que foi tratado no capítulo passado, estatui como cláusula pétrea o voto como sendo secreto, universal e periódico, portanto, a proposta de limitá-lo aos maiores de dezoito anos suprimindo o direito constitucional garantido, e mais, tornando-o, ainda, aberto e não mais secreto, seria inconstitucionalíssima por várias razões: primeiramente por ofensa à universalidade constitucional do voto, ou seja, o constituinte originário quis ampliar com base no princípio da universalidade da participação popular nos destinos políticos do país o direito ao exercício do sufrágio ativo pelo maior de dezesseis anos, ainda que facultativo para os menores de dezoito, assim, tal proposição esbarraria na proteção constitucional elencada no parágrafo 4º do artigo 60 que torna tal matéria inabolível, característica oriunda de sua classificação como norma pétrea no texto da constituição

³⁸ SILVA, José Afonso da, *Curso...* Ob. cit. P.687.

brasileira. E ainda, a proposta seria inconstitucional pelos mesmos fundamentos do parágrafo 4º citado quanto à possibilidade de torná-lo, o voto, aberto e não mais secreto, assim como expressa a Constituição.

Diante da idéia do controle de constitucionalidade, é interessante conhecer suas espécies. Portanto, note-se que, em relação ao momento de sua realização, tal controle da constitucionalidade das leis e atos normativos se dá de forma preventiva ou repressiva. Assim, enquanto o controle de forma preventiva visa a impedir que uma norma eivada de vício inconstitucional ingresse no ordenamento jurídico, o controle repressivo se encarrega de expulsá-la quando já fizer parte do ordenamento. Essa constitui a diferença entre o caráter preventivo e o repressivo do controle de constitucionalidade.

Com base neste entendimento note-se que o controle de constitucionalidade preventivo no Brasil manifesta-se através das comissões de constituição e justiça da Câmara dos Deputados e do Senado Federal ou ainda, pelo plenário das referidas casas legislativas. Essas comissões são criadas com base no artigo 58 da constituição e têm como missão apreciar em aspectos constitucionais, legais, jurídicos, regimentais as técnicas legislativas de projetos de lei e emendas constitucionais para efeito de admissibilidade e tramitação. Assim, o Poder Legislativo exerce nos termos expostos, o controle constitucional de forma preventiva. Mas tal controle também pode se manifestar através do Chefe do Poder Executivo quando de sua participação no processo legislativo, pois, pelo veto jurídico, o Presidente da República poderá vetar o projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional por entendê-lo inconstitucional, tudo nos termos do artigo 66, parágrafo 1º, da Constituição brasileira.

Conclui-se daí que, no Brasil, o controle preventivo foi entregue aos Poderes Legislativo e Executivo, já a outra modalidade de controle, o repressivo, fora entregue de forma excepcional ao poder Legislativo e Primordialmente ao Poder Judiciário como se verá em seguida. Contudo, observe-se que o constituinte brasileiro distribuiu entre os três Poderes da República a missão importantíssima de controlar a compatibilidade de leis e atos normativos com o texto da constituição, como forma de garantir a supremacia constitucional e a segurança da ordem jurídica.

Portanto, ao dissertar sobre o controle repressivo, forma de controle que visa expurgar do ordenamento jurídico norma maculada de vícios de inconstitucionalidade a ser desempenhada tanto pelo Legislativo quanto pelo Poder Judiciário. Primeiramente gostaria de

começar pelas exceções, uma vez que estas são atribuídas ao Poder Legislativo para que retire do ordenamento norma inconstitucional, pois como foi salientado, a norma que já está integrada ao ordenamento jurídico e só pode sofrer a incidência de um controle repressivo.

Comprovando o alegado, note-se que o primeiro exemplo está disposto no inciso V do artigo 49 da constituição que diz: competir ao Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa. Pois é da competência do Presidente expedir decretos que regulamentem as leis para o fiel cumprimento pelos órgãos da administração pública. Esse poder de regulamentação não pode constituir-se em algo que regule algo extra lei, ou seja, além do que dispôs a lei. Também não pode o Chefe do poder Executivo quando lhe for delegada competência material legislativa pertencente ao Congresso Nacional através de lei delegada exorbitar dos limites delegados, caso contrário, caberá ao congresso Nacional nos termos do artigo mencionado, editar decreto legislativo sustando ou o decreto presidencial ou a lei delegada.

O segundo caso de exceção consiste em exemplo de competência mista e simultânea para exercer o controle repressivo, este é atribuído, tanto ao Poder Legislativo quanto ao poder Judiciário. Trata-se, portanto, do artigo 62 da constituição brasileira, no que versa o controle quanto à medida provisória editada pelo Presidente da República, que não é lei mas, ato normativo e com força de lei, que, depois de editada, encontra-se perfeita e acabada e já integra o ordenamento jurídico, assim, pelo prazo de sessenta dias passa a vigorar até que o Congresso Nacional a rejeite por inconstitucionalidade alegada pela comissão mista de constituição e justiça ou a transforme em lei, como dito, tanto pode ser o ato inconstitucional expulso do ordenamento jurídico pelo poder Legislativo como pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade perante o Judiciário por já fazer parte do ordenamento jurídico pátrio e conflitar-se com norma da constituição.

Contudo, em se tratando de controle de constitucionalidade repressivo a ser exercido pelo judiciário, basicamente predominam dois tipos de controle da constitucionalidade jurisdicional, o difuso e o concentrado. Naquele, qualquer juiz, de qualquer instância pode apreciar a constitucionalidade de uma norma ou ato normativo, enquanto no segundo esta atribuição só é conferida a uma determinada corte ou órgão administrativo, então, observe o que se expõe abaixo.

3.1 Judiciário Como Guardiã da Constituição e Superego da Sociedade

Sobre a questão do guardião da constituição, pertinente é citar a lição da jurista alemã Ingeborg Maus e o Judiciário como superego da sociedade, uma vez que, em análise, à Corte Constitucional Alemã e ao judiciário como um todo visa a mostrar os perigos da adoção irrestrita da jurisprudência dos valores, algo que tende para uma desvinculação cada vez maior por parte das interpretações jurisprudenciais do judiciário em relação às autoridades das leis e da Constituição. A própria ascensão do nazismo na Alemanha pode ser citada como exemplo de uma desvinculação do juiz à lei quando fez pela interpretação de um suposto direito natural de superioridade da raça ariana se sobrepusesse ao direito fundamental da igualdade dos seres humanos.

No entendimento de Maus sobre a atividade judicial dos Tribunais Constitucionais que se desenvolveu no cenário mundial constitucional ocidental, para, pois, a suspeita de servir à expansão do poder autocrático, sem que formas equivalentes de controle tenham sido desenvolvidas.

Esta constatação parte de parâmetros estipulados pelo princípio da soberania popular que ocupa posição central nas reflexões de Ingeborg Maus³⁹ e por isso não haveria como analisar a existência do que se conhece como controle jurisdicional da constitucionalidade das leis sem submeter tal idéia à parâmetros de uma perspectiva radicalmente democrática, uma vez que a soberania popular representa exatamente o povo como senhor de seus destinos.

Maus,⁴⁰ ao falar do crescimento do poder Judiciário, após as duas grandes guerras mundiais, escreve o perfil deste poder. Critica-o ao dizer que não se trata do tal fenômeno do crescimento, de simples ampliação objetiva das funções do judiciário, mas do aumento do poder de interpretação e, em especial, uma consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador.

Em melhores palavras, diz a autora que o Judiciário na Alemanha, principalmente na figura da Corte Constitucional, desde o período liberal, aumenta progressivamente suas funções, num movimento em que procura substituir funcionalmente a figura de “pai” que a

³⁹ Palavras dos tradutores in MAUS, Ingeborg. *Judiciário Como Superego da Sociedade*. “O Papel da Atividade Jurisprudencial na Sociedade Órfã ” Trad. Do Alemão: Martônio Lima e Paulo Albuquerque. P.184

⁴⁰ MAUS, Ingeborg. *Judiciário Como Superego da Sociedade*. “O Papel da Atividade Jurisprudencial na Sociedade Órfã ” Trad. Do Alemão: Martônio Lima e Paulo Albuquerque. P.186 e seguintes.

Monarquia até então ali desempenhara. Essa figura do “pai” representa, no caso, o papel do *superego coletivo* de uma *sociedade órfã*, carente de tutela.

No sentido de se entender melhor a psicanalítica desta figura do “pai” observe-se o que diz Jacqueline Barus Michel quando escreve que:

A tradição psicanalítica concebe esse fato como a reincorporação da figura paterna num clã canibal que havia eliminado o patriarca castrador (que ditava e assim representava a lei). Quando aquele que gerava assimetria é eliminado, o clã resta abandonado à condição de um grupo de “iguais” e “livres”; contudo, o grupo não consegue suportar tal situação e reintroduz, por isso, a assimetria: coloca-se alguém para novamente ditar as leis e, pois, ser o novo “pai”⁴¹

Com a queda da Monarquia e com a figura modelo do Monarca como exemplo a ser seguido, de parâmetro da sociedade, ficou uma lacuna na sociedade sobre quem poderia ser o paladino da moral, que até certo momento, fora papel, na Alemanha, da figura do monarca.

Surge, então, a Corte Constitucional para preencher essa lacuna, sobrepondo-se ao parlamento já que os poderes de interpretação das normas da forma que é utilizado pelas cortes constitucionais ou de quem faça suas vezes, como o Supremo Tribunal no Brasil, contribuem para que o campo de debate sobre os destinos da sociedade seja mais importante quando aconteça nos Tribunais do que no próprio parlamento. Na teoria do direito da época de Weimar encontram-se inúmeras defesas das prerrogativas dos juízes frente ao legislador democrático.

Maus⁴² cita o autor Kaufmann como representante da fração conservadora de tal época, pois considera o mesmo que, com a queda da monarquia, o povo alemão perdeu um importante símbolo de sua unidade e, com isso, ele propõe como sucedâneo exatamente os direitos fundamentais da nova constituição e seus interpretes judiciais.

A justiça exigida pelo preceito de igualdade é, para Kaufmann, muito mais uma ordem superior que se apresenta tanto para a ética quanto para a “consciência jurídica” revelada mediante o “receptáculo puro” que é o juiz. A ‘excepcional personalidade de jurista’ criada por uma “formação ética” atua como indício da existência de uma ordem de valores justa: ‘uma decisão justa só pode ser tomada por uma personalidade justa’.⁴³

⁴¹ BARUS-MICHEL, Jacqueline. A democracia ou a sociedade sem pai. In: ARAÚJO, José Newton; SOUKI, Léa Guimarães; FARIA, Carlos A. Pimenta de. *Figura paterna e ordem social: tutela, autoridade e legitimidade nas sociedades contemporâneas*. Belo Horizonte: Autêntica; PUC Minas, 2001. p. 35.

⁴² Ob. cit., p.186-187

⁴³ Ob. cit., p.186-187

Tal pensamento influencia uma representação da justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa. Cita a exemplo a República Federal da Alemanha, dizendo que qualquer crítica sobre a jurisdição constitucional atrai para si a suspeita de localizar-se fora da democracia e do Estado de Direito, podendo ser tratada no mínimo como posição exótica.

Porém, ainda sobre o aspecto venerativo da justiça, quando do controle da constitucionalidade, Maus cita o exemplo dos norte-americanos em seu modo original de controle da constitucionalidade judicial, dizendo que, na visão retrospectiva do século XX, a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana apresenta-se como obra das marcantes personalidades dos juízes que fizeram sua história constitucional, os quais aparecem como ‘profetas’ ou ‘Deuses’ do Olimpo do Direito. Intitula essa tendência de biografismo que é a influência marcante da personalidade do juiz, assim, ressalta mais ainda tal pensamento quando diz que o aspecto típico dessas biografias de juízes parece se configurar na idéia que suscita algo como uma reedição dos antigos espelhos dos príncipes – e que os pressupostos para uma decisão racional e justa residem exatamente na formação da personalidade de juízes.⁴⁴

Proveniente da fuga da complexidade por parte de uma sociedade na qual a objetividade dos valores está em questão, não é difícil reconhecer o clássico modelo do superego. Maus cita também Dworkin, autor que assume pressuposto explícito de que nenhum grupo social possui mais do que os juízes a capacidade moral de argumentação, pois, faz do próprio entendimento do juiz acerca do que seja o conteúdo objetivo da moral social o fator decisivo da interpretação jurídica, e a moral que deve dirigir a interpretação do juiz torna-se produto de sua interpretação. A inclusão da moral no direito, segundo este modelo, imuniza a atividade jurisprudencial perante a crítica à qual originariamente deveria estar sujeita. Ela dispõe sempre de um conceito de direito que é produto da extensão de suas ponderações morais.

Neste sentido Maus⁴⁵ diz:

A eliminação de discussões e procedimentos no processo de construção política do consenso (...) é alcançada por meio da centralização da "consciência" social na Justiça. (...) Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social.

⁴⁴ Ob. cit., p. p. 185

⁴⁵ Ob. cit., p.186-187

Em sentido semelhante, acompanhe o que o Professor Martônio Mont'Alverne Barreto Lima⁴⁶ fala da justiça constitucional e democracia, no que diz respeito às perspectivas para o papel do Poder Judiciário.

Com o surgimento da doutrina Marshall, 1803, a Suprema Corte americana, além de atingir a condição de principal agente de mudanças na sociedade americana, exportou para diversas nações o modelo de justiça constitucional. Este sistema de jurisdição constitucional encontrou considerável oposição nos Estados Unidos. A crítica aí exercida procurou submeter esta atividade da Corte segundo critérios da teoria democrática;

No caso brasileiro, parte importante do pensamento conservador ressalta o papel da justiça para a superação dos obstáculos à modernização institucional do país;

Dilatando o poder dos juízes, que, geralmente não são eleitos, a idéia de uma jurisdição constitucional se reveste de um aspecto conservador. Assim, o Judiciário passa a determinar o que uma constituição é, tutela as liberdades individuais e detém o monopólio da moral, da ordem política de um Estado. Demais, a divergência deste modelo com a perspectiva de soberania popular reforça o caráter conservador quando se constata que, por meio da jurisdição constitucional, o próprio Estado – através de um de seus poderes, o

Judiciário – passa a estabelecer o que lhe é permitido. Isso compromete o aspecto democrático de uma constituição, cuja finalidade é exatamente a de limitar o poder do Estado.

A concentração de tamanho poder nas mãos do Judiciário ou de órgão encarregado da interpretação constitucional é, pelos motivos já mencionados, muito perigosa. Cristalino, quando se compara tais atribuições do Poder de intérprete constitucional a poderes do absolutismo monárquico, como fizera a Professora Maus, cuja razão e coerência em sua análise se comprova no Brasil desde o Império. Pois, se mais uma vez se observar o relato de Oscar Vilhena Vieira⁴⁷ a respeito da intenção de Pedro II para com o órgão de cúpula do Judiciário do fim do século XIX, verá que a idéia consistia em dotar a Suprema Corte pátria de poderes mais amplos, a esta o Imperador passaria as funções pertencentes ao maior poder da época, o Poder Moderador, por entender que nestes termos a Constituição ficaria melhor.

As críticas de Ingeborg Maus, assim como as do Professor Matônio Barreto são mais que procedentes, e comungo deste entendimento. Assim, o ideal, a meu modo de ver, deve acontecer com base em uma interpretação da Constituição por parte do órgão legitimado no

⁴⁶ LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. *In Revista da Procuradoria-Geral da República - Justiça Constitucional e Democracia: Perspectivas Para o Papel do Poder Judiciário*. Pp.100-101.

⁴⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal (Jurisprudência Política)*: São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p.73

sentido de realmente proteger a própria constituição, porém, sem assenhorar-se ao exercer tal poder, ou seja, ao invés de reforçar tendências autoritárias de inclinação natural para o abuso do poder, deve-se ao contrário, se inibir ações no sentido de prejudicar a autonomia dos indivíduos da sociedade, cumprindo a constituição popular e não manipulando a vontade do povo com base no poder de interpretá-la segundo valores pessoais equiparados aos absolutistas.

Aliado a tal pensamento, gostaria de ressaltar mais uma vez as palavras do Professor Gilberto Bercovici, quando fala que o problema da constitucionalidade, ou melhor, a questão de qual órgão do Estado é mais competente e legítimo para julgar as inconstitucionalidades, atesta de maneira irretocável, de forma que, o problema não reside na questão do melhor encarregado de tal função, e sim quanto neste mister o órgão competente passa a querer ser o Herr (senhor) da Constituição e não mais seu Hüter (protetor).⁴⁸

3.2 Criação do Controle Judicial de Constitucionalidade Difuso e Concentrado.

O controle difuso de constitucionalidade, também denominado incidental, descentralizado, indireto ou mediato, é obra da Suprema Corte Americana em decorrência de um conflito judicial mais conhecido como o caso *Madison versus Marbury* de 1803 julgado pelo juiz Marshal. Na decisão, Marshall demonstrou que cabia ao judiciário dizer o que é o direito, e também que a ele cabe julgar acerca da constitucionalidade de uma lei, pois, se duas leis entram em conflito, cabe ao juiz definir qual delas deve ser aplicada. De maneira que, se uma lei entra em conflito com a constituição, cabe ao juiz decidir se aplica a lei violando, a Constituição ou se aplica a constituição recusando a lei, obviamente se reconheceu a segunda proposição, pois, a constituição deveria prevalecer e as leis é que devem se situar em conformidade com a constituição e não o contrário. Com isso, o entendimento do juiz Marshall criou o controle judicial de constitucionalidade pelo método difuso, aberto, por via de exceção ou incidental, no qual qualquer juiz pode apreciar, no caso concreto, a conformidade da lei ou do ato normativo à constituição. Como dito, o controle judicial de constitucionalidade não se resume ao critério difuso apesar de ter sido o primeiro dentre os dois aqui tratados.

⁴⁸ Ob. cit., p. 198

Já o controle judicial de constitucionalidade concentrado teve origem diferente, nasceu da influência de um dos maiores juristas da história do direito, Hans Kelsen, jurista que formulou o conceito da hierarquia das normas, ou seja, parte dele a idéia de escalonamento normativo, segundo o qual, encontra-se a constituição como a lei fundamental do ordenamento jurídico e em seu topo passa a figurar. Em vista dessa concepção, como se tem visto, é que não se pode conceber a existência de uma norma inferior cujos dispositivos se confrontem com a constituição que é norma superior ante a pirâmide normativa.

