

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

**PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS
DIREITOS E CIDADANIA**

DANIELA CARVALHO ALMEIDA DA COSTA

MARIA DOS REMÉDIOS FONTES SILVA

NARCISO LEANDRO XAVIER BAEZ

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P963

Processo de constitucionalização dos direitos da cidadania [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Daniela Carvalho Almeida Da Costa, Maria Dos Remédios Fontes Silva, Narciso Leandro Xavier Baez – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-063-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Constitucionalização.
3. Cidadania. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS
PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS E
CIDADANIA

Apresentação

Caríssimos(as),

É com imensa honra e satisfação que apresentamos a obra Processo de Constitucionalização dos Direitos e Cidadania, fruto das apresentações do Grupo de Trabalho (GT) que conduzimos no dia 05 de junho do corrente ano, na Universidade Federal de Sergipe (UFS).

Este GT foi pensado e proposto pela afinidade temática com uma das linhas de pesquisa do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFS, cuja área de concentração é justamente Constitucionalização do Direito, o que nos acrescenta uma satisfação pessoal. O Programa, ainda muito jovem, cujo início se deu em 2010, vivenciou um grande amadurecimento ao sediar o XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, o que se refletiu na adesão maciça de seu corpo docente e discente, não só unindo esforços para ciceronearmos esse Encontro do CONPEDI, mas também na submissão de inúmeros artigos científicos.

A obra que apresentamos tem uma importância peculiar para o Programa de Pós-Graduação em Direito da UFS, contando com uma das professoras do Programa dentre seus coordenadores, bem como com 6 artigos de alunos do Programa que, em conjunto com os demais 18 artigos, todos selecionados com o devido rigor científico, compõem os 24 artigos da presente obra sobre Constitucionalização e Cidadania. Os textos se destacam pela relevante discussão temática em torno das dimensões materiais e eficazes dos direitos fundamentais, especialmente pelo debate sobre os mecanismos de efetividade desses direitos, não só no âmbito jurídico, mas também no âmbito social, político e econômico.

Os Direitos Humanos, na célebre concepção de Hannah Arendt, são um dado e não um construído, o que nos remete ao dinamismo necessário a sua internacionalização/universalização e, sobremaneira, num país com uma democracia inconclusa como o nosso, a necessidade da construção e aperfeiçoamento dos instrumentos jurídicos para sua internalização. A Constitucionalização dos Direitos é força motriz para a efetivação desse processo paulatino de internalização dos Direitos Humanos.

É inegável o avanço que a Constituição de 88 representou nesse processo e o quanto nossas instituições públicas vêm se fortalecendo no jogo de forças da vivência democrática.

Entretanto, uma efetiva constitucionalização promove cidadania e dignidade, enraizadas nos valores sociais do trabalho, a começar pela democratização do acesso à justiça e à livre informação, não por outra razão fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito. Para tanto, é essencial uma efetiva hermenêutica constitucional, em que toda a interpretação e aplicação do direito se dê conforme o paradigma constitucional.

Os coordenadores do GT Processo de Constitucionalização dos Direitos e Cidadania agradecem aos autores dos trabalhos, pela valiosa contribuição científica de cada um, permitindo assim a elaboração da presente obra, que certamente será uma leitura interessante e útil para todos que integram a nossa comunidade acadêmica: professores/pesquisadores, discentes da graduação e pós-graduação e os próprios cidadãos interessados na tutela de seus direitos.

Desta feita, acreditamos que a presente obra muito acrescentará às reflexões tão necessárias dentro dos estudos do direito, acerca do Processo de Constitucionalização e Cidadania, com vistas à construção de um mundo mais igualitário.

Desejamos uma leitura construtiva a todos!

Aracaju, inverno de 2015.

Prof.^a Dr.^a Daniela Carvalho Almeida da Costa¹

Prof.^a Dr.^a Maria dos Remédios Fontes Silva²

Prof. Dr. Narciso Leandro Xavier Baez³

¹Advogada; Mestre e Doutora em Direito Penal e Criminologia pela USP; Especialista em Direito Penal pela Universidade de Salamanca; Ex-Coordenadora Regional em Sergipe do IBCCRIM; Coordenadora do Grupo de Pesquisa Estudos sobre violência e criminalidade na contemporaneidade da UFS; Professora Adjunta do Dept.^o de Direito da UFS; Professora do Programa de Pós-graduação Mestrado em Direito da UFS; Professora do Curso de Direito da Fanese; Professora da Escola Superior da Magistratura de Sergipe.

²Mestre e Doutora pela Université Catholique de Lyon - França, Pós-doutorado pela Université Lumière Lyon II - França. Coordenadora do Grupo de Pesquisa "Direito Estado e

Sociedade". Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Professora Titular do Departamento de Direito Público da UFRN, Professora da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte - ESMARN.

³Coordenador Acadêmico-Científico do Centro de Excelência em Direito e do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Catarina; Pós-Doutor em Mecanismos de Efetividade dos Direitos Fundamentais pela Universidade Federal de Santa Catarina; Doutor em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá, com estágio bolsa PDEE/Capes, no Center for Civil and Human Rights, da University of Notre Dame, Indiana, Estados Unidos; Mestre em Direito Público; Especialista em Processo Civil; Juiz Federal da Justiça Federal de Santa Catarina desde 1996.