Como salientado por Gilmar Ferreira Mendes,⁴⁹ em 1914 Hans Kelsen publicou *Über Staatsunrecht*, monografia que embasaria sua obra Teoria Pura do Direito. Diz Gilmar Mendes que, no referido trabalho, Kelsen, ao discutir a questão relativa à promulgação de lei, formulada sem a observância dos requisitos previstos constitucionalmente para o processo legislativo, ou seja, sem o respeito aos pressupostos constitucionais do trâmite legislativo, não configuraria um injusto nem um ato estatal viciado, mas um nada jurídico.

A teoria kelseniana da hierarquia das normas fora responsável pelo surgimento, em 1920, na Áustria, de um órgão especial de caráter constitucional para o exercício do controle concentrado de constitucionalidade, fugindo ao modelo secular que fora o criado pela Suprema Corte Americana e seu controle difuso, assim, criou-se uma corte constitucional de caráter jurídico-político encarregada de efetuar o controle concentrado da norma em tese, *in abstracto*, das leis, e não no caso concreto, esta é a idéia de um órgão especializado na matéria constitucional e com o mister de garantir a supremacia da constituição.

Assim, dando segmento ao tema em destaque, observe-se que, na questão das situações para a decretação da norma como inconstitucional, tanto no caso concreto como em abstrato ou em tese, é que reside a diferença essencial entre os tipos de controle repressivo difuso e concentrado, onde o primeiro só é exercido e tem seus efeitos em regra, com base em um caso concreto. Já o segundo existe para provocar o órgão de controle abstrato para decretar a inconstitucionalidade da norma em tese, sem necessariamente haver uma situação de fato configurada em um caso concreto, mas simplesmente por se entender que norma conflitante com a constituição submete-se ao controle de constitucionalidade e, quanto aos

⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990. p.19

efeitos da decisão, estes são vinculantes. Dessa maneira é que da decisão que declara a inconstitucionalidade da norma em tese, tem-se efeito para todo o ordenamento jurídico e órgãos do Judiciário e da Administração Pública Direta e Indireta, sendo expurgada a lei ou o ato normativo declarado incompatível com a Lei Maior.

3.2.1 Modelos de Controle de Constitucionalidade

Já fiz menção às espécies do controle de constitucionalidade quanto ao momento de realização, controle preventivo e repressivo, porém, deixei de mencionar, por achar esta parte do trabalho mais adequada a comportar esta idéia, ou seja, a de escrever sobre os modelos do controle de constitucionalidade em relação ao órgão controlador, então note-se agora que são os seguintes: Controle político, que se caracteriza por ser de atribuição do Estado a órgão que encarregado de garantir a supremacia constitucional em relação ao ordenamento jurídico se difere dos outros poderes deste Estado, legislativo, executivo e judiciário. Controle judiciário é quando a tarefa de verificar a compatibilidade de leis e atos normativos com a supremacia constitucional é atribuída a órgãos que integram o Poder Judiciário, como é o caso brasileiro ora em destaque e por derradeiro tem-se o controle misto, que é quando a constituição submete parte ao controle político e parte ao controle jurídico na análise de certas leis e atos normativos.

No controle difuso, ou pela via de exceção, qualquer órgão do judiciário é competente para processar e julgar a questão incidental de inconstitucionalidade. Além disso, qualquer parte de qualquer processo é legitimada a apresentar o incidente de inconstitucionalidade, para que o juiz reconheça e declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público no caso concreto. Interessante nessa modalidade de controle é que a sentença declaratória só tem efeito *inter partes*, ou seja, só gera efeitos para a relação fundada na lei declarada inconstitucional. Daí, a sentença não faz coisa julgada em relação à lei, uma vez que esta continua em vigor, eficaz e aplicável a outras questões jurídicas.

Já o controle jurisdicional por via de ação direta ou concentrado não pode ser exercido por qualquer órgão do Poder Judiciário. Sua característica principal é justamente haver, em regra, um só órgão incumbido de realizar essa tarefa, sendo este órgão o tribunal de cúpula do Poder Judiciário ou uma Corte Especial. O controle de constitucionalidade neste caso é exercido através de Ação Direta de Inconstitucionalidade, cuja decisão tem eficácia *erga*

omnes, sendo sua proposição restrita a uns poucos legitimados. Sua decisão ao contrário do controle por via de exceção faz coisa julgada material, sendo sua observância obrigatória e com efeito *ex tunc* ou retroativo.

3.3 O Controle de Constitucionalidade No Brasil

3.3.1 Síntese Histórica

O antecedente brasileiro na criação do controle de constitucionalidade está relacionado à representação do Brasil junto às Cortes de Lisboa em 1821, pois, consta nas instruções levadas a Portugal pelos representantes brasileiros a proposta de criação de um órgão que exerceria o controle da constitucionalidade na função principal de coibir a invasão por parte de um poder na esfera de competência do outro. Retratando tal fato Oliveira Lima⁵⁰ diz que:

Além dos três poderes—legislativo, executivo e judiciário – haveria um quarto, que não era o moderador, e sim constituído por um corpo de censores que, eleitos do mesmo modo que os deputados e fazendo vezes de poder verificador destes representantes, agiriam como fiscais com relação à invasão de um dos poderes nas atribuições de outro, levando qualquer ato inconstitucional perante um “grão jurado nacional”, por eles próprios nomeados e formados em partes iguais de deputados, membros do tribunal supremo de justiça e conselheiros de Estado, estes escolhidos pelas juntas eleitorais das províncias, a razão de um pelo menos por província, para certo tempo. A esses censores pertenceria igualmente pronunciarem a suspensão dos ministros do executivo e dos magistrados, obrando a requerimento das Cortes.

Com isso pode-se observar o amadurecimento do Brasil tomando por base essa maturidade jurídica, pois a época já se podia considerá-lo plenamente capaz de fazer sua própria constituição e tornar-se um país independente, preparado para deixar de ser uma extensão do território português e abolir de vez qualquer idéia de torná-lo uma colônia portuguesa outra vez.

No Brasil colonial a própria metrópole portuguesa não tinha uma constituição propriamente dita, já que Portugal, à época, se configurava em uma monarquia absolutista, sabe-se que neste tipo de governo o que vale como norma é a vontade suprema do soberano ou mesmo de um déspota-esclarecido como o Primeiro-Ministro Pombal. Em Portugal e suas colônias, as Ordenações do Reino eram, por esta razão, conhecidas por nome dos Monarcas.

⁵⁰ LIMA, Oliveira. O Movimento da Independência 1821-1822. 6ª edição. pp 155

Como Manuelinas, Filipinas e Alfonsinas, não havia uma constituição formalizada, somente essas ordenações que permaneceram durante muitos séculos.

O ensaio de controle de constitucionalidade que primeiro foi implantado no Brasil veio pela Constituição Imperial de 1824, que estabeleceu ser este controle exercido pela Assembléia Geral do Império. Tal forma de controle de constitucionalidade foi influenciado pelo constitucionalismo francês da época, segundo o qual a guarda da constituição ficava a cargo do Poder Legislativo. Aquela constituição ainda trazia algo de peculiar e alguns resquícios do absolutismo, pois previa um Quarto Poder, o chamado Poder Moderador, conferido ao Imperador. E Por que esta comparação de modo a atribuir um caráter absolutista? Porque a previsão do Poder Moderador fazia com que qualquer decisão dos demais poderes pudesse ser alterada sem nenhum critério, ao bel-prazer do Imperador. Assim, cabia ao Imperador dirimir os conflitos entre os demais poderes, não havia, contudo, um controle jurisdicional de constitucionalidade das leis propriamente dito, e sim um controle mais político do que qualquer outro.

Em verdade, no Brasil, a possibilidade de se exercer o controle difuso de constitucionalidade existe desde a promulgação da constituição que adveio após o golpe militar junto à monarquia, ou seja, em 1891, quando, em seu artigo 59, a constituição republicana instituiu esta espécie de controle da constitucionalidade. Nesta linha, José Afonso da Silva diz que o sistema de controle judicial de constitucionalidade no Brasil teve início com a Constituição republicana de 1891 e que o mesmo, sofrendo influência americana, adotou o controle de constitucionalidade pelo método difuso ou por via de exceção.⁵¹ Desde então esta espécie de controle vem sendo prevista em toda a história republicana brasileira inclusive na atual constituição cidadã, assim, comprova-se a influência do constitucionalismo americano no constitucionalismo brasileiro. Interessante também ressaltar que, àquele tempo, a lei declarada inconstitucional era tida como nula e os efeitos da decisão eram (*ex tunc*) retroagindo à data de sua publicação.

Já o controle concentrado na história constitucional brasileira iniciou-se com a constituição de 1934 que, se inovou, ao apresentar traços do controle de constitucionalidade concentrado (artigo 7º, I, a), criando a ação direta de inconstitucionalidade interventiva. Mas fora na emenda constitucional nº 16, de 6 de dezembro de 1965, que, mantendo as inovações

⁵¹ Ob. cit., 2000. p.53.

da constituição de 1934 e adotando duas outras, que se deu a criação propriamente dita do controle concentrado da norma em tese por via de ação direta, ou seja, primeiramente criou-se a ação direta de inconstitucionalidade em caráter genérico contra lei federal ou estadual em conflito com a constituição, atribuindo ao Procurador-Geral da República a legitimidade para apresentá-la, bem como ao Supremo Tribunal Federal, a competência para processá-la e julgá-la. Depois, atribuiu-se competência aos Tribunais de Justiça dos Estados para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual e municipal em conflito com a constituição estadual.

A Constituição de 1988 também inovou, trazendo a ação direta de inconstitucionalidade por omissão bem como quando ampliou o rol dos legitimados a intentar a Adin. De forma que, além do Procurador-Geral da República, eterno legitimado, passaram a ter legitimidade o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa, o Governador de Estado, partido político com representação no Congresso Nacional, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Também a de ser mencionado fato que com a aprovação pelo Congresso Nacional em dezembro de 2004 da EC 45/2004⁵², o rol de legitimados foi aumentado, de forma que passou a fazer parte do texto constitucional entendimento já consolidado anteriormente. Assim, foram incluídos expressamente a Câmara Legislativa do Distrito Federal e o Governador do Distrito Federal.

A Emenda Constitucional nº 3/93 criou a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, contemplando restritivamente somente alguns dos legitimados a

⁵² A emenda constitucional nº 45 de 2004 veio trazer certas modificações no arcabouço do Poder Judiciário, isso ocorreu porque trata essencialmente de matérias que influenciaram da composição dos tribunais até a modificação de várias regras que dizem respeito aos juízes, estes sim, foram os mais implicados em face das novas mudanças. Aliado a este fato, não posso deixar de ressaltar também a criação na esfera do Poder Judiciário de um novo órgão, esta mudança pode ser destacada como uma das modificações na estrutura do Poder Judiciário promovida pela EC 45 que mais merece destaque, pois, o Conselho Nacional de Justiça, como dispõe o art. 92, inciso I-A, é órgão interno do Poder Judiciário, a despeito de lhe faltar a função primordial dos órgãos do Poder judiciário, a jurisdicional, traz dentre suas funções a importante missão administrativa e de fiscalização interna dos órgãos do Poder Judiciário. Quanto a outras mudanças, basicamente estão relacionadas às regras de ingresso na magistratura como a comprovação de três anos de prática jurídica dentre outros, porém, ao meu ver, falta ao Poder competente definir o que é prática jurídica. De forma que há também novas regras no estabelecimento de alguns requisitos essenciais ao processo de passagem do magistrado recém ingressado na carreira a condição da garantia constitucional da vitaliciedade no cargo, pois, para tal passa-se a exigir aperfeiçoamento por intermédio de estudos a realizar-se junto às escolas superiores da Magistratura, assim, por derradeiro há ainda novos requisitos para a remoção e a permuta de juizes, e em mais um exemplo posso citar a ampliação do quorum para a aprovação de magistrados.

propor a Adin, bem como o STF como competente para processamento e julgamento da mesma. Assim, a emenda constitucional nº 45/2004 que ficou conhecida como Reforma do Judiciário também modificou os legitimados a propor a ADC quando mudou o texto do art. 103, *caput*, da CF 88, e revogou seu § 4º, como em seguida demonstrarei.

O que se constata é que esta aproximação dos dois institutos do controle de constitucionalidade feita pela emenda constitucional, no *caput* do art. 103, como dito, igualou os mesmos autores legitimados para proporem os dois instrumentos do controle concentrado, assim, não fica restrito a apenas quatro autores para intentar a ADC. Com esta atitude o parlamento leva ao texto da constituição tal ampliação do rol dos legitimados, e aí, pode-se indagar: Qual o significado desta inovação? Na verdade, a democracia fica fortalecida a partir do momento em que se amplia para diversos setores da sociedade a possibilidade de se fazer uso de um instrumento de defesa da constituição, e conseqüentemente da democracia bem como da própria sociedade, sempre de forma a protegê-la de leis ou atos normativos que possam estar contrários às suas normas.

3.3.2 O Controle de Constitucionalidade na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu no Brasil um sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade amplo na medida em que, de uma forma ou de outra, possibilita a participação dos três poderes para repugnar o desrespeito à constituição, de forma que, há pela constituição previsão do controle preventivo cuja atuação cabe ao Chefe do Poder Executivo que tem o poder do veto jurídico, ou seja, na participação do processo legislativo há o momento em que o Chefe do Executivo pode sancionar a lei aprovada no Legislativo ou vetá-la no todo ou em parte por entendê-la inconstitucional. Outra forma de se exercer o controle de constitucionalidade de maneira preventiva vem através do Poder Legislativo e suas comissões de constituição e justiça, que têm tanto no Senado como na Câmara a missão primordial de analisar a compatibilidade constitucional da produção legislativa com a constituição.

No sistema brasileiro, apesar do controle preventivo, o controle repressivo, ou seja, aquele que visa a expulsar do ordenamento jurídico a norma inconstitucional é em regra um controle jurisdicional, exercido pelos órgãos do Poder judiciário pelos métodos difuso e

concentrado, e aliado a tal também é parte do controle de constitucionalidade brasileiro, a ser exercido também pelo Judiciário, a chamada Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Fora falado que o controle repressivo é em regra exercido pelo Poder Judiciário, porém, no sistema brasileiro há duas exceções a esta regra, pois o artigo 49, V, da Constituição Federal de 1988 estabelece competir ao Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa. Assim, o objeto deste controle são atos que dizem respeito à competência legislativa do Executivo Federal como o decreto regulamentar de lei e a lei delegada, mas há ainda, por fim, outra exceção que incidirá sobre a possibilidade descrita no artigo 62 da constituição quando diz que o Poder Legislativo pode rejeitar por entender inconstitucional a medida provisória. Curioso é que esta não é lei, mas tem força de lei e, quando editada, já ingressa automaticamente no ordenamento jurídico brasileiro de forma que, por já fazer parte do conjunto de normas do Brasil, constituindo-se como espécie normativa, sendo quanto à produção de efeitos perfeita e acabada, pode, por isso, sofrer a incidência do controle repressivo tanto pelo poder Legislativo nos termos aludidos a pouco como também pode ser objeto de controle concentrado exercido pelo Poder Judiciário.

Então, posso afirmar que o Brasil predominantemente adota o modelo de controle jurisdicional de constitucionalidade caracterizado por sistema misto e amplo, com características próprias do sistema difuso inspirado no modelo norte-americano da Suprema Corte, bem como do sistema concentrado inspirado notadamente nas Cortes Constitucionais européias, a partir do modelo austríaco desenvolvido por Hans Kelsen na década de 20, do século passado.

3.3.2.1 Controle de Constitucionalidade Pelo Método Difuso

Pelo controle difuso, exercido junto a um caso concreto, qualquer juiz ou tribunal pode, *incidenter tantum*, declarar a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, porém, o objeto principal da ação não é a declaração de inconstitucionalidade da norma em si, mas o afastamento da incidência da mesma para a solução do litígio instaurado entre autor e réu.

Há de ser observado quando a questão da decretação de inconstitucionalidade sair do âmbito do Juiz monocrático e estiver sendo analisada por tribunal o disposto no artigo 97 da

constituição⁵³, chamado de cláusula de reserva de plenário, em que deverá o relator, antes de proferir seu voto em relação ao objeto principal da ação encaminhar a questão para o plenário da casa ou para o respectivo órgão especial, quando houver, e assim decidir incidental e previamente sobre a inconstitucionalidade da lei pelo voto da maioria absoluta de seus membros.

Pode a questão percorrer uma trajetória que se iniciaria no juiz monocrático e terminaria no Supremo Tribunal Federal que também pode conhecer de questão incidental em um caso concreto. De maneira que, uma vez analisada por este, a declaração de inconstitucionalidade deverá ser encaminhada ao Senado Federal, através de ofício, juntamente com o parecer do Procurador Geral da República, pois cumpre àquele suspender a execução, no todo ou em parte, do ato declarado inconstitucional em decisão definitiva do STF. O Senado Federal fará uso desta competência discricionária, entendida assim tanto por este Poder quanto pelo Supremo Tribunal Federal, através de resolução, dando efeito *erga omnes*, contudo, *ex nunc*, ou seja, a partir da publicação da resolução.

Em menção à questão da discricionariedade do Senado para editar a resolução suspensiva de ato estatal declarado inconstitucional em apreciação incidental no exame de um caso concreto levado ao STF e depois de oficiado o primeiro, o Ministro Paulo Brossard diz que:⁵⁴

(...) tudo está a indicar que o Senado é o juiz exclusivo do momento em que convém exercer a competência, a ele e só a ele atribuída, de suspender lei ou decreto declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. No exercício dessa competência cabe-lhe proceder com equilíbrio e isenção, sobretudo com prudência, como convém à tarefa delicada e relevante, assim para os indivíduos como para a ordem jurídica.

Portanto, apesar deste entendimento, o Senado depois de apreciar a oportunidade e a conveniência para editar a bem dita resolução suspensiva, caso de fato a edite, terá de uma vez por todas, exaurido sua competência constitucional, não podendo assim, mais modificá-la.

A lei ou o ato normativo declarados inconstitucionais pelo método difuso são considerados nulos, tornados em normas sem eficácia jurídica para as partes, ou seja, seus efeitos são de natureza *ex tunc* e *inter partes*, de modo que somente para as partes do processo

⁵³ **Art. 97/CF. 1988** - Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público.

⁵⁴ BROSSARD, Paulo *O senado e as leis inconstitucionais*, Revista de Informação Legislativa nº 50/55.

os efeitos retroagem. Todavia, caso o Senado Federal edite a referida resolução suspensiva a decretação de inconstitucionalidade terá seus efeitos ampliados além das partes do processo, sendo-lhe conferida eficácia *erga omnes*, porém, *ex nunc*, ou seja, os efeitos a partir da resolução serão estendidos a todos, mas sem retroação.

3.3.2.2 Controle de Constitucionalidade Pelo Método Concentrado

O controle da norma em tese de constitucionalidade é exercido pelo Supremo Tribunal Federal e pelos Tribunais de Justiça estaduais, observando-se a cláusula de reserva de plenário nos termos do já mencionado artigo 97 da constituição federal, este controle é possível através da chamada Adin ou Adi, tendo rol de legitimados para propô-la, delimitado pelos incisos I a IX do artigo 103⁵⁵, em caso de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou distrital, este último quando de natureza estadual⁵⁶, em face da Constituição Federal.

Diferentemente do método difuso e seus termos, o intuito deste tipo de controle de constitucionalidade é a declaração de inconstitucionalidade da norma em tese, ou seja, não fica ele dependente de caso concreto para que se possa declarar a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo federal ou estadual em face da Constituição Federal, portanto, é a própria norma que se visa a atacar como objeto principal da ação.

⁵⁵ **Art. 103.** Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. § 1º - O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal. § 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. § 3º - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

⁵⁶ A organização do Distrito Federal fora feita de modo a constituir-lo como órgão *sui generis*, ou seja, o DF em sua forma de atuação ora faz as vezes de um Município como também de um Estado, é um híbrido entre os dois. Então, como em sede de controle concentrado de constitucionalidade não cabe ao Supremo Tribunal decidir sobre questões de normas de cunho municipal em face da Constituição Estadual ou Federal e sim aos tribunais estaduais, quando se tratar de lei ou ato normativo de caráter estadual do DF, o STF terá plena competência para apreciá-la.

Confira a seguir as diversas espécies de ações através das quais se pode exercer o controle concentrado de constitucionalidade. Em ordem: Ação direta de inconstitucionalidade genérica prevista no art. 102, I, a, ação direta de inconstitucionalidade interventiva, art. 36, III, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, art. 103, § 2º, ação declaratória de constitucionalidade art. 102, I, a.

3.3.2.2.1 A Ação Direta de Inconstitucionalidade Abstrata.

A ação direta de inconstitucionalidade, prevista pela constituição no mencionado artigo 102, tem procedimento previsto na lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, e tem como escopo a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, editados sob a vigência da constituição federal de 1988 e que ainda estejam em vigor.

Como ação do controle repressivo jurisdicional da constituição é meio para se retirar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo incompatível com os comandos da ordem constitucional. A ação direta de inconstitucionalidade pode ser intentada e conseqüentemente decidida tanto no âmbito do STF como no âmbito dos tribunais estaduais, de maneira que é uma só ação, porém, a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou distrital, este quando no exercício de competência equivalente a dos Estados-membros, em face da constituição federal, terá como foro competente o Supremo Tribunal Federal. Já no segundo caso, tem-se foro competente os tribunais estaduais quando o intuito é a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal perante as constituições dos estados. Observa-se que os tribunais de cúpula da União e dos Estados é que ficaram com a competência para julgar as ações do controle abstrato.

Observe-se a partir do que fora dito, que, ao se tratar de leis e atos normativos municipais contrários à constituição federal. Essas normas não podem ser objeto de controle de constitucionalidade por via de ação direta no foro do Supremo Tribunal Federal, ainda que a inconstitucionalidade ocorra de forma indireta ao texto da constituição Federal, uma vez que muitos dos princípios previstos na constituição federal são de repetição obrigatória nas constituições estaduais. É o chamado paralelismo das formas, ou normas de repetição obrigatória. Dessa forma, cabe aos Tribunais de Justiça dos Estados julgar a inconstitucionalidade de tais normas, desde que atentem à constituição do respectivo estado.

Como foi ressaltado, é no artigo 103 da constituição federal que está elencado o rol dos legitimados a propor ação direta de inconstitucionalidade, porém, entende o Supremo Tribunal Federal que, não obstante a legitimidade ativa daqueles entes, não têm eles, capacidade postulatória judiciária. Assim, necessitam de representação por advogado, com exceção do Procurador-Geral da República.⁵⁷ E ainda, para alguns daqueles legitimados, exige-se a pertinência temática, que é a relação entre as atribuições do legitimado e a norma que se pretende invalidar, ou seja, por se tratar de legitimado o Governador de Estado, poderia se pensar que, a qualquer tempo e sobre qualquer matéria, pudesse ele através do procurador geral de seu estado entrar com a ADI, mas a verdade é que só se pode assim fazê-lo se ficar caracterizada a pertinência temática para alguns dos legitimados genericamente .

Portanto, quanto à pertinência temática deve-se saber que o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador Geral da República, partido político com representação no Congresso Nacional e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil têm, segundo o STF, legitimação ativa universal e os restantes, ou seja, a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, devem observar a pertinência temática.

O art. 102, I, *p* da constituição possibilita a concessão de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade, com efeito *erga omnes* e *ex nunc*, suspendendo a vigência da lei ou ato normativo argüido como inconstitucional. Mas pode ainda o Supremo Tribunal Federal, excepcionalmente, conceder a liminar com efeito *ex tunc*, caso entenda necessário.

Em respeito ao princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos, o Advogado-Geral da União é citado para defender o ato impugnado, ou seja, o AGU participa do processo na condição de curador especial para sustentar a constitucionalidade da norma impugnada que, por lógica, já surge com tal presunção, pois, estar em conformidade com a Constituição decorre do fato de a lei ter sido submetida ao exame dos Poderes Legislativo e Executivo quando ainda era projeto de lei ou PEC, proposta de emenda à constituição, pelas comissões de constituição e justiça.

⁵⁷ ADIn nº 109-4, DJU 07/12/89 e ADIn nº 131-1, DJU 07/12/89. A respeito da capacidade *ad processu e ad causam*.

Há ainda a possibilidade de intervenção de terceiros, que é aceita quando se tratar de controle concentrado, onde a natureza do mesmo é abstrata, decretação de inconstitucionalidade em tese, tanto que no § 2º do artigo 7º da lei nº 9.868/99 está prevista a intervenção do chamado *amicus curiae*, termo que, em português, quer dizer amigo da corte. Certo é que o papel do amigo da corte é exercido por órgãos ou entidades interessadas no deslinde da ação em julgamento com o fito de se levar a setores da sociedade a possibilidade oficial de se debater a matéria em questão, porém, os meios para se figurar como *amicus curiae*, no processo, dependem de concessão do relator ou da Corte, onde e quando acharem necessário a partir da solicitação do interessado ou de convite formulado a quem possa segundo o relator ou a própria Corte contribuir para o debate.

Quanto aos efeitos de tal decisão, afirma Ives Gandra da Silva Martins⁵⁸ que:

No Brasil, uma vez declarada, via controle concentrado, a inconstitucionalidade, esse reconhecimento atinge a norma desde sua origem e, por força do princípio da segurança jurídica, a decisão tem efeito vinculante e “*erga omnes*”. Porém, diante da impossibilidade material de reconduzir as situações definitivamente constituídas, sob a égide da norma inválida, à situação pretérita, eliminando todos os efeitos do ato legislativo inválido, pode o tribunal reconhecer à decisão de mérito, eficácia “*ex nunc*”.

Quanto ao *quorum* para o proferimento da decisão, há de se ter mínimo de oito ministros para se instalar a sessão de julgamento, devendo a inconstitucionalidade ser reconhecida pela maioria absoluta dos membros do STF. Este é composto, em sua plenitude por 11 membros, ou seja, seria preciso 6 dentre os 8 mínimos exigidos para que haja decisão. Assim, seus efeitos como descritos no dizer de Ives Gandra são *erga omnes* e regra geral, *ex tunc*, isto é, retroagem a data de vigência da lei podendo ocorrer inclusive a repriminção da lei anterior, uma vez que poderia ter sido revogada pela que ora se declara inconstitucional, e ainda, pode fixar a partir de quando os efeitos da decisão podem ser aplicados.

Entretanto, ainda em observância ao que fora mencionado por Martins, pode o Supremo Tribunal diante da necessidade que interprete, estabelecer outros efeitos que não os em regra aplicados, em outras palavras: ter-se-ia de se dar efeito *ex nunc* a determinada

⁵⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal*. Revista de Processo. Publicação oficial do IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual. Ano 25 nº 97, jan-mar/2000. p. 241-250.

decisão justificando-se tal atitude pelos relevantes motivos da segurança jurídica e do interesse social, termos altamente genéricos. De forma que, para mim, essa possibilidade é algo perigoso por ser uma decisão de altíssima carga político-jurídica, uma forma de manipulação dos efeitos da declaração, com tal poder pode o STF, inclusive, decidir sobre a repristinação da lei revogada pela norma declarada inconstitucional, e o mais importante, influenciar e modificar os efeitos da decisão que deveria ser *erga omnes e ex tunc*, custe o que custar ao Estado para restaurar o que é de direito e que fora atingido por norma inconstitucional.

O dispositivo legal que atribui tal poder ao STF é o Art. 27. da lei 9868/99 quando diz que: *Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.*

3.3.2.2.2 A Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva.

Na ação direta de inconstitucionalidade interventiva pode ser observada maior influência jurídica e política do que nas outras ações em comum. Assim, na ação interventiva, tem-se no foco da medida lei ou ato normativo estadual contrários aos princípios sensíveis da constituição federal.

Versa o artigo 18 da CF/88 que a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. Com isso, conclui-se que a regra constitucional é a não-intervenção em respeito ao princípio federativo e conseqüente autonomia dos entes formadores da República Federativa Brasileira. Porém, em certos casos, explicitamente como descrito no artigo *supra* citado, ou seja, com base na expressão *nos termos desta constituição*, é constitucionalmente possível a intervenção normativa no caso, por flagrante desrespeito ao rol taxativo dos princípios sensíveis.

No art. 34, inciso IV, o texto constitucional traz os princípios sensíveis que, se violados, constituem motivo bastante para a União intervir nos Estados. Assim, são forma republicana de governo, direitos da pessoa humana, autonomia municipal, prestação de contas

da administração pública, direta e indireta, e aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de receitas de transferência, na manutenção e desenvolvimento do ensino. Portanto cabe ao legitimado exclusivo, Procurador-Geral da República, ajuizá-la e ao STF, também exclusivamente apreciá-la, e ainda, aquele, devido ao princípio da independência funcional do Ministério Público, não está obrigado a intentá-la, ainda que haja representação de parte interessada, pode no uso de seu poder discricionário arquivar tal medida representativa, o que só confirma o grau político da decisão a pouco referida.

Esta ação objetiva a declaração de inconstitucionalidade formal ou material da lei ou ato normativo estadual e aí há finalidade jurídica, como também visa à decretação da intervenção federal no Estado-membro caracterizando uma finalidade política. Contudo, nos termos do artigo 84, inciso X da CF/88, a intervenção é ato privativo do Presidente da República e só será decretada caso a declaração de inconstitucionalidade, com a conseqüente retirada do ordenamento jurídico da lei ou ato impugnado, não for bastante para que a situação de ofensa ao pacto federativo se resolva e se volte à normalidade.

3.3.2.2.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e o Mandado de Injunção.

O objetivo da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é dar total eficácia às normas constitucionais de eficácia limitada, ou seja, normas que necessitam de complementação ou regulação infraconstitucional para que possam produzir plenos efeitos. Cite-se a exemplo o inciso VII do artigo 37 da constituição que diz: *o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica*, lei que passados quase 18 anos da promulgação da constituição ainda não foi editada. Portanto a inconstitucionalidade por omissão reside justamente na inércia do poder público, na omissão do legislador, ou seja, é a ausência de norma regulamentadora que possibilita o intento dessa modalidade de Adin.

Julgada procedente a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, dará o Supremo Tribunal Federal ciência ao órgão administrativo para editar o ato normativo em lacuna, em 30 dias, sob pena de responsabilização. Em se tratando de norma a ser editada pelo Legislativo, não fixará o STF prazo para cumprimento do dever, em respeito à tripartição das funções estatais e independência dos Poderes. Assim, conclui-se: se não há prazo não há

como se impor responsabilidade jurídica. Talvez no máximo perdas e danos, a responsabilidade, portanto, seria de ordem moral.

Os legitimados a propor esta ação de inconstitucionalidade são os mesmos da ADI genérica (art. 103, I a IX), não sendo obrigatória a oitiva do Advogado- Geral da União, posto não haver ato impugnado a ser defendido. Entretanto, o Ministério Público sempre será chamado a manifestar-se, pois é próprio de sua função institucional constitucional atuar em todo os processos de competência do Supremo tribunal Federal.⁵⁹

O mandado de injunção na constituição de 1988 está disposto nos seguintes termos:

"Art. 5º-...

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;

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

I – processar e julgar, originariamente: q) - o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

II – julgar, em recurso ordinário: a) o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o **mandado de injunção** decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

Art. 105 – Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I – processar e julgar, originariamente: h) – o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal;

Art. 121- ...

Art. 4º. – Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais, somente caberá recurso quando: V – denegarem habeas corpus, mandado de segurança, habeas data, ou **mandado de injunção**.

⁵⁹ CF – Art. 103, § 1º - O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

Na ação do mandado de injunção o objetivo não é provocar o legislador competente para a edição da norma regulamentadora, pelo menos diretamente não o é, mas sim, suprir a falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, garantindo o exercício do direito constitucionalmente garantido, é instrumento de defesa para aqueles que necessitam exercer direito que lhes foi garantido pelo constituinte originário. Todavia, esbarra na ausência de regulamentação devido à inércia do legislador competente.

Na distinção dos institutos ensina José Afonso da Silva que⁶⁰:

Mandado de injunção não se confunde com inconstitucionalidade por omissão. Esta visa a obter uma decisão que estimule a produção das normas (leis, etc.) necessárias a integrar a eficácia do mandamento constitucional que as requeira. O mandado de injunção visa a obter o direito em favor do impetrante, quando inexistam normas regulamentadoras do artigo constitucional que outorgue direitos, liberdades ou prerrogativas. O mandado de injunção não é instrumento destinado a obter a produção de normas regulamentadoras. Para isso, existe a ação de inconstitucionalidade por omissão.

3.3.2.2.4 A Ação Declaratória de Constitucionalidade

A ação declaratória de constitucionalidade, inserida na constituição do Brasil pela EC 3/93, é também espécie de ação para o controle de constitucionalidade. Da mesma forma que a Adin genérica o foro competente para processá-la e julgá-la é o do Supremo Tribunal Federal. Esta ação, quando de sua criação, tinha certas restrições se comparássemos com a adin genérica, no que concerne aos legitimados a propô-la principalmente, de forma que sofrera recentemente profunda modificação através da EC 45/2004, pois, anteriormente, aqueles eram bem mais restritos que os legitimados na Adin, era o rol, mais precisamente, restrito ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados e ao Procurador-Geral da República. Contudo, com a referida emenda constitucional nº 45, o § 4º do art. 103 da CF 88 foi revogado e o artigo 103 *caput* e incisos passou a designar à ADC os mesmos legitimados para propor a Adin, ou seja, ampliou o rol de legitimados.

⁶⁰ SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 15ª edição revisada, São Paulo – SP: Malheiros Editores, 1998.

A finalidade da ação declaratória de constitucionalidade é dirimir incertezas jurídicas de modo a evitar as diversas interpretações e contrastes a que estão sujeitos os textos normativos, ou seja, diante da possibilidade de visões jurisprudenciais contraditórias se faz necessário um instrumento para reforçar a segurança jurídica e o interesse público. Assim, quando de sua criação, acreditou-se que o sistema de controle de constitucionalidade do Brasil estaria mais fortalecido no seu dever de preservar a vontade constitucional e em nome da segurança jurídica a ADC constitui meio para se padronizar as decisões do Poder Judiciário.

Quanto aos efeitos, estes são os mesmos da ADI genérica, ou seja, segundo o § 2º do artigo 102 da constituição, 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, portanto eficácia *erga omnes* e efeitos vinculante *ex tunc*.

3.3.2.3 Súmula Vinculante

Matéria importante a ser mencionada, depois de introduzida no sistema constitucional brasileiro pela Emenda Constitucional nº 45⁶¹, que possibilitou a chamada de reforma do Judiciário, é a súmula com efeito do qual advém seu nome, vinculante, de maneira que, por intermédio desta, o Supremo Tribunal Federal poderá aprovar em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, as decisões definitivas de mérito.⁶²

⁶¹ CF. Art. 102, III, § 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

⁶² Art. 103-A da CF. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o

Sobre o tema ainda persistem opiniões antagônicas, pois, o efeito vinculante das súmulas do STF para os juízes e tribunais inferiores, apesar de constitucional, deixou alguns descontentes que vêm criticá-la com os mais variados argumentos. De tais opto por dar destaque ao mais forte defendido pelos que se colocam em posição contrária à adoção da matéria, quando dizem: que a adoção da súmula é um golpe à liberdade de decisão dos magistrados, bem como a sua independência. Já na outra vertente dizem os favoráveis à súmula: que não era mais possível que cada juiz julgasse questões idênticas em sentidos diferentes, como muitas ações contra a Administração Pública por exemplo, processos do INSS por exemplo, tudo isso provocando milhares de recursos para os tribunais, abarrotando as secretarias de processos, algo nefasto contra a economia processual e a segurança jurídica.

Penso que a pressão social e política motivadas pela insatisfação da sociedade quanto à demora da prestação jurisdicional pelo Poder Judiciário é que de fato viabilizou a aprovação da súmula vinculante pelo Congresso nacional. Acredito ainda, que a jurisprudência não se tornará tão rígida nos seus decisórios a ponto de se tornar imutável, pois o Supremo Tribunal Federal com o poder de editá-las também poderá revê-las, isto mediante provocação dos legitimados a propor ação direta de inconstitucionalidade.

Em verdade, o momento em que se adotou a súmula fora mais que propício para tentar conseguir diminuir o tempo de espera pela jurisdição, de forma que, a existência de julgamentos uniformes com base na súmula em epígrafe, irá proporcionar considerável melhora no percurso que leva um processo até a sua decisão final. Tal atitude é um dos meios para ir se reduzindo a quantidade de injustiças que são cometidas pela demora na prestação jurisdicional, pois justiça tardia quase sempre é justiça de má qualidade, ou melhor, não é justiça.

E ainda, para a conformidade daqueles indignados com a adoção da referida súmula, resta o caminho de uma nova reforma constitucional com a proposta de retirada da súmula vinculante do ordenamento jurídico brasileiro, pois ela não ganhou *status* de cláusula pétrea.

ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso."

3.3.2.4 Da Reclamação

Do efeito vinculante que é atribuído às decisões e a fim de garantir o cumprimento efetivo de seus comandos é que a Constituição Federal versa em seu texto sobre o mecanismo do qual se pode valer o prejudicado em caso de divergência do efeito vinculante.