A IMPORTÂNCIA DO SISTEMA DIFUSO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO PODER JUDICIÁRIO PARA ASSEGURAR A DEMOCRACIA

LA IMPORTANCIA DEL SISTEMA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN DIFFUSE PODER JUDICIAL PARA ASEGURAR LA DEMOCRACIA

Irna Clea De Souza Peixoto

Resumo

O presente artigo traz como objeto de pesquisa o controle de constitucionalidade brasileiro, destacando aspectos do controle difuso/incidental e do controle concentrado, sendo que um é exercido por qualquer juiz ou Tribunal do sistema jurisdicional brasileiro e o segundo pode ser exercido apenas pelo Supremo Tribunal Federal quando se tratar de violação à CF ou pelo Tribunal de Justiça estadual quando se tratar de violação à constituição estadual. Os dois sistemas vêm se aprimorando e se aproximando ao longo do tempo, sendo que alterações legislativas ocorridas nas últimas décadas introduziram elementos do processo objetivo no controle concreto, aproximando este do modelo abstrato. Dentro deste contexto, apresenta-se como questão de pesquisa: qual modelo brasileiro de controle de constitucionalidade proporciona maior contribuição para a Democracia no Estado Democrático de Direito? Como principal hipótese de pesquisa tem-se que o controle difuso, com sua nova interpretação expansiva, que alcança além das partes litigantes, é o modelo mais adequado para o aprimoramento da Democracia e garantia dos direitos fundamentais constitucionais. Como objetivo geral busca-se abordar os dois métodos de controle de constitucionalidade no Brasil e destacar àquele que mais contribui com a Democracia brasileira. O estudo tem como base metodológica a pesquisa bibliográfica exploratória, com análise qualitativa.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade; controle difuso; democracia.

Abstract/Resumen/Résumé

This article presents as a research subject the Brazilian judicial review, highlighting aspects of diffuse / incidental control and concentrated control, and one is exercised by any judge or court of the Brazilian judicial system and the second may be exercised by the Supreme Court in the case of violation of the CF or by the state Court of Justice in the case of violation of the state constitution. The two systems have been improving and approaching over time, and legislative changes in recent decades have introduced elements of objective process in concrete control, approaching this abstract model. In this context, it is presented as a research question: what Brazilian model of judicial review provides greater contribution to Democracy in a democratic state? As the main research hypothesis is that the diffuse control, with its expansive new interpretation, that reach beyond the disputing parties, is the most appropriate model for the improvement of democracy and constitutional guarantee of

fundamental rights. As a general objective we seek to address both constitutional control methods in Brazil and highlight one who contributes most to Brazilian Democracy. The study is the methodological basis bibliographical research, with qualitative analysis.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial review; diffuse control; democracy.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho traz uma abordagem sobre o controle de constitucionalidade no Estado Democrático de Direito: o caso do Brasil. Sendo que a Constituição Federal de 1988 instituiu o sistema misto de controle de constitucionalidade, o difuso ou concreto e o concentrado ou abstrato, o estudo busca demonstrar como são exercidos estes dois métodos de controle e qual deles é mais importante para o aprimoramento da Democracia brasileira.

A pesquisa traz uma breve reflexão sobre o fundamento da validade da Constituição estatal objetivada, expondo as duas concepções, como afirma Heller (1969, p.325), onde Kelsen e sua escola, com sua teoria do normativismo ‘puro’, defendem que é a norma fundamental que representa a ‘origem lógica’ da Constituição, que como hipótese jurídica estabelece a ‘autoridade constituinte’. Portanto, para este autor, a Constituição recebe sua validade juridicamente e não logicamente e sua validade nasce da vontade da autoridade constituinte. Já para Schmitt, que se contrapõe a Kelsen, a Constituição positiva é carente de validade, pois não representa algo normativo, mas somente possui validade em razão da vontade política.

A reflexão em torno de “quem deveria ser o guardião da constituição”, conforme as teorias de Kelsen e Schmitt, é essencial para o entendimento do tema Controle de Constitucionalidade, pois para o primeiro quem deve guardar a Constituição é um tribunal constitucional (nos moldes do modelo concentrado) e para Carl Schmitt quem deve guardar a Constituição é a Presidente da República, pois foi ele eleito pelo ‘povo’, o que lhe dá poderes para tal (BERCOVICI, 2003, p.195). Para Schmitt (2007, p.19) “o conceito de Estado pressupõe o conceito de político”.

Kelsen criticava a tentativa de Schmitt de atribuir a guarda da Constituição, em uma república democrática, ao Chefe de Estado, sob a denominação de poder neutro, por entender que essa concepção acabaria por transformar o Presidente do Reich em senhor soberano do Estado (BERCOVICI, 2003, p.195).

Tão instigante quanto complexa, no âmbito do Direito Constitucional, é a questão da legitimidade democrática do sistema de controle de constitucionalidade das leis, chamado de jurisdição constitucional. Reflete-se, nessa questão, a validade das decisões dos magistrados em declarar inválidas as leis editadas pelos representantes do povo, sem ferir o princípio democrático. Por outro lado, reflete-se também sobre a validade do Parlamento ser o guardião da constituição e realizar o controle de constitucionalidade, conforme defendia Schmitt.

Fora as divergências do modelo de controle europeu, os EUA desenvolveram um modelo particular, alicerçado no modelo difuso de controle, o qual serviu de influência para o modelo brasileiro nas primeiras constituições.

Ao refletir sobre os modelos de controle constitucional, tem-se como questão de pesquisa: qual modelo brasileiro de controle de constitucionalidade proporciona maior contribuição para a Democracia no Estado Democrático de Direito?