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

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

3.4 Quem Deve Ser o Guardião da Constituição?

Ao se falar em controle da constitucionalidade, não se pode deixar de mencionar o debate juspublicista ocorrido entre os anos de 1918 e 1933, pois, como afirma Gilberto Bercovici⁶³, é este de crucial importância para o estudo das concepções de Estado e Constituição. De um lado Hans Kelsen e do outro Carl Schmitt e o cerne da questão é quem deveria ser o guardião da constituição. Assim há, na tese do segundo, a introdução do político na análise da ordem normativa do Estado como forma de combater o normativismo positivista de Kelsen. A este respeito, diz o Professor Martônio Lima em artigo sobre a *Guarda da Constituição em Hans Kelsen*, todavia, se referindo a intenção de Schmitt. Diz: *A formulação dominante era que o político seria o determinante para a construção de um Estado possível.*⁶⁴ Portanto, no âmbito do embate de idéias, como já mencionado, vale ressaltar quem deveria na visão de um e de outro ser o mais legítimo guardião da constituição.

A tentativa de Schmitt fora de desqualificar o pensamento dominante, ou seja, o de ser papel do judiciário o controle da constituição. Disse Schmitt em sua publicação intitulada de *(Der Hüter der Verfassung)* que a crença no guardião da constituição nos moldes do tribunal austríaco idealizado por Kelsen, ao atribuir a guarda da constituição ao Poder judiciário, se deve, em grande parte, à influência da Suprema Corte Americana.

⁶³ BERCOVICI, Gilberto. *Carl Schmitt, O Estado Total e o Guardião da Constituição*. In Ver. Brasileira de Direito Constitucional (Jan-Jun), Vol I. Ed. Método. São Paulo 2003. pp 195 e seg

⁶⁴ LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. *A Guarda da Constituição em Hans Kelsen*. In Revista Brasileira de Direito Constitucional (Jan-Jun), Vol I. Ed. Método. São Paulo 2003. pp 203 e seg.

Cita o Professor Bercovici⁶⁵ que Schmitt destaca limites que o Poder Judiciário enfrenta na condição de guardião da constituição, uma vez que Carl Schmitt afirma primeiro ser o controle judicial um controle *a posteriori* além de ser acessório por se manifestar de maneira incidental e por sentenças judiciais. Portanto, um controle difuso, de maneira que destinar a um tribunal de justiça a defesa da constituição, resultaria, a seu modo de ver, a caracterização de um Estado judicialista, em que a vida política estaria submetida ao controle dos tribunais ordinários.

Para Schmitt a sentença judicial é a subsunção do fato à norma, e que precisa ser determinada previamente pela lei. Dessa forma, o judiciário não pode estar acima do legislativo, e que o problema da interpretação consistiria no conteúdo da norma, e, se assim o é, tal problema de determinar o conteúdo da norma é da legislação e não da justiça. Dessa maneira, ressalta a distinção entre criação do direito, própria da atividade legislativa, e aplicação do direito, própria da jurisdição. Note-se neste ponto que pela visão de Schmitt quanto ao Judiciário, este deve figurar no Estado como um mero aplicador da lei nua e crua, o que no liberalismo francês se chamou de Juiz *la bouche de la loi*, ou seja, o juiz boca da lei, um autômato.

No entanto, para entender melhor o que Carl Schmitt defendia é preciso tentar ver suas idéias a partir de sua concepção de constituição, e assim Gilberto Bercovici ressalta:⁶⁶

Carl Schmitt entende que o controle judicial da constitucionalidade só poderia existir em um Estado judicialista, em que toda a vida política fosse submetida ao controle dos tribunais. A conseqüência disto não seria a judicialização da política, mas a politização da justiça.

Muito da resistência da Carl Schmitt ao controle judicial da constitucionalidade está ligado à sua concepção de Constituição. A Constituição só é válida, para Schmitt, quando proveniente de um poder constituinte e estabelecida por sua vontade. A norma vale porque está positivamente ordenada em virtude de uma vontade existente. A unidade e a ordenação de uma constituição residem na unidade política de um povo, ou seja, do Estado. Se a constituição for considerada apenas em seu sentido formal, como constituição escrita, ela está sendo igualada a uma série de leis constitucionais escritas. Com isso o conceito de constituição é relativizado, perdendo o seu significado objetivo. Para Schmitt, um conceito de constituição só é possível se este for distinto da noção de lei constitucional. Este conceito é a constituição em sentido positivo, surgida mediante ato do poder executivo, que, por um único momento de decisão, contém a totalidade da unidade política. A constituição, portanto, vale em virtude da vontade política existente tomada pelo poder constituinte. As leis constitucionais ao contrário, valem com fundamento na

⁶⁵ Ob. cit., p.195

⁶⁶ Ob. cit., p.195

constituição. Toda lei, inclusive a constitucional, para ser válida, necessita, em última instância, de uma decisão política prévia, adotada por um poder politicamente existente. A essência da constituição não está contida em uma norma jurídica: fundamentando toda normatização existe uma decisão política do poder constituinte.

A idéia de Carl Schmitt, como havia dito, consiste em dizer que o defensor natural da constituição deve ser o Presidente do *Reich* Alemão. Para tal pensamento, parte da interpretação do art. 48 da constituição de *Weimar*, que atribui poderes excepcionais ao Presidente como a função de defensor da constituição, nesta linha, a constituição de *Weimar* traz dois titulares do poder político: o Presidente do *Reich* e o Chanceler do *Reich*. E, segundo Schmitt, enquanto o segundo sustenta sua autoridade na confiança do Parlamento, o primeiro, Presidente do *Reich*, detém a parte absoluta da confiança de todo o povo alemão, aí consistindo a verdadeira unidade política do Estado, pois, para Carl Schmitt, esta está representada pelo Presidente, eleito por toda a nação, e mais, em contraposição ao pluralismo político do Parlamento que faz com que não haja qualquer direção, integridade ou unidade na política econômica, pois diz que a característica essencial da democracia é a homogeneidade do povo, ou seja, para Schmitt o parlamento é incapaz de lidar com as crises econômicas, talvez ser o guardião da constituição. Nessa última afirmação, nota-se também, segundo o entendimento de Schmitt, a desqualificação do Legislativo, por ele feita, para a tarefa de guardar a Constituição.

Diz Bercovici se referindo aos dizeres de Schmitt que:⁶⁷

Ao mesmo tempo em que se manifestam a democracia de massas e a contradição entre a unidade e a homogeneidade do povo e pluralismo do parlamento, os postulados liberais de neutralidade e não intervenção do Estado são abandonados.

(...) A “ocupação pluralista” do Estado faz com que não haja qualquer direção, integridade ou unidade na política econômica, ou seja, O Parlamento é incapaz de lidar com as crises econômicas, quanto mais ser o guardião da Constituição.

Assim, após desqualificar o Judiciário e o Legislativo para o controle da constitucionalidade, Schmitt defende a idéia que, representa o Presidente do *Reich* no sistema parlamentar alemão um poder neutro, mediador, regulador e tutelar, dentro da clássica divisão de poderes, tendo uma posição estável na Constituição, não é apolítico como o judiciário, mas do político, independente, ou seja, isento o chefe de Estado da influência política do

⁶⁷ Ob. cit. pp. 195-198

parlamento, atribui a este uma característica de poder político máximo e acima de todos os outros e assim o legitima para a missão que tem como fito garantir o equilíbrio no funcionamento dos demais poderes constitucionais, pois representa o Presidente alemão a unidade política do Estado, uma vez que eleito por toda a nação.

Kelsen não poderia deixar por menos a teoria de Schmitt e em resposta às afirmações dele publicou *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* (Quem deve ser o guardião da Constituição?), assim, demonstrara contraposição em relação à teoria de Schmitt, afirmando que a guarda da Constituição deve ser conferida a um Tribunal independente. Nesse sentido versa o texto do Professor Martônio Mont'Alverne Barreto Lima intitulado de *A Guarda da Constituição em Hans Kelsen*, O qual passo a ressaltar em seguida.⁶⁸

A primeira contraposição de Kelsen a Schmitt se faz em relação ao argumento deste quando defende que a guarda da constituição deve ser exercida pelo Chefe de Estado. Ressalta o Professor Martônio Mon't Alverne Barreto Lima fazendo menção aos dizeres de Kelsen que: *O mais surpreendente é que Carl Schmitt, professor de Direito do Estado da Escola Superior de Comércio de Berlim, "renove e transfira a teoria do poder neutro de Benjamin Contant, um dos mais antigos e respeitados ideólogos da monarquia constitucional, sem qualquer limitação, para um chefe de Estado republicano" (...) Schmitt prossegue na idéia – sempre combatida por Kelsen – de que uma corte constitucional com poderes de declaração de inconstitucionalidade de leis e de suspensão de eficácia de leis inconstitucionais, composta por homens a partir de uma proporcionalidade partidária, não pode ser denominada corte judiciária.* De modo que a tentativa de Schmitt de desqualificar a idéia do Tribunal Constitucional defendida por kelsen, fazendo referência ao Judiciário, é desvirtuada, pois a faz como se o tribunal constitucional pertencesse a este Poder, o que não o é, portanto não se sustenta tal argumento, uma vez que o Tribunal constitucional é órgão independente dos demais poderes do Estado.

O citado texto também menciona que Kelsen faz menção ao pensamento de Schmitt dizendo que para este autor o Judiciário é vinculado às normas que possibilitam apenas uma subsunção ao fato ocorrido, em que o objeto de tais normas é pacífico, não mais sendo objeto de discussão, uma vez que tal já se deu no parlamento. Que o controle nas mãos do Judiciário

⁶⁸ Ob. cit., p. 206. pp. 203-208

seria a politização da justiça e esta significaria para Schmitt uma ameaça à própria justiça, assim indaga Kelsen: “à própria justiça? Como? Se o tribunal constitucional não é tribunal?”⁶⁹

Questão também de suma importância, no que, se refere ao debate, é a contraposição de Kelsen ao que argumentou Carl Schmitt quando de sua tentativa de enjeitar o controle da constitucionalidade por parte do Legislativo. Então lembrando, no pensamento de Schmitt o pluralismo político da sociedade democrática, heterogênea, é tido de certa forma como algo nocivo à consecução dos fins do Estado, o que bem ressalta o Professor Martônio Mon't Alverne Barreto Lima para se observar que:

(...) muito mais do que uma ligeira discussão sobre a guarda da Constituição, é identificável neste momento a visão de Estado de Carl Schmitt e sua defesa da totalidade nazista que se instalaria na Alemanha a partir de 31 de janeiro de 1933. Para Schmitt o Estado total faz desaparecer a tensão produzida pelo pluralismo, qual seja o antagonismo entre sociedade e Estado. (...) O pensamento de que somente o legislativo, e não o judiciário, é verdadeiramente político é tão falso, quanto o argumento de que somente o legislativo produz direito e o judiciário, quando da aplicação do direito o reproduz (...). Na verdade, quando o legislador investe o juiz, dentro de determinadas fronteiras, de ponderar sobre interesses contrários e decidir conflitos em favor de alguns e desfavor de outros, transfere para o juiz, este mesmo legislador, a tarefa de criação de direito, e com isso, um poder que confere à função judicial o mesmo caráter ‘político’ que o legislador possui. Peremptório, conclui Kelsen: ‘Entre o caráter político do legislador e o do juiz, existe apenas uma diferença quantitativa e nenhuma qualitativa.’ Neste sentido, todo conflito jurídico seria, para Kelsen, um conflito político de poder.⁷⁰

Após o debate, pode-se afirmar que o que se mais necessita é uma jurisdição constitucional possibilitadora da prevalência da democracia. Assim, o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos é a garantia de que a constituição em si necessita para preservar sua forma e seu conteúdo, de forma a se resumir no propósito de proteger os sujeitos formadores da sociedade em face da possibilidade mais que patente, do poder extrapolar os seus limites, ou melhor, deles abusar.

Nesse diapasão vale destacar o que Bercovici diz no final de seu artigo sobre Carl Schmitt, *o Estado Total e o Guardião da Constituição*. Quando diz:

No fundo, tanto faz se o guardião da Constituição é um Tribunal Constitucional, o Presidente da República ou o Parlamento. O problema surge, segundo Pablo Lucas Verdú, quando os órgãos do controle de constitucionalidade não se limitam mais a defender e a interpretar, como instância máxima, a Constituição, mas passam a

⁶⁹ Ob. cit., p. 206.

⁷⁰ Ob. cit., p. 206.

assenhorear-se dela, ou, nas suas palavras: ‘ não se reduzem a ser o **Hüter** da Constituição, mas pretendem-se o **Herr** da mesma’.

A partir de todo o pensamento até aqui dissertado, ou seja, de se saber quanto à manifestação da sociedade no processo de positivação da vontade de seus componentes através do poder constituinte originário encarregado de elaborar a Constituição do Estado, criando-o. Demonstrou-se a característica de suas normas e depois descreveu-se sobre o outro Poder, o constituinte derivado, assim como sobre suas limitações. Também se passou a escrever sobre os mecanismos de defesa que a própria constituição cria como instrumentos de defesa contra aqueles que querem desrespeitar os seus comandos formais e materiais quando da aplicação e criação de normas, dizendo como, quando e através de quem podem ser utilizados, passou-se, inclusive, dessa maneira, a mencionar os entes que excepcionalmente, também, de uma for ou de outra, controlam em algumas situação preventivamente ou repressivamente a edição de normas em sentido *lato*, impedindo o ingresso no ordenamento normativo daquelas maculadas pela eiva da inconstitucionalidade, para finalmente chegar-se ao que se destina o próximo capítulo, ou seja, dissecar tema sobre aquele que, pelo constituinte brasileiro, é o encarregado mor de exercer o controle de constitucionalidade neste país. O Supremo Tribunal Federal.

CAPÍTULO 4

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO : ORIGEM HISTÓRICA, ESTRUTURA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E SUA FUNÇÃO ESTATAL DE PRINCIPAL GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO.

4. HISTÓRICO

O Supremo No Período Colonial

Primeiramente se atribui à origem do Supremo Tribunal Federal com a Casa de Suplicação do Brasil, seu verdadeiro embrião histórico, contudo, e anteriormente a esta Corte, se teve como o mais elevado Tribunal do Reino e das colônias portuguesas a chamada Casa de Suplicação de Lisboa.

A contribuição para a mudança, ou seja, a transferência da Casa de Suplicação de Lisboa para o Brasil é oriunda de fato marcante e bastante conhecido da história luso-brasileira, exatamente por motivo da chegada da Família Real Portuguesa ao Brasil em 1808. Fruto da invasão de Napoleão na sede do Reino Lusitano que, àquela época, pelas tropas de Junot também ocupara a Casa de Suplicação de Lisboa. Dessa forma, o Brasil passou a ser a sede do Reino.

Tal acontecimento impossibilitou o Tribunal sediado em Lisboa de continuar resolvendo as demandas do Reino, fato que forçara, desta maneira, fosse criada por Dom João VI constante do alvará de 10 de maio de 1808 a Casa de Suplicação do Brasil⁷¹ que até 1828 funcionara como órgão de cúpula da Justiça no país. Uma cópia fiel da que existia em Lisboa.

Até a criação desta, funcionava no Brasil como órgão mais alto na hierarquia da justiça do Reino um Tribunal subordinado a Lisboa e chamado de Relação do Rio de Janeiro, criado por alvará em 13 de outubro de 1751.

Informa J. M. Pereira da Silva⁷² que a Casa de Suplicação do Brasil surgiu da elevação do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro:

⁷¹ In <http://www.stf.gov.br/institucional/>

⁷² SILVA, J. M. Pereira da. História da Fundação do Império Brasileiro, Ed. Garnier, Rio de Janeiro, 1ª edição, Tomo II, 1864-1868 p. 40

Foi a Relação do Rio de Janeiro elevada á categoria de Casa de Supplicação, recebendo os regulamentos da de Lisboa, para que exercesse a sua alçada sobre todas as capitanias do Brazil, e as ilhas dos Açores e Madeira.

Disponha o inciso I do referido alvará de criação o seguinte:

(...) como Superior Tribunal de Justiça para nelle se findarem todos os pleitos em última instância, por maior que seja o seu valor, sem que das últimas sentenças proferidas em qualquer das Mezas da sobredita Caza se possa impor, que não seja o das revistas, (...)

O mencionado texto se refere exatamente ao grau de jurisdição que ocuparia o órgão, passando a decidir as lides em última instância. Nos termos da citação *supra* algo que se faz acreditar e considerar a Casa de Supplicação do Brasil colonial como equivalente ao atual Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal de Justiça no Império do Brasil.

No Brasil de 1822 ocorreu a declaração de independência pelo Príncipe Regente, ato que se pode interpretar como contributivo à evolução da organização judiciária brasileira, de modo que se deixa de acatar as ordenações do Reino, ou melhor, de Lisboa, para ter-se em 1824, ainda que outorgada, a primeira constituição do Brasil. Nesta encontra-se o Poder Judiciário disposto no Título 6º, Capítulo único, composto de 14 (quatorze) artigos.

Especificamente no artigo 163⁷³ da Constituição de 1824 pode-se ver descrito o que antecederia o Supremo Tribunal Federal. Nela constava a previsão constitucional da criação do Supremo Tribunal de Justiça, contudo, o fato de o texto constitucional da época prevê-lo, constituiu tentativa de dar celeridade ao aprimoramento da organização judiciária do Império Brasileiro, mas este intento só fora concretizado pela lei de 18 de Setembro de 1828, sancionada pelo Imperador Pedro I e oriunda de projeto de lei de autoria de Bernardo Pereira de Vasconcelos.

Era o Supremo Tribunal de Justiça composto de dezessete Ministros, embora tenha havido uma tentativa de emenda à constituição visando ampliar sua composição para número acima de vinte. Em tal ocasião, fora alegado como justificativa para proposta de acréscimo o

⁷³ Constituição Imperial de 1824 - Art. 163 - Na Capital do Império, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Províncias, haverá também um tribunal com a denominação de Supremo Tribunal de Justiça, composto de Juizes Letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o título do Conselho. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os ministros daqueles que se houverem de abolir.

insuficiente número de Magistrados que seria causa das dificuldades para que em tempo hábil pudesse a instituição dar conta de toda a demanda, mas apesar de tudo, fora frustrada a tentativa. Observemos com base nisso que o Supremo, àquela época, já tinha problemas de celeridade processual.

Quanto à competência do Tribunal, versava a Carta de 1824 em seu capítulo único o que abaixo segue:

A este Tribunal compete:

1º Conceder ou denegar revista nas causas, e pela maneira, que esta lei determinar;

2º Conhecer dos delictos, e erros de officio, que commetterem os seus Ministros; os das Relações, os empregados no Corpo Diplomático, e os Presidentes das províncias;

3º Conhecer e decidir sobre os conflictos de jurisdição, e competência das Relações das províncias.

Como se pode notar, o Supremo Tribunal de Justiça tomava conhecimento dos recursos de revista, bem como julgava as ações penais contra ocupantes de alguns cargos públicos e decidia sobre conflitos de jurisdição. Verdadeiramente uma competência altamente restringida que até então se comparada a de uma suprema corte de fato, deixava a desejar.

Mas papel de destaque conferido pela Constituição de 1824 fora o conteúdo de tal documento como algo elaborado sob forte influência do liberalismo, pois trazia em seu texto o princípio da separação dos Poderes e o Poder Judiciário posicionado entre os integrantes da soberania política. Apesar disso, o Judiciário, em especial o Supremo, se caracterizara um Poder deveras tímido e limitado em demasia.

Este Poder Judiciário fora positivado como um dos Poderes do Império e disposto no artigo 10 da constituição de 1824.⁷⁴

Em nota Octaciano Nogueira⁷⁵ não reconhece o Poder Judicial como independente e diz que o Título VI da Constituição de 1824 que tratava da matéria era o mais deficiente de toda a Carta Constitucional, Exatamente o que se refere ao Judiciário!

⁷⁴ Título 3º - DOS PODERES E REPRESENTAÇÃO NACIONAL- 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. Constituições Brasileiras: 1824 – Brasília: Senado federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. p.81.

Assim diz o autor:

(...) talvez seja o mais deficiente de todo o texto outorgado por Pedro I, se examinado à luz da moderna doutrina constitucional de separação dos poderes. (...) não se pode dizer que o judiciário constituísse, na prática, um poder independente, na forma como hoje se concebe a harmonia e independência que preside os diferentes poderes do Estado democrático.

O autor expõe sua opinião, criticando a matéria constitucional que negava na prática garantias fundamentais ao exercício da magistratura. Faltara a inamovibilidade e a irredutibilidade do subsídio ao Judiciário, pois, como é de se saber, somadas à garantia da vitaliciedade, elas formam um tripé que assegura ao magistrado independência e imparcialidade no exercício de sua função além de contribuir para manter a harmonia com os demais Poderes.

A situação do Tribunal em termos de poder um dia melhoraria, entretanto, só em outubro de 1875, mais precisamente no dia 23 já no Império de Pedro II, por intermédio da Lei nº. 2.684 foram ampliadas as atribuições da Corte Maior, atribuindo-lhe competência de Supremo intérprete da lei. Só então o Tribunal pôde fazer jus ao nome que lhe fora dado pela Constituição cinquenta e um anos antes.

Mais uma vez ressalto, assim como o fiz em relação ao período colonial e à Casa de Suplicação do Brasil, que é a competência de supremo intérprete da lei e da constituição que legitima e nos faz considerar o Supremo Tribunal de Justiça do Império como o ancestral do nosso Supremo Tribunal Federal.

Apesar de uma maior competência atribuída ao Tribunal do Império, o que a instituição fazia em maior número era conceder revista para que a causa sob exame fosse submetida à outra Relação, isto sob nova apreciação, quando não, dirimir conflitos de jurisdição, algo que tornava difícil formar por seus julgados uma jurisprudência que pudesse ser ressaltada.

Sua competência penal originária era restrita e alcançava no máximo: os magistrados, um pequeno número de diplomatas e os presidentes das províncias. Restavam de fora Ministros, Senadores, Deputados e Sua Majestade Imperial, pois, o artigo 99 da constituição dizia que a Pessoa do Imperador era inviolável e sagrada, não estando ele sujeito a

⁷⁵ Constituições Brasileiras: 1824 / Octaciano Nogueira – Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. p.36

responsabilidade alguma. Restava-lhe ainda, como competência penal originária, desde que consistisse em matéria de processo e julgamento de casos não espirituais, os bispos da Igreja Católica.⁷⁶

Com base nos fatos mencionados penso que o Supremo do Império nunca fora uma Corte composta por homens de muita ação, homens de decisões apaixonantes, de carga decisória para mudar progressivamente o direito vigente, pois tudo era muito lento, apesar dos números insignificantes de processos. Em matéria penal para citarmos como exemplo, a Corte não julgara mais de seis processos dentre os quais apenas dois se destacaram em nível nacional, era o caso do Desembargador Pontes Visgueiro⁷⁷ e o dos Bispos de Belém e Olinda em questão com a Maçonaria.

A maneira de ingresso no cargo contribui para minha afirmativa, uma vez que seus dezessete membros subiam àquela corte por um único critério, consistido na antiguidade, eram oriundos do Tribunal das Relações e o notório saber ainda não constituía requisito.

De fato, a organização política do Estado não favorecia o Supremo Tribunal de então a se tornar de grande importância quanto às matérias a decidir, a começar pela classificação da Constituição Imperial e sua estabilidade, tida como constituição semi-flexível,⁷⁸ tornava o órgão encarregado de sua interpretação e manutenção desincumbido de muitas questões, diferentemente seria se se tivesse de proteger uma constituição rígida, assim a matéria constitucional do Império era muito reduzida. Aliado a isto havia também o caráter unitário do Estado como outro fator desfavorecedor que não admitia litígio entre os governadores de províncias e o Governo central, pois, eram estabelecidos em grau de hierarquia, ou seja, aqueles subordinados a este.

Mas a despeito de todas as complicações aqui referidas, o Supremo refletiu o Brasil da época e era tido como uma Corte respeitável que realizava suas atribuições de maneira correta.

⁷⁶ O Império do Brasil adotara o catolicismo como religião oficial embora assegurasse a liberdade de culto diverso, desde que no âmbito doméstico. – O Decreto que ampliou a competência do supremo do império a poder julgar os Bispos daquela Igreja fora o Decreto N° 609 de 18/08/1851.

⁷⁷ DOTTI, René Ariel. Casos Criminais Célebres – 2ª ed. rev. e ampl. – Editora Revista dos Tribunais - São Paulo: 1999 pp. 32 a 51

⁷⁸ Art. 178. É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos Poderes Políticos e aos direitos políticos e individuais dos Cidadãos, Tudo o que não é constitucional pode ser alterado sem as formalidades referidas pelas Legislaturas ordinárias.

Para finalizar este tópico, encontramos na obra *O Supremo Tribunal do Brasil (Notas e Recordações)*⁷⁹ *apud* a Gabriel Viana, sobre a Sede do Tribunal no Império, dizendo que fora instalada em 29 de janeiro de 1828 na Casa do Senado da Câmara sob a presidência do Português José Albano Fragoso.

O Supremo Tribunal no Período Republicano

A nova ordem estabelecida em decorrência da proclamação da República se utilizara em parte dos Estados Unidos da América, pois aquele país serviu de modelo organizacional para o Brasil se estabelecer no início do período republicano. Nossa constituição de 1891 é prova contundente disso, pois o nome de nosso país passou a ser **República dos Estados Unidos do Brasil**. Apesar de certa influência o Brasil também tinha o seu pensamento político próprio e não fora cópia fiel dos Estados Unidos como se pode pensar, mas teve inspiração sim. Assim, destaco duas grandes inspirações adaptadas à constituição republicana como a descentralização do poder político e o controle de constitucionalidade pelo método difuso.

Alberto Torres⁸⁰, na obra *Organização Nacional*, afirma que:

(...) O nome “República dos Estados Unidos do Brasil”, inspirado no da norte-americana, fortalece a opinião, dominante na política, de que os Estados são dotados de uma autonomia que assume de fato as proporções da soberania.

Assim dizia porque:

Dominava o espírito do legislador constituinte o pensamento de fortalecer os Estados. Os homens que organizaram o regime tinham ardente ambição de autoridade local;

Quanto ao Poder Judiciário, este se estabeleceria também sob certa influência da Suprema Corte Americana. Curioso é que as idéias de fazê-lo na forma estadunidense

⁷⁹ REIS, Daniel Aarão, *O Supremo Tribunal do Brasil (Notas e Recordações)*, Rio de Janeiro – GB: Mabri Livraria Editora Ltda, 1968. p. 32

⁸⁰ TORRES, Alberto. *A Organização Nacional*. 1ª parte, A Constituição. Coleção Temas Brasileiros, Vol. 39. Editora universidade de Brasília.

antecedem a própria República, assim diz Leda B. Rodrigues⁸¹ em sua clássica obra *História do Supremo Tribunal Federal*.

Sobre a matriz norte-americana em relação ao Supremo Tribunal Federal da época, Oscar Vilhena Vieira⁸² menciona como exemplo de antecedente, a intenção de Pedro II em dotar a Suprema Corte pátria de poderes mais amplos. A esta passaria as funções pertencentes ao Poder Moderador por entender que nestes termos a Constituição ficaria melhor.

Edson Rocha Bomfim⁸³ retrata que, mesmo com o advento da República o Governo não interferiu de imediato no Supremo. A Corte continuou desempenhando suas funções normalmente, pois antes se fazia necessário priorizar o processo de elaboração da nova Constituição. Foi a partir do Decreto nº. 510 de 22 de junho de 1890 chamado de constituição provisória da República que a estrutura do Poder Judiciário fora prevista nos artigos 54 e seguintes, e após este fato surgiu o Decreto nº. 848 de outubro de 1890, justamente o que mandaria organizar a Corte Suprema.

O Ministro Campos Sales fora quem ficara encarregado de trazer à baila os motivos que fariam com que o antigo Supremo Tribunal de Justiça do Império viesse a se tornar o Supremo Tribunal Federal da República. Na constituição de 1891, Seção III, Do Poder Judiciário, artigos 55 a 59, o Supremo Tribunal é disposto e teve definido seu papel a partir da data de sua instalação. Esta se dera no dia 28 de fevereiro de 1891 em sessão solene extraordinária iniciada à uma hora da tarde na Sala de Sessões do antigo Supremo Tribunal de Justiça, sob a presidência em caráter interino do Visconde de Sabará (*). A Lei nº. 221 de 20 de novembro de 1894 constituiu o primeiro estatuto que cuidou do funcionamento da referida Corte.

De maneira que, observando-se a gênese dessa nova Corte, constatamos que ela nascera como órgão a ocupar a cúpula do Poder Judiciário, a assegurar o cumprimento da nova ordem vigente, trazendo segurança jurídica, controlando a legalidade e a constitucionalidade dos atos executivos e legislativos, tudo isso com base no princípio da supremacia da carta política de então.

⁸¹ RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*, t. I, Civilização Brasileira, Rio 1965. pp. 1-2

⁸² VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal (Jurisprudência Política)*: São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p.73

⁸³ BOMFIM, Edson Rocha. *Supremo Tribunal Federal (Perfil Histórico)*: Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 40
(*). A ata desta sessão encontra-se publicada no Arquivo Judiciário, vol. 52, pp. 35-36, Suplemento.

A inspiração em parte no modelo constitucional norte-americano fora também aspiração sua, achava Rui ser primordial ao fiel acerto do novo regime dar ao Supremo Tribunal Federal um destaque entre os Poderes na forma assemelhada à que fizeram os estadunidenses no tocante à sua *Supreme Court*.

A intenção de se comparar as duas constituições, é que a constituição do Brasil de 1891 superara, em seu produto, a matriz norte-americana, de forma que, após análise em ambos os textos constitucionais, aliado ao fato de passados mais de cem anos da constituição das ex 13 colônias inglesas e ao pensamento constitucional brasileiro desde a época do movimento da independência, o velho Rui, com seu brilhantismo conseguira um documento estruturalmente melhor sistematizado e definido para os Estados Unidos do Brasil.⁸⁴

Posta a termo a forma unitária em que era constituído o Brasil imperial, a nova forma de organização traz através do federalismo, uma descentralização oriunda dessa forma de constituição do Estado. Com isso, os Estados Federados passam a ter maior autonomia e poderes para se auto-organizarem, inclusive no tocante à justiça local.

No modelo federativo, interessa também a característica da bifurcação quanto à organização estatal da justiça. Esta era composta em um nível estadual ou local constituído no âmbito de cada unidade da federação e outro em nível federal referente às questões da federação como um todo. Já o Supremo Tribunal Federal encontrava-se na cúpula de todo o sistema do Poder Judiciário.

No intuito de identificar o órgão correspondente à corte suprema de determinada época, mais uma vez me utilizo do mesmo método que fiz para com os períodos colonial e o imperial. Por sua vez, este método consiste em análise feita a partir de critérios objetivos somado a algumas atribuições primordiais, algo como relacionado ao desempenho de determinadas funções especiais, ou seja, verificar se a instituição tem no bojo de suas atribuições o mister de interpretar a constituição aliado à tarefa de decidir questões em última instância. Com base nisso, pode-se concluir que aquele determinado órgão continha os requisitos que o elevava à categoria de órgão de cúpula do sistema Judicial da República Velha.

⁸⁴ Também devo destacar que a Constituição dos Estados Unidos é um documento formal assim como o é a Constituição Brasileira de 1891, porém, a primeira é disposta até hoje de forma reduzida, sintética, enquanto que a brasileira têm sua extensão analítica, ou seja, é disposta com bem mais dispositivos constitucionais.

Em síntese, este método nos tem revelado que o Brasil colonial teve primeiramente como seu órgão de cúpula a Casa de Suplicação de Lisboa e depois a Casa de Suplicação do Brasil, e que, no período do Império, nosso Tribunal maior fora o Supremo Tribunal de Justiça, e por todo o período de República velha o Supremo Tribunal Federal.

Algo que ainda calha ressaltar. Constitui fato em que, se observado o histórico de competências destinadas a cada um destes Tribunais, nos respectivos e referidos períodos da história pátria, concluir-se-á que, através de um processo progressivo, o Brasil veio sempre atribuindo poderes às suas cortes em escala ascendente.

Mas, embora as atribuições das cortes tenham crescido ao longo do tempo, entendo que um fato contribuiu como algo a dificultar a celeridade na colheita dos frutos relacionados aos momentos históricos e a todas as mudanças pelas quais passou o Brasil. Refiro-me ao fato de se ter como forma de melhorar o país a necessidade da melhora do órgão de cúpula do judiciário, melhora esta, alcançada quando se ampliava a competência do Tribunal. Mas, apesar das mudanças e da ampliação do poder da corte maior, o intento sempre se esbarrava num obstáculo prejudicial e que passava a comprometê-la. Mudavam as competências, entretanto eram mantidos em sua composição os mesmo componentes da ordem anterior, pois, na transição do Império para a República, ou seja, em relação ao órgão de cúpula, a passagem do Supremo Tribunal de Justiça do Império para o Supremo Tribunal Federal da República remanesceram nada mais que dez Ministros no quadro do “novo” Tribunal. À época, utilizara-se a desculpa de passar o país por problemas financeiros.

Em face disso, não é de se admirar que republicanos radicais movidos por suas convicções não aceitassem o que servira de justificativa para o fato acima mencionado. Assim, não se tenha dúvida de que é inaceitável a partir da mudança da forma e do sistema de governo de um país, principalmente por tratar-se de uma transição de monarquia para república que ainda se mantenha a maioria dos Ministros do Novo Tribunal oriundos do modelo ultrapassado. Isso significa, no mínimo, querer dificultar ao máximo a implementação do novo modelo adotado ou simplesmente se constituir de direito e não de fato a nova situação.

Mas aquela composição do Supremo não figurou assim por muito tempo. Os republicanos que não aceitavam os Ministros vindouros do antigo Supremo Tribunal de Justiça do Império do Brasil conseguiram através de Deodoro da Fonseca, Floriano Peixoto e

Prudente de Moraes a aposentadoria de vários deles. O Supremo Tribunal passou por uma fase de grande reboição, Aliomar Baleeiro é quem destaca resultado dessas pressões, bem como dos primeiros anos do Supremo Tribunal Federal, onde diz terem passado pelos quadros do Tribunal mais de quarenta ministros e terem sido aposentados vinte e cinco, dentre os quais aqueles dez remanescentes do período monárquico.⁸⁵

Esta fase dos primeiros anos representou tempos de grandes dificuldades para a consolidação do Supremo da república. No período de implementação, nos serve de exemplo o fato de nem sede própria possuir a Suprema Corte brasileira. Tomara emprestada, então, a sala da Corte de Apelação do Estado do Rio de Janeiro para que pudesse funcionar.

Mas a despeito das dificuldades e sanados alguns problemas de organização o Supremo Tribunal Federal vivera momentos de mudanças que acarretariam uma composição de Ministros mais gabaritados. Oscar Vilhena Vieira⁸⁶ menciona certa pressão de Rui Barbosa com todo o seu entusiasmo para ver o Tribunal caminhar para um período áureo. Foi exatamente este jurista, o velho Rui, em mais uma contribuição para o desenvolvimento jurídico-civil deste país, que ampliou os direitos defensáveis por meio do remédio legal do *habeas corpus*. Era este composto doutrinariamente como instrumento de defesa dos direitos trazidos na constituição, principalmente ao que concerne à liberdade.

Esta doutrina configurara tempos de auge do republicanismo liberal, tendo o referido remédio sido de grande repercussão na esfera política do país, uma questão cívica, embora tenha tido pouca influência junto às classes mais populares, como as que compunham os campos, pois estas regiões rurais estariam mais curvadas ao coronelismo do que sujeitas ao alcance do liberalismo.

Mas por qual motivo refiro-me ao *habeas corpus* ? A razão consiste em que não se pode negar sua relevância junto ao debate constitucional, pois por seu intermédio uma série de ações chegara ao bojo do Supremo Tribunal Federal e um dos papéis predominantes constituía a defesa das liberdades e a proteção contra arbítrios políticos e ilegalidades.

Empenhada em fazer jus ao fim a que foi criada, a Suprema Corte teve participação em vários decisórios, como em questões relatadas pela história da primeira década após 1891.

⁸⁵ BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense: 1968. p. 22

⁸⁶ Ob. cit., p. 74

Houve conflitos, vez que traçara linha de conduta pela defesa da ordem constitucional e obviamente esteve disposta a travar embates com quem tinha o poder de agir contrário à mesma ordem.

As diversas intervenções de caráter incisivo a que foi submetido o Tribunal nesse período são prova do desconforto que o Supremo provocou em alguns presidentes, Floriano Peixoto e Hermes da Fonseca⁸⁷, em especial. A esse respeito escreve Vilhena Vieira:⁸⁸

Floriano Peixoto não preencheu por um longo período as vagas de juízes que se aposentaram, inibindo, dessa forma, a possibilidade do Supremo de julgar, uma vez que não era alcançado o “quorum” mínimo previsto por lei para o seu funcionamento. Ao fazê-lo, nomeou o médico Barata Ribeiro, que foi Ministro por mais de um ano, até que o Senado anulasse a sua nomeação. Também buscou buscar nomear os generais Galvão de Queiroz e Ewerton Quadros, que não tomaram posse. O Presidente Hermes da Fonseca também deixou de acatar decisões do Supremo, o que gerou protestos por parte dos Ministros Pedro Lessa e Amaro Cavalcanti.