2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A CONSTITUIÇÃO

Para que se possa chegar à resposta da questão de pesquisa, importante se faz uma abordagem breve sobre a formação do Estado Democrático de Direito e a constitucionalização dos direitos. Inicialmente conceitua-se o termo Estado, que para Reale (2003, p.76),

É a organização da Nação em uma unidade de poder, a fim de que a aplicação das sanções se verifique segundo uma proporção objetiva e transpessoal. Para tal fim o Estado detém o monopólio da coação no que se refere à distribuição da justiça”.

Reale tem como base a teoria de Max Weber sobre a definição de Estado, sendo que este defendia a concepção de Estado racional como contraposição a outras formas de dominação por ele denominadas não-rationais (como o absolutismo da monarquia). Para Weber, a ideia de Estado se apresenta como aparelho burocrático capaz de impor o cumprimento do Direito, ou seja, o Estado é uma estrutura que, utilizando-se do monopólio da força (coerção), domina a sociedade presente em um determinado território (WEBER, 1999, p.529).

Para Dallari (2012, p.122), o Estado é “a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”.

Não adentrando em muito na história, o Estado Absolutista (poder absoluto nas mãos de um monarca) não tinha esse ideal de bem comum e o poder era concentrado no instituto da Monarquia. Com a queda do absolutismo surge o Estado Liberal, também chamado de Estado Moderno, antecessor imediato do Estado Contemporâneo.

O Absolutismo, segundo Dallari (2010, p.46), em sua obra ‘a Constituição na vida dos povos’, era a forma de poder público que predominou na Europa durante alguns séculos (séculos XVI e XVII):

Em suas linhas fundamentais, o Absolutismo tem origem em vários fatores, entre os quais a ambição de poder e riquezas, como também a necessidade de autodefesa de um senhor de terras ou de um grupo social, bem como a intenção ou o pretexto de dar proteção às populações pobres e indefesas, vítimas das lutas pelo domínio de terras e pelo poder político, envolvendo lideranças leigas e religiosas, que marcaram a história do povo europeu durante vários séculos. Com a consolidação do poder dos senhores feudais, cada um afirmando-se soberano nos seus domínios, o Absolutismo já aparece bem definido no século XIII e vai durar até o século XVIII, apresentando algumas variantes determinadas por circunstâncias locais e de tempo, mas com características básicas que sempre estão presentes.

Na luta contra o regime absolutista é que surge o Estado Liberal (o poder pertencia a Nação), influenciado pela Revolução Francesa e pelo processo de independência dos Estados Unidos, cujos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade foram fortemente influenciados pelos pensamentos Iluministas (DALLARI, 2010).

No Estado Moderno ou Liberal, conforme Dallari (2012, p.69), deve-se observar que o conceito inicial de soberania ligada à pessoa do governante, na Revolução Francesa, é substituído pela noção de soberania popular, ou seja, a titularidade desta pertencia à Nação. Não mais é o monarca absoluto quem detém o poder. Este conceito fica atrelado ainda à concepção de soberania nacional, concebendo-se “a nação como sendo o próprio povo numa ordem”.

Importante lembrar, segundo Sieyes (1988, p.69), que a Nação é um “corpo de associados que vivem sob uma lei comum e representados pela mesma legislatura”. A Nação, portanto, é um povo que vive sob a mesma legislatura. É chamado pelo autor de Nação completa ou terceiro Estado.

O mesmo autor relembra que o Estado Moderno nasceu absolutista e durante alguns séculos todos os defeitos e virtudes do monarca absoluto foram confundidos com as qualidades do Estado (DALLARI, 2012).

Essa substituição, no Estado Moderno, do governante único, o Monarca, pela soberania popular e a criação do ideal de que a Nação é o próprio povo, serviu de bandeira para que o absolutismo sofresse uma queda e para a ascensão das monarquias constitucionais (cujo poder está no Parlamento) e dos regimes republicanos.

A monarquia constitucional, segundo Bastos (2013, p.2), surgiu na França em razão da necessidade de limitar o poder do Monarca, restringindo o poder absoluto do Monarca, onde a Constituição tinha força normativa reduzida, mas o Poder Legislativo era profundamente prestigiado. Surge a supremacia do Parlamento, com Códigos e leis administrativas.

Diante da concepção ideológica capitalista, o Estado Moderno é também denominado de Estado Liberal, ou ainda Estado Democrático, em função do uso do voto na escolha dos governantes, método antes baseado na divindade da realeza no monopólio do poder.

Bonavides (2003, p.5) explica essa transição ao descrever que a Europa, do final do século XVIII, substituiu o poder político absoluto da antiga nobreza, e passa a viver sob a luz da burguesia industrial e comercial, fruto da Revolução Francesa. Este fato marca a queda do sistema despótico, caracterizado pela concentração das funções do Estado e pelo poder monocrático, e inaugura o regime marcado pela organização do poder contido em bases jurídicas. Esta nova fase inaugurada pelo Estado Moderno é marcada, sobretudo, pela maior participação de parcela do povo, sob a luz dos ideais liberais e democráticos de John Locke, Rousseau e Thomas Hobbes, dentre outros.

Locke (2010, p.17), defendia que o Estado deve propiciar a proteção a três direitos naturais básicos: a vida, a liberdade e a propriedade. Para Locke, em nome destes direitos, qualquer povo pode até mesmo destituir o poder do Estado. Ou seja, o poder do Estado não é ilimitado, assim como nunca foi ilimitado o poder do Monarca, que mesmo diante do princípio *legibus solutus* (estava acima da lei), estaria sempre subordinado a ideia de que deveria ser justo e equitativo. Dessa forma, tanto o Monarca quanto o Estado estavam, segundo Locke, subordinados aos direitos naturais. Com estes ideais do jusnaturalismo os direitos do homem se sobrepunham ao Estado, sendo que este deveria defendê-los como sua própria razão de ser.

Nos séculos XVII e XVIII, sob a luz do Estado Liberal, segundo explica Branco (2002, p.3), as teorias contratualistas se expandiram dentro da corrente jusnaturalista, acentuando a ideia de que os soberanos deveriam exercer suas atribuições de forma submissa ao direito natural. Isto representa dizer que os direitos do indivíduo, ou direitos humanos, deveriam ter prioridade sobre o Estado.

Segundo Bastos (2011, p.174), os direitos humanos conhecidos hoje representaram uma das bases da Revolução Liberal, cuja finalidade inicial foi de sustentar um conjunto de pretensões de uma nova classe social, que, em razão do seu poder econômico buscava acessar também o poder político, dominado na Europa pela nobreza e pela igreja (o clero). Os direitos humanos serviram assim de critérios morais para destacar pessoas dentro dessa nova classe social, identificando valores reconhecidos pela sociedade.

Ainda segundo Bastos (2011, p.174), para alcançar o poder político, essa nova classe burguesa em ascensão necessitava de um regime jurídico que lhe permitisse alcançar o poder político, assim como “a conquista de uma ordem jurídica laica, e, sobretudo, a conquista de

um espaço livre da atuação do Estado, tradicionalmente apontado como o maior e mais implacável agente lesionador dos Direitos dos Homens”.

Nesse sentido, o Direito Natural, ou jusnaturalismo deu suporte às revoluções da época que visavam acabar com o absolutismo e inaugurar um Estado Liberal, chamado de moderno, cuja burguesia pretendia ascender ao poder político.

As revoluções mencionadas, com influência iluminista, contratualista e jusnaturalista foram a Declaração do Bom Povo da Virgínia, que precedeu a independência americana, no ano de 1776, a Declaração da Independência estadunidense também no ano de 1776 e a Declaração Francesa, de 1789.

Segundo Bastos (2011, p.176), a Declaração da independência norte-americana representa um dos marcos simbólicos que inaugura a modernidade e tem como fundamentos que: “todos os homens foram criados iguais, foram dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis”, dentre os quais “a vida, a liberdade e a busca da felicidade”.

Já Declaração do Bom Povo da Virgínia proclamava que:

Artigo 1º Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, pôr nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança.

Já a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, fruto da Revolução Francesa, de 1789, estabelece que o fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do Homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

Estes não foram, contudo, os primeiros documentos a tratar dos direitos fundamentais do homem, segundo Sarlet (1998, p.44),

Esses documentos, embora pontos de virada da história, não são os pioneiros na referência a direitos dos indivíduos. Na Inglaterra, em 1215, os bispos e barões ingleses obtêm do Rei João Sem Terra a Magna Carta, pacto que assegura alguns privilégios feudais aos nobres, não chegando, entretanto, a alcançar o conjunto da população. Outras declarações de direitos conhecidas, como a *Petition of Rights*, de 1628, o Hábeas Corpus de 1679 e o Bill of Rights de 1689. Nesses documentos, são assegurados direitos aos cidadãos ingleses, como a proibição de prisão arbitrária, o hábeas corpus e o direito de petição. Tais documentos, porém, se é verdade que limitavam o poder monárquico, não tinham o condão de vincular o próprio parlamento. Esses direitos eram, assim, fundamentalizados, embora não constitucionalizados.

Assim, após alguns esboços de proteção aos direitos fundamentais desde 1215, é no século XVII (Lei para as liberdades do povo de Maryland, de 1639 e o Corpo de Liberdades de Massachussets, de 1641) (BASTOS, 2009, p.140-141) e XVIII (com as Declarações já citadas) que estas garantias são formalizadas, fundamentalizadas e constitucionalizadas. Por isto, a literatura denomina este período como o início do desenvolvimento dos direitos fundamentais do homem e o surgimento das constituições.

Hunt (2005, p.270), lembra que:

A lei natural e os direitos naturais têm uma longa história no Ocidente, que remota a origens gregas e romanas, e continua a se desenvolver ao longo da Idade Média, até os séculos XVI e XVII. Juntos, a lei natural e os direitos naturais alimentaram o desenvolvimento dos direitos humanos; embora os direitos humanos também tenham representado o surgimento de uma nova orientação. Três elementos são essenciais para os direitos humanos: a igualdade, a universalidade, e a naturalidade dos direitos. A *Declaração de Direitos da Inglaterra*, de 1689, por exemplo, se referia aos antigos direitos e liberdades estabelecidos pela lei inglesa como sendo derivados da história inglesa. Ela não declara a igualdade, a universalidade ou a naturalidade do direito. Em contraposição, a *Declaração de Independência dos Estados Unidos*, de 1776, insistiu que todos os homens são criados iguais e que todos possuem direitos inalienáveis. Da mesma forma, a *Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadãos*, de 1789, proclamou, em seu primeiro artigo, que os homens nascem e permanecem livres e iguais no direito. Não apenas os franceses, mas todos os homens. Em outras palavras, em um determinado momento, anterior a 1776, os direitos que eram mais comumente vistos como direitos de um povo em particular dos homens livres da Inglaterra, por exemplo foram transformados em direitos naturais e universais, os *droits de l'homme*, em francês, ou os direitos do homem.

Portanto, os direitos vistos anteriormente como pertencentes a um povo, passam, com as Declarações da Independência Norte-Americana e Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadãos, a pertencer aos Homens em geral, tornando-se direitos naturais e universais.