O Tribunal Supremo, depois dos episódios mencionados acima, não travaria conflitos de grande repercussão com o Poder Executivo até o Golpe de 1930.

Historicamente aqueles tempos constituíram época de turbulência. O Presidente Deodoro da Fonseca fora deposto, Floriano assumiu e logo depois enfrentou a rebelião dos Generais, houve revolta na Marinha, a batalha de Canudos e a guerra no sul do país. Sabe-se que em tempos de acontecimentos desta desordem os direitos tendem a ser violados ao extremo. Na maioria das vezes, práticas absurdas se tornam corriqueiras e se materializam através de prisões ilegais, de atos ao arripio da lei ou de perseguições, dentre os fatos.

Em meio a isso tudo, quem constitui a esperança ou o meio de reaver direitos garantidos, sendo a solução para problemas de várias ordens e figurando como depositário da súplica última, a fim de que o jugo da lei possa resolver tudo, se chama exatamente como hoje: **Supremo Tribunal Federal**. Suas ações eram um misto entre fazer valer sua independência, muitas vezes gerando embates com o Executivo, bem como momentos

⁸⁷ Já em 1911, houve um incidente com O Marechal Hermes da Fonseca. Os fatos tiveram origem com a concessão de um “hábeas Corpus” impetrado em favor dos vereadores do então Distrito Federal. Hermes se recusou cumprir decisão do Supremo, manifestando sua inconformação através de comunicação ao Ministro da Justiça, Rivadavia Correia. Em conseqüência, foi remetida ao Congresso uma mensagem na qual O Presidente da República justificava sua recusa, qualificando de exorbitante a referida decisão. Curioso é que a Câmara dos Deputados apoiou a medida. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, reagiu aos acontecimentos por meio do eloqüente protesto dos Ministros Amaro Cavalcanti e Pedro Lessa. *In* E. R. Bonfim, *Ob. cit.*, p. 54.

⁸⁸ *Ob. cit.*, p. 74

caracterizados por submissão dessa forma, atuou o Supremo Tribunal na República do café com leite.

Assim, após a primeira fase do período republicano brasileiro, passe-se à segunda fase, a que comenta justamente a época entre o pós-golpe de 1930 até 1937, parte da chamada era Vargas, pois a outra parte daquela época constitui o Estado Novo e a redemocratização com a constituição de 1946. Observe.

Aliomar Baleeiro,⁸⁹ fazendo alusão ao começo do período de 30 e à repercussão do golpe no Supremo diz:

A revolução de 30, golpeando a chamada República Velha, golpeou também o Supremo Tribunal Federal, que, mais tarde, experimentou o colete de aço do Estrado Novo e voltou a respirar amplamente com a carta de 1946.

O então Presidente do Supremo Tribunal Federal quando do Golpe de 1930, proferiu ao Presidente da República as seguintes palavras: *“melhores votos para o governo de fato, que se instalara”*.

Tal período, do ponto de vista do Supremo Tribunal Federal começou caracterizado por um ato de submissão da Corte, pois o golpe fora reconhecido e, em contra partida, o Governo provisório se instalou como se legítimo fosse. Em sua decorrência e para enfraquecer a Corte Maior, foram suspensas garantias judiciais dos magistrados, e a apreciação dos chamados atos de governo ficou fora da esfera de funções do poder judiciário. Como se não bastasse, o regime ainda aposentou compulsoriamente por volta de sete ministros no período de até um ano depois do golpe.⁹⁰

Mas a Constituição de 1934 trazia em seu bojo um importante papel ao Supremo, exemplo disso foi o dispositivo que lhe atribuiu função em matéria de controle da constitucionalidade, ação a ser intentada pelo Procurador Geral da República por inconstitucionalidade de lei em face da constituição, a ADIN interventiva.⁹¹

Contudo, a partir de 1937, numa questão inversamente proporcional, perderia o Tribunal muito de sua autonomia, pois, quanto mais aumentava o poder de Getúlio Vargas no seu Estado Novo, diminuía o do Supremo. Diante do Regime Fascista, muitos Ministros da

⁸⁹ Ob. cit., p. 19

⁹⁰ Os decretos 19.398 e 19.711, respectivamente, formam os registros do arbítrio do Governo Provisório.

⁹¹ Art. 76, III. CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS: 1934 / Ronaldo Poleti – Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

Corte foram aposentados, dentre eles o Presidente da Casa. A mão de ferro do Governo, a certa altura, não deixou que coubesse ao Supremo nem mesmo organizar os serviços da sua secretaria, uma vez que tudo havia passado ao chamado “Quadro da Justiça” cujo órgão responsável era o Ministério da Justiça e Negócios Interiores.

O poder não desaparecia, apenas migrava do judiciário para o executivo do pós 1937. Assim, quando diante da inconformidade das decisões declaradas inconstitucionais pela Corte, o decreto-lei⁹² era utilizado como arma legislativa poderosíssima nas mãos do Presidente Vargas.

Não é de admirar em referência aos períodos anteriores e principalmente ao período de 1930 a 1937, do golpe ao começo do Estado Novo, que João Mangabeira dissesse sobre a Suprema Corte o seguinte: *“o órgão que, desde 1822 até 1937, mais faltou à República não foi o Congresso, foi o Supremo Tribunal Federal”*⁹³

Há nas palavras do referido autor ao se referir ao comportamento do Supremo Tribunal Federal o reconhecimento de certa omissão em relação às arbitrariedades cometidas pelo Executivo, justamente em momentos que o país mais precisava de sua ação protetora.

Talvez essa atitude da Corte fosse medo das pesadas conseqüências pelas quais poderia passar, contudo o que podemos perceber é que, ainda timidamente, alguns Ministros foram contra a vontade da ditadura do Estado Novo, de maneira que um ou outro era aposentado provavelmente por não aceitar o que havia sido imposto. Ao ousar travar embate com a ordem vigente, era pressionado a se aposentar mais cedo sob pena de arcar com conseqüências piores.

Uma vez findado o Estado Novo, período da ditadura getuliana, novamente a Suprema Corte pôde respirar com os ares da redemocratização, positivados na constituição de 1946. Desse modo, com o retorno do regime democrático só ocorreu uma única interferência na autonomia do Tribunal e desta vez foi feita pelo legislativo, porém, esta mesma interferência foi julgada inconstitucional por unanimidade dos Ministros, em sessão plenária, em junho de 1958. Aparecia, assim, um Supremo com outra cara.

⁹² O dec. Lei nº 2.770, de 11 de novembro de 1940, dava competência ao Chefe do Executivo para nomear o presidente e o vice do Supremo Tribunal Federal e investidura por tempo indeterminado. Tal se dera por ter sido eleito anterior ao decreto em eleições ainda por seus pares, um Ministro o qual o Ditador não queria exercendo a chefia do Poder Judiciário.

⁹³ in A. Baleeiro, *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense: 1968. p. 69

A Constituição de 1946 instituiu a Representação, ou seja, o processo de iniciativa do Procurador Geral da República para arguição de inconstitucionalidade em tese de lei ou ato estadual incompatíveis com princípios fundamentais da organização política dos Estados. O problema era que o Procurador Geral, único legitimado para tal função, podia ser demitido *ad nutum*,⁹⁴ o que lhe comprometia a imprescindível independência.

Historicamente, ao se falar em democracia no Brasil, vale ressaltar que as sucessivas interrupções no processo democrático brasileiro acarretaram um certo retardo, revelando, ainda hoje, dificuldades de se consolidar de vez o sistema democrático hoje vigente através da constituição de 1988. Essa observação se torna pertinente quando estamos prestes a falar um pouco sobre o período que se situa entre o fim dos ares democráticos da constituição de 1946 e o começo da vigência da Constituição de 1988. O fato é que nossa história política tem sofrido sucessivos golpes e isso deveras dificulta o processo de amadurecimento político das instituições e do povo, de modo que estes intervalos marcados por golpes e ditaduras comprometem a obtenção de sucesso rumo ao bem estar da população que depende, acima de tudo, de estabilidade para o efetivo exercício da democracia.

Logo após o período de redemocratização de 1946, quando voltava ao Brasil, recém-passado por um período ditatorial de 1937, novo ar democrático, sofrera outra baixa. Não bastara o exemplo negativo do Estado Novo para que o descontentamento dos militares com a ordem então vigente provocasse em 31 de março de 1964, o rompimento com a democracia vigente, morta com a saída dos tanques de guerra às ruas. Uma vez mais voltava o Brasil junto com seu povo a sobreviver sob a mão de ferro do novo regime de supressão de direitos.

Outra questão que vale destacar é a da federação como forma de descentralização de Estado que também viria a sofrer com o golpe. Consistíamos unidade do todo soberano formada por várias unidades territoriais que gozavam de autonomia, do direito de se auto-organizar, auto-governar e auto-administrar, mas essa autonomia não permaneceria assim, como no Império, regrediríamos ao centralismo.

⁹⁴ Art.126. CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS: 1946 – Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

Oswaldo Trigueiro do Vale⁹⁵ a respeito da chamada Revolução de 1964 e o modelo político adotado diz o seguinte:

A Revolução de março de 1964, como todo ato de força, se bastou a si mesma. Não quis, entretanto, aparentar um perfil antiliberal, implantando uma solução política “sui generis”: emoldurou um modelo político que não tem paralelo no direito comparado. Ao editar o AI n.º1, de conotação discricionária, admitiu a intocabilidade dos princípios da Federação e da República, e ainda, o funcionamento dos poderes desarmados, sob égide concomitante da Carta Magna de 1946.

Em relação à impossibilidade de convivência bifurcante do modelo adotado, a consequência fora uma tendência rumo à centralização política. Em comentário, o mesmo autor afirma:

Posteriormente, a Revolução mostrou uma nítida tendência para minimizar a importância do Estado Federal, admitindo maiores poderes à União.

Minava-se assim, cada vez mais, a autonomia do estado-membro. Interferia-se abertamente em seu funcionamento político, administrativo e tributário, para combater ora a corrupção, ora a subversão, conceitos de operacionalização especiosa, ou, quando não, para transferir fontes de receita dos estados para União, numa clara demonstração do gigantismo do poder central, com um colorido de República Unitária.

Mas o motivo que justifica haver falado sobre questões como a da centralização da Federação consiste no fato de que, em torno desta, se situaram grandes embates entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo Militar.

A harmonia entre os Poderes ficou no mínimo, abalada, pois o cerne dos embates consistia na fidelidade a que se mantinha o Poder Judiciário ao que sobrara do texto da Constituição de 1946 e de outras leis espaciais. Já o Governo Militar insistia não serem aquelas a ordem legal vigente. Essa discussão constituiu um dos motivos para os sucessivos Atos Institucionais baixados como ordem normativa pela ditadura, era a forma de os Militares vencerem a batalha jurídica para dar ar de legalidade as seus atos junto ao Supremo Tribunal Federal e ao restante do Poder Judiciário.

A ditadura, como não havia de ser diferente, também atingiu o Supremo Tribunal Federal no âmago da instituição. Visava-se a garantir a superioridade do Executivo e o

⁹⁵ VALE, Oswaldo Trigueiro do. *O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político-institucional*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976. p.p. 2-3

objetivo consistia em desestabilizar o Supremo. Conseguir maioria na corte era fundamental e para tal o Governo Ditatorial conseguiu elevar o número de Ministros de onze para dezesseis,⁹⁶ consolidando, assim, ampla maioria. Contudo, não bastando mudança brusca na composição do Supremo Tribunal, os militares suspenderam ainda as garantias essenciais da instituição, ato que deixou comprometida a independência do Tribunal.

Suspensas a inamovibilidade, a vitaliciedade e a estabilidade não se pode acreditar na imparcialidade de decisões que são tomadas por julgadores, verdade é que a falta dessas compromete-lhe a independência.

Domesticado pela ditadura o Supremo Tribunal viu-se diante da emenda constitucional n.º16/65 que lhe atribuíra o controle de constitucionalidade por via de ação direta. Curioso o fato de este instrumento de defesa dos direitos dos indivíduos ter sido criado exatamente no Governo Militar, o motivo oficial para a reforma era diminuir a sobrecarga do Supremo, pois, a partir da ADI, uma decisão da Suprema Corte poderia, através da aplicabilidade *erga omnes*, evitar a formação de inúmeros conflitos jurídicos dentro de uma mesma questão, o que de fato poderia ocorrer, mas também fazia parte do conteúdo de tal emenda uma série de outras providências que visavam a limitar a autonomia dos juízes e tribunais inferiores, permitindo, por exemplo, a possibilidade de remoção ou de disposição dos magistrados por ato do Supremo Tribunal. O Fato é prova da ausência das garantias já referidas.

Quanto à parte boa da Emenda, justamente quando poderia ser tratada a ADI como meio defesa dos direitos individuais suplantados pelo arbítrio, esta acabava esbarrando no problema da dificuldade de se intentá-la.

OscarVilhena Vieira⁹⁷ sobre esta questão afirma que:

O problema surge na forma pela qual se configurou a legitimidade ativa, ou seja, a capacidade de provocar a jurisdição do Supremo. Atribuindo com exclusividade ao Procurador Geral da República, demissível “ad nutum” pelo Presidente, tornou-se um instrumento de pouco valor no controle dos atos inconstitucionais produzidos pelo Executivo ou de interesse deste. O Supremo Tribunal Federal só chegaria a apreciar uma questão de inconstitucionalidade, por via de ação direta, se esse alto funcionário, de confiança do Presidente, assim quisesse.

⁹⁶ O AI. n.º 2, de 27 de outubro de 1965, foi o que interferiu diretamente na composição dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

⁹⁷ Ob. cit., p.79

De forma que um método de controle concentrado que deveria ter sido criado como meio eficaz de combate à inconstitucionalidade, constituído em sentido técnico-jurídico e atribuindo um rol amplo de legitimados para intentá-lo, tornara-se, nas mãos dos militares um instrumento político.

A história brasileira confirma esse entendimento quando muitas vezes nos revela um espírito conciliatório e de bom senso no trato referente ao Marechal Castelo, diferentemente o faz em relação à linha mais dura dos Militares ao ressaltar tensão gerada pela desconfiança em relação aos Ministros indicados pelos Presidentes anteriores. Em especial eram antipáticos ao regime os Ministros Victor Leal e o então Presidente da Corte Ministro Ribeiro Costa que refutavam qualquer tipo de intervenção na Corte.

As Constituições de 1967 e 1969⁹⁸ incorporaram em seus textos as mudanças provenientes da emenda n.º 16 de 1965, e ainda mantiveram os poderes da Suprema Corte, estes, por sinal, não foram suficientes ao Tribunal para lhe evitar que fosse vítima de certos arbítrios do Governo Militar Ditatorial. Estou me referindo ao fato de mais três Ministros terem sido aposentados compulsoriamente em 1969⁹⁹ principalmente por se posicionarem contrários aos abusos da ditadura. Em destaque, o Ato Institucional n.º 5 que suspendeu novamente as garantias dos Magistrados e o fato que se constituiu na exclusão da esfera de competência do Judiciário, inclusive do Supremo Tribunal Federal, as ações praticadas com fundamento nos Atos Institucionais. Estes fatos atentatórios à constituição acabaram por descontentar Ministros do Supremo Tribunal Federal e, em decorrência da resistência de alguns, frente à linha dura do Regime, ocorreu a aposentadoria prematura dos Ministros Evandro Lins e Silva, Hermes Lima e Victor Nunes Leal.

Era o modo de o regime garantir a não interferência do Supremo nas medidas de exceção como prisões ilegais, torturas e tudo aquilo praticado e justificado pela ditadura como medidas necessárias a serem tomadas em nome da segurança nacional.

⁹⁸ Chamar a Emenda constitucional n.º 1 de 1969 de Constituição é uma questão de interpretação com base na essência de seu texto, ou seja, diante das profundas alterações que se deram na constituição vigente até então, podemos atribuir à emenda de 69 uma característica de nova constituição do país. Todavia, e apesar desta forte corrente de interpretação há quem não reconheça a dita emenda como nova constituição e ainda que tenha mudado substancialmente toda a ordem vigente permanecerá uma emenda. Contudo, independentemente de reconhecê-la ou não como tal, sua ordem normativa se estabeleceu e isso é o que importa.

⁹⁹ As garantias dos magistrados seriam também suspensas pelo descontentamento dos Militares quanto à concessão de *habeas corpus* aos estudantes da UNE presos em um congresso realizado em Ibiúna, estado de São Paulo, 1968. Fato curioso é que o atual Ministro da Casa Civil, José Dirceu, se encontrava no local na qualidade de um dos líderes do movimento estudantil contra a ditadura, o então estudante também fora beneficiário da decisão.

Após conseguir a retirada de Ministros que se punham contrários ao regime, possíveis embates foram superados e o Supremo se submeteu ao Regime de exceção não mais oferecendo resistência à vontade dos Militares. Também não houve por parte dos setores componentes do Governo Militar maiores insurreições, o que contribuiu para a lentidão junto ao processo de transição rumo à reconstrução do Estado democrático de Direito. O Supremo só em 1977, já sob o domínio e confiança dos militares teve alguns de seus Ministros como convidados a colaborar com a reforma do Poder Judiciário ocorrida naquele mesmo ano.

Sobre a referida reforma e a transição, vale citar o que nos diz Oscar Vilhena Vieira¹⁰⁰:

Através dessa reforma foi entregue ao Supremo, por intermédio da emenda constitucional n. 7, a competência para julgar “as causas processadas perante quaisquer juízos ou tribunais, cuja avocação deferir, a pedido do Procurador geral da república, quando decorrer imediato perigo e lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido” (art. 119, o, CF 67/69). Foi estabelecida, com a participação decisiva do Procurador Geral da República, a possibilidade do Supremo avocar para si todos aqueles casos que poderiam suscitar qualquer descontrolo na condução do processo de transição. Ainda como fruto desta reforma surgiu o Conselho Superior da Magistratura, como órgão de caráter disciplinar, com a finalidade de controlar a atividade dos juízes: entre onze membros deste conselho, sete eram membros do Supremo.