Bastos (2011, p.177), afirma que os direitos do homem inseridas na declaração francesa conduziu estes direitos ao cenário mundial e “em tal ato de proclamação o homem não apenas reconhece as também afirma sua natureza como livre-arbítrio”.

Para Dallari (2003, p.215), é inquestionável a influência da Revolução Francesa na vida constitucional (em todo o mundo, incluindo o Ocidente e o Oriente), representando uma evolução considerável na história da asseveração dos valores fundamentais do homem.

Na percepção de Bobbio (1992, p.44),

A afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade (...) no início da idade moderna.

Quando os cidadãos deixaram de ser súditos e os soberanos passaram a serem representados pelo Estado moderno, os direitos do homem ganharam importância e o Estado passou a ter o dever do bem comum. Houve uma inversão entre as posições do Estado e dos indivíduos, reconhecendo-se que os cidadãos têm direitos e depois deveres em relação ao Estado. Os direitos, contudo, têm prioridade.

Contudo, há de se destacar, segundo Comparato (1999, p.95), que os colonos norte-americanos sempre tiveram o ideal de liberdade, um dos pilares da Revolução Francesa. Colonizando uma nova terra e a proximidade com o Estado da Natureza trouxe aos colonos valores pautados na liberdade e na construção de uma pátria independente. Ao contrário da França, que buscava criar essa cultura da liberdade, desconhecida para aquela nação.

Bastos (2011, p.178-180), lembra ainda as diversas críticas ao surgimento dos Direitos do Homem, como por exemplo, a crítica de Edmund Burke, membro do Parlamento britânico, que em ensaio sobre o tema criticou os valores da Revolução Francesa, não admitindo ser o povo inglês moldado pelos direitos daquela declaração. Outra crítica que deve ser destacada é a de Jeremy Bentham que afirmava serem os direitos do homem contrassensos e da Igreja Católica, quando o Papa Pio VI declarou que os direitos do homem constantes na Declaração francesa eram contrários à religião e à sociedade. Também Karl Marx criticou a Declaração francesa ao entender que os Homens que tinham direitos eram os pertencentes a burguesia, classe que passou a substituir a monarquia.

Além das críticas, tem-se em as condicionantes para acessar esses direitos do Homem. Segundo Bastos (2011, p.180), para ter direitos a estes direitos, considerava-se, na época, o patrimônio do Homem, sua cor, seu sexo e cidadania. Ou seja, a natureza humana, digna dos direitos, era rica, branca e masculina.

Contudo, não adentrando-se mais profundamente às críticas aos direitos do Homem, constantes das declarações supracitadas, cabe destacar que os direitos fundamentais constitucionalizados resultaram da inversão da relação Estado x cidadão, quando, estes últimos, ganharam mais importância que nas monarquias (nas quais os soberanos eram os monarcas e não os súditos). Esta é uma característica dos Estados modernos, construídos sobre os princípios do bem-comum e o cuidado com as necessidades dos cidadãos.

2.1 O Estado Democrático de Direito

Na ordem do tempo, o Estado Liberal evoluiu, entre os séculos XIX e XX, para o Estado Democrático de Direito. Segundo Bobbio (2000, p.328-329), a partir da teoria de

Rousseau, o Estado Democrático de Direito é composto pela democracia formal e substancial (ou material como denominam alguns). A democracia formal tem como base o sufrágio universal, onde todos os eleitores têm o mesmo peso no processo eleitoral, existe eleições nas esferas inferiores de poder, eleições para executivo e parlamento e impossibilidade das maiorias eleitas limitarem os direitos das minorias, ou seja, o governo é do povo. Já na democracia substancial, não é suficiente que o governo seja representativo, como pressupõem os requisitos formais, mas deve, acima de tudo, respeitar os limites legais impostos pela legislação, além de que tem como dever promover os direitos dos cidadãos. É um governo para o povo e tende a realizar a justiça social.

Assim sendo, a preocupação da democracia formal encontra-se nos *meios*, enquanto que a da democracia substancial encontra-se nos *fins*. A primeira se preocupa com a forma de alcançar a democracia e a segunda com os valores sob os quais essa democracia se apoia.

Esses valores sob os quais se apoiam a democracia substancial, contudo, são questionados por alguns autores. Douzinas (2009, p.17), trata dos Direitos Humanos (que conduzem a justiça social e ao Estado social), como reforço do pai protetor e reforço a supremacia do judiciário. O autor lembrar que na mesma época em que eram exaltados os direitos humanos, o mundo testemunhou muitas violações a estes, assim como massacres, genocídios, Holocausto e ‘limpezas’ étnicas. Tanto o poder público como o privado se apropriaram do discurso dos direitos do Homem, e assim destroem seu poder a sua finalidade.

Conforme o mesmo autor, uma teoria dos Direitos Humanos que deposita toda confiança em governos, instituições internacionais, juízes e outros centros de poder público ou privado, até mesmo os valores mais rudimentais da sociedade, frustra a finalidade originário do próprio Estado de Direito: defender as pessoas dessas instituições e poderes (DOUZINAS, 2009, p.20).

Douzinas (2009, p.156) não nega que a institucionalização dos direitos humanos seja útil, mas ele alerta para o fato de que a sua reprodução em códigos, tratados e convenções é uma forma dos governos, seus maiores violadores, apaziguarem sua consciência coletiva de maneira pública.

Rosa (2002, p.27), contudo, acredita que o Estado Democrático de Direito somente se efetiva com o alcance da democracia material ou substancial:

[...] a legitimação do *Estado Democrático de Direito* deve suplantar a mera democracia formal, para alcançar a *democracia material*, na qual os *Direitos Fundamentais* devem ser respeitados, efetivados e garantidos, sob pena de deslegitimação paulatina das instituições estatais.

Conforme este autor, a democracia, no Estado Democrático de Direito, deve superar a democracia formal, buscando alcançar a democracia substancial ou material, na qual os direitos fundamentais são os elementos mais importantes e pelos quais o Estado existe. A democracia substancial equivale ao Estado de Direito, que deve respeitar os direitos acima de tudo e desenvolver métodos para promovê-los. Ainda conforme Rosa (2002, p.27), “de um lado, o Estado não pode tomar decisões que ultrapassem os limites a ele impostos; de outro, ele não pode deixar de tomar decisões que ele é obrigado a tomar”.

Para José Luiz Bolsan de Moraes citado por Streck (2009, p.35), “*no Estado Democrático de Direito a lei passa a ser, privilegiadamente, um instrumento de ação concreta do Estado, tendo como método assecuratório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica*” (grifo no original).

Como se pode observar, conforme os autores citados, o Estado Democrático de Direito não encontra um fim em si mesmo, mas deve criar métodos que assegurem a efetividade e a promoção das ações criadas pela ordem jurídica vigente.

Conforme explica Silva (2008, p.115), a democracia é a realização de valores de convivência humana, sendo considerado um conceito mais abrangente do que ‘Estado de Direito’ (que tem como requisitos a submissão do império a lei, a divisão de poderes e o enunciado e garantia dos direitos individuais), termo criado como expressão jurídica da democracia liberal. Democracia, portanto, representa valores que vão além do Estado de Direito.

O Estado Democrático de Direito, segundo Silva (2008, p.115), reúne os princípios do “Estado Democrático e do Estado de Direito, não como simples reunião formal dos respectivos elementos porque, em verdade, revela um conceito novo que os supera, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*”.

Nesse sentido, um Estado considerado ‘de direito’ não significa, necessariamente, que este seja Democrático. A Democracia está pautada na soberania popular e na participação efetiva deste povo no governo de um país, além de garantir a efetivação dos direitos fundamentais e sociais que garantam a dignidade da pessoa humana.

Dimoulis (2007, p.155), assim conceitua Estado Democrático de Direito:

O conceito de Estado de Direito apresenta utilidade se for entendido no sentido formal da limitação do Estado por meio do direito. Nessa perspectiva, o conceito permite avaliar se a atuação dos aparelhos estatais se mantém dentro do quadro traçado pelas normas em vigor. Isso não garante o caráter justo do ordenamento jurídico, mas preserva a segurança jurídica, isto é, a previsibilidade das decisões estatais. O conceito do Estado de direito material é, ao contrário, problemático. As

tentativas de "enriquecimento" do conceito, no intuito de considerar como Estado de direito somente o ordenamento que satisfaz os requisitos da justiça, estão fadadas ao fracasso, já que não parece possível definir o que é um Estado justo.

Dessa forma, o Estado Democrático de Direito, para o autor supracitado, não deve ser apenas criador da norma, mas deve ser acima de tudo servidor da lei. Não são os homens quem devem governar, mas sim a leis. O Estado deve ser submetido ao direito positivo, com a intenção de garantir aos indivíduos seus direitos (DIMOULIS, 2007, p.141).

Silva (2008, p.120), que atribui ao Estado Democrático de Direito a união entre a democracia formal e material, acredita que esta forma de Estado exige: uma sociedade livre e justa, conforme preceitua a Constituição Federal de 1988, em seu art.3º, I, onde o poder emana do povo e em nome do povo deve ser exercido (art.1º, parágrafo único); exige que a sociedade participe do governo, da formação de seus atos e do processo decisório do país; que a sociedade respeite o pluralismo de ideias, raças e culturas, possibilitando a convivência harmoniosa de várias formas de organização e de diferentes interesses da sociedade; que as condições econômicas sejam favoráveis para que o cidadão possa viver plenamente seus direitos individuais e fundamentais, e que o Estado desenvolva instrumentos para isso e, por fim, o Estado Democrático de Direito exige que seja superada a predominância dos ideais capitalistas, fixando-se um Estado promotor de justiça social.

Portanto, o Estado brasileiro vai além do Estado de Direito, alcançando o Estado Democrático de Direito Social, onde o poder instituído pelo povo deve, em nome desse povo, materializar o direito e efetivar os mandamentos constitucionais.

2.2 O Constitucionalismo Brasileiro: um Breve Olhar

A história constitucional do Brasil modificou-se a cada tempo, até alcançar a Constituição Federal de 1988. Segundo Oliveira, o ordenamento jurídico pátrio foi moldado, ao longo do tempo, conforme as influências históricas das doutrinas, dos pensamentos jurídicos, da cultura do país e de suas ideias filosóficas, religiosas, políticas e econômicas, que se influenciam de forma mútua (OLIVEIRA, 2000, p.135).

Bonavides (2008, p.363), por sua vez, classifica o constitucionalismo brasileiro em três etapas diferentes: a primeira fase tem como base o constitucionalismo francês e inglês. A segunda fase compreende o período de influência do constitucionalismo norte-americano e, por fim, a terceira fase tem como base o constitucionalismo alemão.

Segundo este autor, na primeira fase, a Constituição do império de 1824 sofreu inspiração inglesa e francesa, simultaneamente. A influência francesa veio através do pensamento Iluminista e jusnaturalista da época, com os ideais de liberdade e direitos fundamentais. Mas na sua formação real, a inspiração foi claramente inglesa. Substituiu os três poderes (modelo de Montesquieu), pelos quatro poderes de Benjamin Constant (incluindo o poder Moderador, onde o titular era o Imperador) (BONAVIDES, 2008, p.363).