Assim, o STF do Brasil, sob o controle do Governo Militar, colaborou para a transição lenta nos termos em que a vontade do Planalto desejou. A submissão do Supremo frustrou através de suas decisões a expectativa de diversas pessoas que se socorreram do processo junto àquela Corte, de forma que adiavam a esperança de direitos serem conferidos e principalmente o sonho em ver a democracia restabelecida de forma mais rápida.

Exemplo dessa afirmativa pode ser visto na questão referente à vontade por parte dos cidadãos em voltarem a votar através de eleições diretas para a presidência da República. O texto normativo que constava na proposta de emenda à constituição (PEC) n° 5 do dia 2 de março de 1983 era a chamada Emenda Dante de Oliveira. Mas o fato é que, para impedir manifestações como uma prévia ao grito de *diretas já*, em favor da referida emenda, fora decretada medida de emergência no Distrito Federal, o que dera ensejo à impetração de

¹⁰⁰ Ob. cit., p.81.

Mandado de Segurança junto ao Supremo Tribunal Federal e que mais tarde viria a decidir pelo não conhecimento da matéria.¹⁰¹

De fato uma Corte altamente submissa procura apegar-se aos formalismos extremos¹⁰² do legal e da interpretação para se omitirem em prestar a verdadeira tutela jurisdicional que é se esperar quando se é vítima da violação de direitos. Dessa forma o Supremo Tribunal Federal colaborou para que a sucessão do General Figueiredo, então Presidente da República, fosse mais uma vez decidida em processo de votação limitado ao Colégio Eleitoral. Afinal, era a vontade da linha dura dos Militares¹⁰³.

Em 1985 Tancredo Neves fora eleito quebrando o jejum de vinte e um anos, em que um civil não ocupava a Presidência da República, o último havia sido João Gular, diante disso, precisava-se romper formalmente com a ordem então vigente e consolidar a transição através da feitura de uma nova constituição, e em virtude dessa necessidade. No mesmo ano fora feita a convocação da Assembléia Nacional Constituinte.

O Supremo Tribunal Federal na Constituição de 1988

O (STF) – Supremo Tribunal Federal está disposto no Título IV (Da Organização dos Poderes), Capítulo III (Do Poder Judiciário), Seção II (Do Supremo Tribunal Federal), É o artigo 92 da Constituição de 1988 que traz os órgãos que compõem o Poder Judiciário dentre eles o STF.¹⁰⁴ O mesmo artigo ainda trata nos parágrafos 1º e 2º da sede e da jurisdição.

¹⁰¹ Mais detalhadamente o fato se dera quando um editor do jornal **O Estado** de São Paulo, economista e empresário Geraldo Forbes, representado por seu advogado Celso Bastos e no intuito de impugnar os efeitos do ato tomado pelo Presidente da República, impetrou o referido M.S., contudo, o Supremo não conheceu do remédio constitucional e mais, fundamentou sua decisão na esdrúxula desculpa de que os impetrantes erraram ao atribuir na peça o Presidente como autoridade coatora quando o General Nilton Cruz, Comandante do Planalto, era o responsável pela execução das medidas.

¹⁰² A competência para se adotar medidas de emergência segundo artigo 81, XVI, CF 1967/69, era privativa do Presidente da República, portanto não havia possibilidades jurídicas legais das medidas serem de responsabilidade atribuída a outrem que não o Presidente da República.

¹⁰³ A título de curiosidade o candidato oficial dos Militares era Paulo Maluf, que perdera a eleição para o Mineiro Tancredo Neves, este tinha seu vice vindo do partido dos Militares, a chapa constituiu uma aliança que também agradaria o Governo Militar, afinal, Tancredo lhe era simpático e Sarney pertencera ao seu partido antes de formar a aliança com Tancredo.

¹⁰⁴ **CF/Art. 92** - São órgãos do Poder Judiciário: **I** - o Supremo Tribunal Federal; I-A. O Conselho Nacional de Justiça; II - o Superior Tribunal de Justiça; III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho; V - os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI - os Tribunais e Juízes Militares; VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

§ 1º O Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal.¹⁰⁴

O que diz respeito à composição da Suprema Corte quanto aos requisitos para pleitear uma vaga no cargo de Ministro, ou seja, a escolha e a forma de nomeação estão estampadas pelo artigo 101.¹⁰⁵

Já o artigo 102¹⁰⁶ versa sobre a competência do Supremo Tribunal Federal e lhe entrega como missão primordial a guarda da Constituição, podendo processar e julgar, originariamente, as ações dispostas no inciso I, julgar em grau de recurso ordinário as causas indicadas no inciso II e ainda, julgar em grau de recurso extraordinário **as causas decididas em única e última instância.**

Ainda a respeito da nomeação dos Ministros do STF, como citado, esta é feita pelo Presidente da República, após aprovação, em votação secreta, exigindo-se maioria absoluta do Senado da República e após a sabatina. Importante o *quorum* de maioria absoluta (Constitui um número de 41 dos 81 senadores), pois, há uma maior legitimidade em relação ao número de aprovação por maioria simples¹⁰⁷.

Apesar de todos os embates travados no âmbito da Assembléia Constituinte para mudar o método tradicional de escolha dos Ministros nas constituições republicanas, este fora mais uma vez escolhido para figurar no texto constitucional de 1988 e apesar disso, o tema continua sendo alvo de inúmeras discussões.

A composição em número de 11 ministros oriunda da modificação introduzida pela emenda n° 16 de 1969, foi mantida pela atual Constituição. São escolhidos cidadãos brasileiros natos, com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

A Constituição em seus artigos 96 e 99 atribuiu ao STF, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça dos Estados a iniciativa de leis sobre as suas composições, alteração da organização judiciária, criação e supressão de cargos, fixação de vencimentos de seus membros e dos membros dos Tribunais Inferiores, assim como dos seus demais serviços.

§ 2º O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional.

¹⁰⁵ **CF/Art. 101** - O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Parágrafo único - Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

¹⁰⁶ O presente artigo será mencionado na íntegra pelas páginas seguintes.

¹⁰⁷ A sabatina é uma argüição Pública feita por comissão de Senadores, em suma necessária para comprovar o notório saber jurídico de quem estar a pleitear o Cargo de Ministro do STF. Algo pró-forme para cumprir a exigência da Constituição, uma vez que nunca na história da atual constituição um nome indicado fora rejeitado.

Parte da autonomia administrativa que também fora assegurada ao Judiciário constitui a eleição dos órgãos de direção, a possibilidade de editar regimento interno no intuito de delimitar a competência e o funcionamento dos órgãos jurisdicionais e administrativos.¹⁰⁸ Já a autonomia financeira vem no sentido de os Tribunais terem o poder de elaborar seus orçamentos, como assim está disposto no artigo 99 da CF¹⁰⁹, devendo ainda estarem assegurados os recursos destinados ao Poder Judiciário até o vigésimo dia do mês.

Enfim, todas essas garantias e atribuições do Judiciário constituem a forma encontrada pelo constituinte para que este poder, tão fundamental à democracia, tenha os meios de realizar sua função de maneira mais independente e imparcial possível. E mais, há de se ressaltar que o cidadão, dentre as três esferas de divisão do Poder do Estado, legislativa, executiva e judiciária, só em relação a esta última que não participa da escolha de seus membros através de processo eletivo direto. Desse fato, nasce uma questão importante, diante da questão de podermos confiar ou não em pessoas que serão investidas no Poder Jurisdicional sem que antes tenham passado pelo voto direto dos cidadãos.

¹⁰⁸ **CF/Art. 96** - Compete privativamente: I - aos tribunais: *a)* eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos; *b)* organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva; *c)* prover, na forma prevista nesta Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição; *d)* propor a criação de novas varas judiciárias; *e)* prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecendo o disposto no art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei; *f)* conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados; II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169: *a)* a alteração do número de membros dos tribunais inferiores; *b)* a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver; *c)* a criação ou extinção dos tribunais inferiores; *d)* a alteração da organização e da divisão judiciárias; III - aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

¹⁰⁹ **CF/Art. 99** - Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira. § 1º - Os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias. § 2º - O encaminhamento da proposta, ouvidos os outros tribunais interessados, compete: I - no âmbito da União, aos Presidentes do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, com a aprovação dos respectivos tribunais; II - no âmbito dos Estados e no do Distrito Federal e Territórios, aos Presidentes dos Tribunais de Justiça, com a aprovação dos respectivos tribunais. § 3º Se os órgãos referidos no § 2º não encaminharem as respectivas propostas orçamentárias dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do § 1º deste artigo. § 4º Se as propostas orçamentárias de que trata este artigo forem encaminhadas em desacordo com os limites estipulados na forma do § 1º, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual. § 5º Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais.

José de Albuquerque Rocha,¹¹⁰ na obra *Estudos Sobre o Poder Judiciário* fala sobre essas duas prerrogativas essenciais à função jurisdicional exercida, em regra, pelos membros deste Poder cujo STF encontra-se na cúpula.

Do ponto de vista teórico pode-se definir a independência como sendo a capacidade de decidir livre de toda influência interna ou externa. Significa a negação de sujeição a qualquer poder.

A finalidade última da independência é de vincular o juiz exclusivamente à lei. O juiz é independente interna e externamente para ser dependente só da lei, ou seja, para que possa julgar com base somente na lei. A independência é, pois, um instrumento de realização do princípio da legalidade.

Do ponto de vista político-sociológico, a independência tem por finalidade legitimar o judiciário, dando-lhe, assim, autoridade para impor suas decisões.

(...) a imparcialidade, constituindo na posição de terceiro que o magistrado deve observar em relação às partes de um dado processo e aos interesses de que são portadoras, é, efetivamente, uma nota indispensável à configuração do papel do juiz e, por consequência da jurisdição.

Independência e imparcialidade, embora conceitos conexos, eis que servem ao mesmo valor de objetividade do julgamento, no entanto têm significações diferentes. Enquanto a imparcialidade é um modelo de conduta relacionado ao momento processual, significando que o juiz deve manter uma postura de terceiro em relação às partes e seus interesses, devendo ser apreciada em cada processo, pois, só então é possível conhecer a identidade do juiz e das partes e suas relações, a independência é uma nota configuradora do estatuto dos membros do Poder Judiciário, referente ao exercício da jurisdição em geral, significando ausência de subordinação a outros órgãos.

Essas prerrogativas são de grande relevância para a lisura de uma decisão proferida no âmbito do Poder Judiciário ou em qualquer órgão de julgamento. Verdade é que jamais podemos confiar em um julgador que, de antemão, não tenha a menor possibilidade de decidir o feito sem as referidas garantias mínimas mencionadas.

Quando o juiz também se depara com algum tipo de interesse que possa comprometer a decisão, ele tem o dever de julgar-se suspeito, ou até mesmo impedido, ou seja, todas as vezes em que o julgador não puder participar do processo como terceiro desinteressado no mérito da causa, a decisão, sem sombra de dúvidas, estará comprometida. Refiro-me obviamente às decisões em caráter concreto.

¹¹⁰ ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos Sobre O Poder Judiciário* – SãoPaulo – SP: Malheiros – 1995. pp 28 – 30.

Todavia, as alegações para a recusa em julgar processo em caso de suspeição e impedimento, previstos nos códigos de processo penal e civil, aplicam-se também aos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Porém, com um particular, nos últimos dez anos o STF não vem admitindo a alegação de suspeição ou impedimento no processo do controle abstrato de normas, o que é lógico.

Vale ressaltar que é costume do STF, quando de suas decisões, que as opiniões divergentes da maioria, ou seja, o voto vencido, seja mencionado expressamente na parte dispositiva da decisão e seja publicado como parte integrante do acórdão. O STF tem também um significado importantíssimo dentro da nova ordem constitucional por figurar na cúpula do Poder Judiciário, mas principalmente por ser o responsável em interpretá-la.

É mais precisamente no artigo 102¹¹¹ da Constituição Federal que se delimita a competência do STF, na função de guardião da ordem constitucional, legitimando-o a exercer esse papel importantíssimo.

¹¹¹ **CF/Art. 102** - Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: *a*) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; *b*) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; *c*) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente¹¹¹; *d*) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; *e*) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território; *f*) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta; *g*) a extradição solicitada por Estado estrangeiro; *h*) (*Revogado pela Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/04*)¹¹¹ I) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância¹¹¹; *j*) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados; *l*) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; *m*) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais; *n*) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados; *o*) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal; *p*) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade; *q*) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal; *r*) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público;¹¹¹ II - julgar, em recurso ordinário: *a*) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; *b*) o crime político; III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: *a*)

A Constituição de 1988 ampliou ainda as hipóteses de controle material da constitucionalidade de Emendas à Constituição, basicamente se encontram estas no artigo 60, § 4º onde se dispõem limitações ao poder de reforma, principalmente no que diz respeito aos direitos inerentes ao exercício da democracia representativa e aos direitos e garantias individuais, e mais, limitações segundo a interpretação do artigo 5º, parágrafo 2º, que incluem os chamados direitos *supra-legais* e, apesar de não estarem diretamente expressos no texto constitucional são compatíveis com o regime e com os princípios por ele adotados, cabendo ao Supremo Tribunal, em especial, resguardá-los.

A posição do Supremo Tribunal Federal, apesar de não ser uma Corte constitucional no exato padrão da Corte criada na Alemanha, ou seja, o modelo da Europa continental também funciona como órgão máximo da Constituição cumulado com funções próprias da judicatura. Na Alemanha, o Tribunal Constitucional foi criado especificamente para o controle da constitucionalidade.¹¹²

O Supremo Tribunal Brasileiro é o órgão de cúpula do Judiciário que tem o mister de decidir as questões em última instância e o Tribunal Guardiã da Constituição, fazendo também as vezes de Tribunal Constitucional.

contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. § 1º - A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. § 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. § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

¹¹² ROCHA... Ob. cit. pp.87-88, O modelo da *Europa continental*, seguindo a tradição de Kelsen, caracteriza-se por concentrar em um só órgão especial, o chamado *tribunal constitucional*, colocado fora e acima do Judiciário, a função de velar pela constitucionalidade das leis e subsequente respeito do texto constitucional. - A fisionomia técnico-jurídica do sistema europeu-continental caracteriza-se pelo fato de que, nos casos de inconstitucionalidades suscitada pelos órgãos judiciários, a decisão do tribunal constitucional é remetida ao órgão do judiciário que suscitou a questão de inconstitucionalidade para ser aplicada ao caso concreto. - Cabe assinalar, porém, que o procedimento ante o tribunal constitucional não se esgota com a questão incidental suscitada pelos órgãos judiciários. Há também a impugnação direta da norma supostamente inconstitucional, a ser exercitada por certos sujeitos especialmente legitimados a tal fim. - Finalmente, outro traço saliente do sistema europeu-continental está no fato de que a declaração de inconstitucionalidade do tribunal constitucional produz sempre efeito “*erga omnes*”, seja na suscitação incidental, seja na ação direta, já que, segundo a concepção kelseniana, o tribunal constitucional é um *legislador negativo*.

CONCLUSÃO

Em síntese, a sociedade tem de estabelecer o regimento principal, as diretrizes fundamentais sobre as quais deseja viver, com a desejada organização do Estado para viabilizar a realização de seu fim. A constituição é o instrumento jurídico elaborado para estruturar o Estado, atribuindo poderes às instituições deste Estado e assegurando ao povo a proteção contra a tendência natural para o exagero de quem é detentor do poder, com isto há previsão de direitos e garantias fundamentais como limites.

Este poder constituinte manifesta-se pela outorga que, constitui a imposição de uma constituição feita por declaração unilateral do agente revolucionário, e ele é quem estabelece os limites ao seu próprio poder, ou seja, tem a capacidade de impor a sua vontade e fazê-la aceita por todos, como se esta vontade também a de todos o fosse. Porém, modernamente, só se legitima uma constituição quando a forma de manifestação do poder que a constitui é a Assembléia Nacional Constituinte ou a convenção, oriunda da representação popular, eleita pelo voto direto, secreto e universal, para de forma democrática estabelecer o texto constitucional que teoricamente traduz a vontade soberana da nação: uma convenção cuja assembleia fora eleita para o fiel cumprimento da vontade popular e para a missão de elaborar a Constituição.

Da teoria democrática constata-se que Rousseau no Contrato Social não só legitima a vontade do Estado se confundindo com a vontade geral, como também delimita o objeto de toda atividade e justificação da existência do Estado, como sendo o bem comum. Nesta direção consiste também a visão de Joseph Sièyes, pois, traz a afirmação de que a nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo, sua vontade é invariavelmente legal. Isto posto, conclui-se que o poder constituinte originário legítimo tem como seu único titular o povo.

A questão principal da legitimidade está ligada à efetiva participação popular, sempre que possível, diretamente, na construção das normas de conduta para os sujeitos da sociedade, principalmente quando se trata da Constituição, pois não basta atribuir ao povo a sua titularidade se esta consiste, na realidade, em um papel secundário de receptor da norma no processo constitucional. De forma a dar ensejo a citações como a que o povo pode ser

reconhecido como o titular do Poder constituinte mas não é jamais quem o exerce. É ele um titular passivo, ao qual se imputa uma vontade constituinte sempre manifesta por uma elite.

Portanto, não há dúvida, atualmente, de que a vontade do poder constituinte deve ser proveniente de instrumentos democráticos, ou seja, com a maior participação popular possível, em algo que proporcione a legitimidade expressada pela maioria da vontade real popular no processo de elaboração da constituição, bem como o de sua reforma e, que o processo de positivação das normas do Estado também seja um processo com ampla e efetiva participação dos cidadãos, não só através dos representantes eleitos, mas, através de efetiva manifestação da sociedade com maior participação direta dos votantes na elaboração dos princípios e regras que os regerão, e para isso as constituições devem prever instrumentos de participação direta no processo de decisão da formação e mudança da norma.

Do poder constituinte originário deriva o poder constituinte derivado e suas classificações em poder constituinte decorrente e reformador e, no Brasil, ainda houve o poder constituinte revisor.

Tais classificações do poder constituinte advêm do fato de as constituições preverem em seus textos a possibilidade de mudança dentro de determinadas regras e limites, caracterizando a manifestação de um poder constituinte reformador, poder que diferentemente de seu instituidor conhece limitações no exercício de suas funções, limites esses que podem ser explícitos ou implícitos além de ser um poder passível do controle da constitucionalidade, todavia, não implica dizer que a derivação do poder só existe no sentido de obter a reforma de determinada parte que já se quedou caduca junto à evolução da sociedade e conseqüentemente necessite de reforma, pois, a descentralização do Estado e principalmente sua formação constituída em federação implicam a possibilidade de repartição do poder, ou seja, para que os entes federados tenham a possibilidade de autodeterminação necessária se faz a concessão de poder que possibilita a elaboração de constituições locais, assim, esta também constitui uma forma de poder constituinte derivado, conhecida como poder constituinte derivado decorrente.