A proposta dos três poderes foi inicialmente atribuída a Aristóteles¹ e reafirmada por Montesquieu², onde o Estado possui, fundamentalmente, três espécies de poderes ou funções: a legislativa, a administrativa (ou executiva) e a jurisdicional.

Período marcado pela escravatura no Brasil, mesmo com influências francesas dos filósofos iluministas, a constituição escrita não condizia com a realidade da época. Existiam grandes contradições entre o documento escrito, que garantia os direitos individuais e humanos de inspiração francesa, e a realidade escravocrata do país (assim como ocorria em vários outros países como EUA e a própria França) (BASTOS, 2011, p. 179).

Segundo Barroso (2014, p.5), a Carta de 1824 estabelecia que “a lei será igual para todos”, dispositivo que conviveu, sem que se assinalassem perplexidade ou constrangimento, com os privilégios da nobreza, o voto censitário e o regime escravocrata”.

O segundo período, conforme Bonavides (2008, p.365), é o constitucionalismo da primeira república, com a Constituição de 1891, sob a influência do modelo constitucional norte americano e sua proposta federalista e presidencialista. A república trouxe novos valores e princípios contidos na organização formal do Estado. Com influência predominantemente liberal, esse documento trouxe aspectos relevantes, muitas vezes transportados “literalmente da Constituição americana, debaixo da influência de Rui Barbosa, um jurista confessadamente admirador da organização política dos Estados Unidos”.

Essa formação da primeira Constituição republicana era completamente diferente da Constituição do Império, sobretudo no que se referia ao sistema de governo, agora republicano, à forma presidencial (antes tinha-se um imperador) e a forma federativa de Estado. Outra importante inovação, segundo o autor, era o funcionamento de uma Suprema

¹ “Uma das espécies de justiça em sentido estrito e do que é justo na acepção que lhe corresponde é a que se manifesta na distribuição de funções elevadas de governo, ou de dinheiro, ou das outras coisas que devem ser divididas entre os cidadãos que compartilham dos benefícios outorgados pela constituição da cidade” In: ARISTÓTELES, *ética e nicômaco*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001, p.108.

² “Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: a de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou divergências dos indivíduos” In: MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. 3ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.201.

Corte, que tinha o poder de decretar se um ato do poder era ou não constitucional (BONAVIDES, 2008, p.365).

A terceira fase descrita por Bonavides (2008, p.368) é o constitucionalismo do Estado Social, com evidentes influências das Constituições Alemãs de Weimar e Bonn. Nesse período o país outorgou a Constituição de 1934 (com essência extremamente autoritária, não foi respeitada nem mesmo pelos titulares do poder).

Em 1934 a inspiração do constitucionalismo alemão weimariano é decisiva para a formulação precoce da forma de Estado social que o constituinte brasileiro estabeleceu em bases formais, num passo criativo dos mais importantes, capaz de autenticar a significação e a autonomia doutrinária do terceiro setor ou época constitucional, em cujos espaços o regime ainda se move em busca de consistência, legitimidade e consolidação definitiva das instituições fundamentais. Mas esse Estado, em razão de abalos ideológicos e pressões não menos graves de interesses contraditórios ou hostis, conducentes a enfraquecer a eficácia e a juridicidade dos direitos sociais na esfera objetiva das concretizações, tem permanecido na maior parte de seus postulados constitucionais uma simples utopia (2008, p.368)

Como explica o autor, apesar da influência da Constituição alemã de Weimar, com essência de Estado Social, a constituição de 1934 não tinha consistência e legitimidade, não alcançando a consolidação definitiva dos direitos fundamentais, em razão dos abalos ideológicos e pressões diversas da época sofridas pelo Estado. Os direitos sociais, nesse diapasão, não atingiam a esfera objetiva das concretizações, ficando apenas no plano escrito. Essa Constituição, a saber, manteve o sistema tripartido da repartição dos poderes.

As Constituições de 1937 e 1967 (com a Emenda nº 1 de 1969), vigem em regimes autoritários. A primeira mantém formalmente a separação dos poderes, mas dá amplos poderes ao Presidente da República. A segunda, vigente em um período ditatorial, também mantém apenas formalmente a separação dos poderes, mas limita de forma drástica os direitos e garantias fundamentais do povo brasileiro (BONAVIDES, 2008).

Cabe lembrar que o Ato Institucional nº 5, AI5 manteve a Constituição de 1967, mas decretou diversas alterações, todas para legitimar o golpe militar e limitar as liberdades individuais e coletivas do povo brasileiro. A Democracia tornou-se um simulacro.

A Constituição de 1946 restaura a tripartição dos poderes, prevendo em seu art. 36: “São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si”, restaurando a estabilidade política do Estado” (BRASIL, CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL, 1946).

Duas décadas depois que a Constituição de 67 c/c a EC nº 1/69 foi outorgada, houve o resgate da democracia com a promulgação da Carta Magna de 1988, em 5 de outubro de

1988, adotando novamente a tripartição dos poderes e privilegiando como nenhuma outra os diretos e garantias fundamentais do povo brasileiro.

A Constituição Federal de 1988, conforme Bonavides (2008, 368), veio com o objetivo principal de redemocratizar o país, colocando um fim aos instrumentos jurídicos ilegalmente instituídos pelo regime militar e instituindo instrumentos assecuratórios do bem estar social. Trouxe em seu bojo valores há muito esquecidos, como a Democracia, a restauração dos direitos civis, sociais e políticos, além de implantar a descentralização política, numa busca evidente pelo bem estar social e pelo resgate da cidadania dos brasileiros.