Na Constituição do Brasil de 1988 existe dispositivo (artigo 3º do ato das disposições constitucionais transitórias) que previu a realização da revisão constitucional após cinco anos contados de sua promulgação, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral. Com isso, atribuiu uma possibilidade de se mudar a

constituição por um rito diferente e menos rígido do que aquele que previu no artigo 60, assim, a limitação imposta ao poder constituinte derivado revisor diz respeito ao rito ou forma para se mudar a constituição, não vedando temporariamente a possibilidade de mudança da constituição pelo rito ordinário do artigo 60.

Aos poderes derivados há limitações impostas pelo poder constituinte originário, desta forma, o objetivo dessas tais limitações é a proteção da essência do texto constitucional elaborado pelo primeiro dentre os poderes. De maneira que, o constituinte originário cria institutos de base na própria estrutura da constituição, os quais não podem ser alterados, sob pena de se modificar o que se convencionou ser essencial a ela, ferindo automaticamente sua própria determinação, seu sistema de segurança, o que lhe garante continuar existindo.

Conclui-se a partir do direito brasileiro, confirmando a previsão de limites aos poderes delegados que há duas espécies de limitações, as expressas (artigo 60 da CF/1988) e as implícitas ou tácitas. Contudo, as primeiras (expressas) subdividem-se em três subespécies sendo sua ordem: formal, material e por derradeiro circunstancial. Já as limitações implícitas consistem na impossibilidade de Supressão das expressas ou alteração do titular do poder constituinte derivado reformador. Entretanto, ainda, no que concerne a teoria das limitações constitucionais, há também as chamadas limitações temporais que impedem que a constituição seja reformada por um determinado período de tempo.

A partir da idéia moderna de constituição constata-se que esta se põe como norma superior às outras e, no ordenamento jurídico do qual faz parte se posiciona na estrutura piramidal erigida com base em princípios como da supremacia e da rigidez constitucional, em seu topo. De forma que, há uma diferenciação entre normas constitucionais e demais normas, principalmente por se atribuir um rito específico e deveras mais dificultoso que o rito ordinário para a feitura da norma, além de ainda, atualmente, se determinar nas constituições o que não pode ser suprimido de seu texto (cláusulas pétreas). Portanto, conclui-se que, da rigidez constitucional resulta a superioridade da lei constitucional, obra do poder constituinte, sobre a lei ordinária, simples ato do poder constituído, por um poder inferior, de competência limitada pela constituição mesma.

O controle de constitucionalidade vem como instrumento para combater a inconstitucionalidade que nada mais é que um desrespeito ao texto da constituição, uma

desobediência às suas regras. Entretanto, a possibilidade de se exercer o controle de constitucionalidade não é só em relação ao que é produzido infraconstitucionalmente.

Portanto não se reduz o objeto do controle de constitucionalidade em se analisar apenas a compatibilidade do texto constitucional com a produção normativa infraconstitucional, pois, por serem frutos do poder constituinte derivado, limitado e condicional, e com a possibilidade de integrarem a própria letra da constituição, as emendas constitucionais, principalmente, são também apreciadas quanto à sua constitucionalidade.

De forma que é imprescindível este instrumento de preservação da vontade soberana do povo manifesta na assembléia nacional constituinte, para que aquilo que foi estabelecido como fundamental continue a ser.

Em face dessa necessidade de controle, as constituições atribuem competência a órgão(s) que deve(m) ser o(s) guardião(ões) da constituição, assim, conclui-se do debate juspublicista ocorrido entre os anos de 1918 e 1933 travado entre Hans Kelsen e Carl Schmitt se caracteriza primordialmente pela introdução do político na análise da ordem normativa do Estado como forma de combater o normativismo positivista de Kelsen. A tentativa de Schmitt fora de desqualificar o pensamento dominante, ou seja, o de ser papel do judiciário o controle da constituição, mas apesar disso, o direito constitucional ocidental geral têm demonstrado o contrário do intento de Schmitt, pois predominantemente nos modelos constitucionais pertence ao judiciário essa função essencial.

Conclui-se que, no Brasil, predominantemente, adota-se o modelo de controle jurisdicional de constitucionalidade caracterizado por sistema misto e amplo, com características próprias do sistema difuso inspirado no modelo norte-americano da Suprema Corte, bem como, do sistema concentrado inspirado notadamente nas Cortes Constitucionais européias, a partir do modelo austríaco desenvolvido por Hans Kelsen na década de 20, do século passado.

Contudo, houve o antecedente brasileiro na criação do controle de constitucionalidade, este está relacionado à representação do Brasil junto às Cortes de Lisboa em 1821, pois, consta nas instruções levadas a Portugal pelos representantes brasileiros a proposta de criação de um órgão que exerceria o controle da constitucionalidade na função principal de coibir a invasão por parte de um poder na esfera de competência do outro. O fato antecede em um

século, aproximadamente, a apresentação de um órgão especializado de controle da constitucionalidade com alguma semelhança ao que fora apresentado na Europa.

Conclui-se a partir do controle de constitucionalidade e conseqüentemente da função de interprete da constituição que, o Poder Judiciário vem muitas vezes se distanciando em suas interpretações do que a vontade popular expressa, assim, sobre a atividade judicial dos Tribunais Constitucionais que se desenvolveu no cenário mundial constitucional ocidental, para, pois, a suspeita de servir à expansão do poder autocrático, sem que formas equivalentes de controle tenham sido desenvolvidas.

Esta constatação parte de parâmetros estipulados pelo princípio da soberania popular que ocupa posição central nas reflexões de Ingeborg Maus e por isso não haveria como analisar a existência do que se conhece como controle jurisdicional da constitucionalidade das leis sem submeter tal idéia à parâmetros de uma perspectiva radicalmente democrática, uma vez que a soberania popular representa exatamente o povo como senhor de seus destinos.

Está havendo um crescimento do poder Judiciário, desde as duas grandes guerras mundiais e, não se trata do tal fenômeno de simples ampliação objetiva das funções do judiciário, mas do aumento do poder de interpretação e, em especial, uma consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador.

Em melhores palavras, diz a autora que o Judiciário na Alemanha, principalmente na figura da Corte Constitucional, desde o período liberal, aumenta progressivamente suas funções, num movimento em que procura substituir funcionalmente a figura de “pai” que a Monarquia até então ali desempenhara. Essa figura do “pai” representa, no caso, o papel do *superego coletivo* de uma *sociedade órfã*, carente de tutela.

Com a queda da Monarquia e com a figura modelo do Monarca como exemplo a ser seguido, de parâmetro da sociedade, ficou uma lacuna na sociedade sobre quem poderia ser o paladino da moral, que até certo momento, fora papel, na Alemanha, da figura do monarca.

Surge, então, a Corte Constitucional para preencher essa lacuna, sobrepondo-se ao parlamento já que os poderes de interpretação das normas da forma que é utilizado pelas cortes constitucionais ou de quem faça suas vezes, como o Supremo Tribunal no Brasil, contribuem para que o campo de debate sobre os destinos da sociedade seja mais importante quando aconteça nos Tribunais do que no próprio parlamento.

A concentração de tamanho poder nas mãos do Judiciário ou de órgão encarregado da interpretação constitucional é muito perigosa. Muitas vezes ao se comparar tais atribuições de Poder de intérprete constitucional com outras formas de poder, há situações em que se pode encontrar exemplo semelhante aos poderes do absolutismo monárquico, a pesquisa do trabalho comprova que no Brasil desde o Império já havia a intenção de fortificar o controlador e intérprete mor da constituição.

Há no relato de Oscar Vilhena Vieira a intenção de Pedro II para com o órgão de cúpula do Judiciário do fim do século XIX, que consistia em dotar a Suprema Corte pátria de poderes mais amplos, a esta o Imperador passaria as funções pertencentes ao maior poder da época, o Poder Moderador, por entender que nestes termos a Constituição ficaria melhor.

O Professor Martônio Mon't Alverne Barreto Lima afirma que *no caso brasileiro, parte importante do pensamento conservador ressalta o papel da justiça para a superação dos obstáculos à modernização institucional do país e ao se dilatar o poder dos juízes, que, geralmente não são eleitos, a idéia de uma jurisdição constitucional se reveste de um aspecto conservador. Assim, o Judiciário passa a determinar o que uma constituição é, tutela as liberdades individuais e detém o monopólio da moral, da ordem política de um Estado. Demais, a divergência deste modelo com a perspectiva de soberania popular reforça o caráter conservador quando se constata que, por meio da jurisdição constitucional, o próprio Estado – através de um de seus poderes, o Judiciário – passa a estabelecer o que lhe é permitido. Isso compromete o aspecto democrático de uma constituição, cuja finalidade é exatamente a de limitar o poder do Estado.*

Assim, o ideal, a meu modo de ver, deve acontecer com base em uma interpretação da Constituição por parte do órgão legitimado no sentido de realmente proteger a própria constituição, porém, sem assenhorar-se ao exercer tal poder, ou seja, ao invés de reforçar tendências autoritárias de inclinação natural para o abuso do poder, deve-se ao contrário, se inibir ações no sentido de prejudicar a autonomia dos indivíduos da sociedade, cumprindo a constituição popular e não manipulando a vontade do povo com base no poder de interpretá-la segundo valores pessoais equiparados aos absolutistas.

Aliado a tal pensamento, gostaria de ressaltar mais uma vez as palavras do Professor Gilberto Bercovici, quando fala que o problema da constitucionalidade, ou melhor, a questão de qual órgão do Estado é mais competente e legítimo para julgar as inconstitucionalidades,

atesta de maneira irretocável, dizendo que, o problema não reside na questão do melhor encarregado de tal função, e sim quanto neste mister o órgão competente passa a querer ser o Herr (senhor) da Constituição e não mais seu Hüter (protetor).

Isto posto, ou seja, consolidado a compreensão dos poderes constituintes e das normas que emanam de suas realizações, o grau de hierarquia e estabilidade que essas normas oriundas desses poderes constituintes representam, bem como, os termos e limites em que podem ocorrer mudanças no texto constitucional, conclui-se que, em havendo desrespeito ao processo legislativo constitucional é através do controle de constitucionalidade como instrumento de defesa da violação constitucional que se pode defendê-la, onde, em regra, o poder monárquico absoluto de julgar ofensa à constituição, bem como, interpretá-la, pertence ao Supremo Tribunal Federal, *Herr* da constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva*, 11^a ed. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2000.

AGOSTINHO, Santo. *Coleção Os Pensadores*. São Paulo: Nova Cultural Editora, 1996.

AQUINO, Tomás de. *Coleção Os Pensadores*. São Paulo: Nova Cultural Editora, 1996.

AURÉLIO, *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Século. XXI. São Paulo: Nova Fronteira, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Dicionário de Direito Constitucional*. São Paulo: Forense

BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense: 1978.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria da Constituição. Revista de informação Legislativa, ano 15, n° 58, abr/jun.1978.

BERCOVICI, Gilberto. *Carl Schmitt, O Estado Total e o Guardião da Constituição*. In Ver. Brasileira de Direito Constitucional (Jan-Jun), Vol I. Ed. Método. São Paulo 2003.

BOBBIO, Norberto. NICOLA Matteucci. *Dicionário de política*. Ed. Universidade de Brasília. 1988. Vol. II.

BOMFIM, Edson Rocha. *Supremo Tribunal Federal (Perfil Histórico)*: Rio de Janeiro: Forense, 1979.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11^a edição, São Paulo – SP: Malheiros Editores, 2001.

BROSSARD, Paulo *O senado e as leis inconstitucionais*, Revista de Informação Legislativa n° 50/55.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3^a ed. Coimbra (POR): Almedina, 1999.

CHICO Alencar, Lúcia Carpi, Marcus Venicio Ribeiro. *História da Sociedade Brasileira*. 14^a edição, Rio de Janeiro Ed. Ao Livro Técnico, 1996.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 20^a ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

DOTTI, René Ariel. *Casos Criminais Célebres* – 2ª ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais – 1999

_____. *O Poder constituinte*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FRANCO, Afonso Arinos de Mello. *O Pensamento Constitucional Brasileiro*, Brasília: Câmara dos Deputados, 1978.

HAMILTON, James Madison, John Jay Alexander. *O Federalista*. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LIMA, Martônio Mont´Alverne Barreto. *A Guarda da Constituição em Hans Kelsen*. In Ver. Brasileira de Direito Constitucional (Jan-Jun), Vol I. Ed. Método. São Paulo 2003.

_____. *Justiça Constitucional e Democracia: Perspectivas Para o Papel do Poder Judiciário*. In Revista da Procuradoria-Geral da República.-

LIMA, Oliveira. *O Movimento das Independência 1821-1822*. 6ª edição

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Poder constituinte Reformador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal*. Revista de Processo. Publicação oficial do IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual. Ano 25 nº 97, jan- mar/2000.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário Como Superego da Sociedade*. “O Papel da Atividade Jurisprudencial na Sociedade Órfã ” Trad. Do Alemão: Martônio Lima e Paulo Albuquerque.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Direito constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o Povo? (A Questão Fundamental da Democracia)*, 2ª, ed., São Paulo: Max Limonad, 2000

PEREIRA DA SILVA, João Manoel. *História da Fundação do Império Brasileiro*, 1ª edição, Tomo II. Rio de Janeiro: Garnier.

PINTO FERREIRA, Luis. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*, 6ª ed., revista - ampliada e atualizada, São Paulo: Editora Saraiva, 1983.

REIS, Daniel Aarão, *O Supremo Tribunal do Brasil (Notas e Recordações)*, Rio de Janeiro – GB: Mabri Livraria Editora Ltda, 1968.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos Sobre O Poder Judiciário* – São Paulo – SP: Malheiros – 1995.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du Contrat Social*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural Editora, 1997.

SALDANHA, Nelson. O Poder constituinte. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

SAMPAIO, Nelson de Souza Sampaio. Hierarquia Entre Normas Constitucionais. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado federal, ano 22, nº 85.

SCHMMITTI, Carl. *Teoria de la Constitución*. Alianza Editorial, S.A., Madrid: 2003.

SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 15ª edição revisada, São Paulo – SP: Malheiros Editores, 1998.

_____, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 18ª edição revisada e ampliada, São Paulo – SP: Malheiros Editores, 2000.

SIÉYES, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa. (Qui est-ce que le tiers Etat?)* organização e introdução de Aurélio Wander Bastos, tradução Norma Azevedo, Rio de Janeiro, Editora Líber Juris, 2001.

SCHWARTZ, B., *O Federalismo Norte Americano Atual*. Rio de Janeiro -RJ: Forense Universitária Ltda, 1984.

TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional, 14ª edição revista e ampliada, Malheiros Editores, São Paulo – SP, 1998.

TORRES, Alberto. A Organização Nacional. 1ª parte, A Constituição. Coleção Temas Brasileiros, Vol. 39. Editora universidade de Brasília.

VALE, Oswaldo Trigueiro do. *O Supremo Tribunal no Império e na República*, In Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal: Conferências e Estudos, Universidade de

Brasília 11 a 14 de setembro de 1978. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982. (Coleção Temas Brasileiros, 25).

_____. *O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político-institucional*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal (Jurisprudência Política)*: São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

TEXTOS LEGAIS

CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS: 1824 / Octaciano Nogueira – Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS: 1891 / Aliomar Baleeiro – Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS: 1934 / Ronaldo Poleti – Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS: 1937 / Walter Costa Porto – Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS: 1946 / Aliomar Baleeiro e Barbosa Lima Sobrinho – Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS: 1967 / Themístocles Brandão Cavalcante, Luiz Navarro de Brito e Aliomar Baleeiro – Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS: 1969 / Vol. VIa – Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS: 1988 / Caio Tácito – Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

PESQUISA À REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES – *Internet*

Sítio do Supremo Tribunal Federal: <http://www.stf.gov.br/>

Sítio do Senado Federal: <http://www.senado.gov.br/>

Sítio da Presidência da República: <http://www.Planalto.gov.br/>

<http://pt.wikipedia.org/wiki/Soberania>

ANEXOS

ANEXO I

DO PROCESSO LEGISLATIVO - SUBSEÇÃO I - DISPOSIÇÃO GERAL - Art. 59 - O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções. Parágrafo único - Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

SUBSEÇÃO II - DA EMENDA À CONSTITUIÇÃO - Art. 60 - A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 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. § 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

ANEXO II

Disposição Administrativa e Funcional do STF.

1. **Gabinete da Presidência:** Secretário Geral da Presidência, Assessoria Especial, Assessoria de Cerimonial, Assessoria de Articulação Parlamentar, Assessoria de Imprensa, Comitê de assuntos judiciários da Presidência, Informativo, Secretaria de Controle Interno, Coordenadoria de Acompanhamento, Avaliação e Orientação.
2. **Gabinete dos Ministros:** Assessores, Chefe de Gabinete, Oficial de Gabinete.
3. **Secretaria do Tribunal:** Diretor Geral, Chefe de Gabinete do Diretor Geral, Assessoria Jurídica, Assessoria de Planejamento e Organização, Comissão Permanente Disciplinar.
4. **Secretaria de Processamento Judiciário:** Coordenadoria de Registros e Informações Processuais, Coordenadoria de Autuação de Processos, Coordenadoria de Classificação e Distribuição de Processos, Coordenadoria de Processos Originários e Coordenadoria de Recursos.
5. **Secretaria de Apoio aos Julgamentos:** Coordenadoria de Sessão do Plenário, Coordenadoria de Sessões da Primeira Turma, Coordenadoria de Sessões da Segunda Turma, Coordenadoria de Taquigrafia e Estenografia, Coordenadoria de Acórdãos e Baixa de Processos.
6. **Secretaria de Documentação:** Coordenadoria de Biblioteca, Coordenadoria de Análise de Jurisprudência, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, Coordenadoria de Arquivo.
7. **Secretaria de administração e Finanças:** Comissão Permanente de Licitação, Coordenadoria de Orçamento e Finanças, Coordenadoria de Material e Patrimônio, Coordenadoria de Segurança e Transportes, Coordenadoria de Manutenção e Serviços Gerais.

8. **Secretaria de recursos Humanos:** Coordenadoria de Cadastro e Legislação de Pessoal, Coordenadoria de Pagamento de Pessoal, Coordenadoria de Desenvolvimento de Recursos Humanos.
9. **Secretaria de Serviços Integrados de Saúde:** Coordenadoria de Assistência Médica e Odontológica.
10. **Secretaria de Informática:** Coordenadoria de Tecnologia e de Rede, Coordenadoria de Desenvolvimento de sistemas, Coordenadoria de Atendimento.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)