Como principais fundamentos, a Constituição Federal de 1988 trouxe valores caros para a população brasileira, como a soberania do Estado, a cidadania do povo, a dignidade da pessoa humana, a relevância dos valores sociais da livre iniciativa para o trabalho e do pluralismo político. Traz, já em seu início, o objetivo de construir uma sociedade mais justa, livre, solidária, garantindo a erradicação da pobreza e da marginalização, buscando o desenvolvimento por meio da redução das desigualdades sociais e regionais, e tendo como principal finalidade o bem estar comum, sem nenhuma distinção ou discriminação (BRASIL, CRFB, 1988).

Além disso, com evidente influência liberal, a Constituição Federal de 1988 traz a máxima proteção aos direitos e garantias fundamentais, que representa a essência desta Carta. Traz também, como garantia da Democracia, o controle de constitucionalidade, assunto abordado a seguir.

3 A *Vis Atractiva* dos Modelos de Controle de Constitucionalidade: O Controle Difuso no Brasil

Este tópico busca responder a questão de pesquisa e demonstrar como o controle de constitucionalidade difuso é um importante instrumento de fortalecimento da Democracia no Brasil.

Inicialmente cabe destacar que o controle de constitucionalidade pode ser político ou jurídico, sendo este último o instituto de interesse desse estudo.

A Constituição, segundo Bastos (2007, p.39), é um instrumento jurídico, que ao refletir e consolidar os valores de uma sociedade, atua como garantia de que estes valores serão protegidos do Estado, que vem ao longo dos séculos sendo o maior violador de direitos.

O ordenamento jurídico pátrio tem como pressupostos ordem e unidade. O rompimento dessa estrutura exige mecanismos de correção para restabelecê-la, sendo o mais importante deles o ‘controle de constitucionalidade’ (BARROSO, 2012, p.58).

Helal (2006, p.42) explica de forma resumida que: as normas constitucionais apresentam alta carga de abstração e, não sendo auto aplicáveis, precisam de regulamentação por outras espécies normativas. Contudo, estas espécies normativas devem ser harmônicas com o texto constitucional, pois caso contrário, podem perder sua eficácia através do controle de constitucionalidade.

Para Bastos (2009, p.135), a defesa jurisdicional da Constituição representa um dos pilares mais importantes do sistema constitucional da contemporaneidade. Isso porque a legitimidade do Estado Democrático Social está intimamente relacionada com sua capacidade de realizar os objetivos fundamentais constitucionais inseridos na Constituição.

Horta (1999, p.129) lembra que a Constituição brasileira de 1824 (do Império), mostrando-se bastante evoluída, confiava à Assembleia Geral a atribuição de “velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral da Nação”. Por isso, segundo o autor, a observância às normas constitucionais deve ser religiosa, pois estas representam a base e o fundamento de todas as outras leis, assim como fundamentam a nossa existência e a sociedade política.

Para Silva (2014, p.5), a inconstitucionalidade não nasce apenas da atuação positiva da aplicação das normas, mas nasce também da omissão da norma quando a Constituição assim determina. Portanto, a inconstitucionalidade para Silva pode decorrer de uma ação ou omissão aos ditames constitucionais.

- Por ação: ocorre com a produção de atos legislativos ou administrativos que contrariem normas ou princípios da constituição; seu fundamento resulta da compatibilidade vertical das normas (as inferiores só valem se compatíveis com as superiores); essa incompatibilidade é que se chama de inconstitucionalidades da lei ou dos atos do Poder Público;
- Por omissão: verifica-se nos casos em que não sejam praticados atos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais; não realizado um direito por omissão do legislador, caracteriza-se como inconstitucional; pressuposto para a propositura de uma ação de inconstitucionalidade por omissão.

Na visão de Silva supracitado, a inconstitucionalidade por ação ocorre quando leis ou atos do Poder Público contrariam os princípios da CF. Já a inconstitucionalidade por omissão ocorre quando um direito não é realizado por omissão do legislador, ou seja, não são praticados atos necessários para tornar aplicáveis as normas contidas na CF. As duas formas de inconstitucionalidade estão inseridas no texto constitucional (art. 102, I, “a”, e III, “a”, “b” e “c”, e art. 103 e seus parágrafos).

Kelsen (2003, p.239), ensina que a busca político-jurídico por garantias da Constituição, onde possa ser controlado o comportamento de certos órgãos estatais, corresponde ao princípio próprio do Estado de direito, ou seja, é o princípio de máxima legalidade da função estatal.

Silva (2014, p.5) ensina que a ideia do controle de constitucionalidade está diretamente ligada a ideia de defender a supremacia constitucional contra as inconstitucionalidades. Além disso, o sistema de controle de constitucionalidade está ligado à rigidez constitucional e a proteção e garantia dos direitos fundamentais.

No mesmo sentido, Horta (1999, p.130) lembra que

O controle de constitucionalidade das leis é corolário lógico da supremacia constitucional, requisito para que a superioridade constitucional não se transforme em preceito moralmente platônico e a Constituição em simples programa político, moralmente obrigatório, um repositório de bons conselhos para uso esporádico e intermitente do legislador [...].

Assim sendo, conforme o autor supracitado, o controle de constitucionalidade das leis decorre do princípio da supremacia constitucional, e, sem esse controle, a Constituição torna-se um simples programa político, sob todas as influências políticas a ele ligadas.

Para Bercovici (2001, p.100-103), o controle material de constitucionalidade incide sobre o teor e a matéria da norma, para que esta seja adequada à Constituição e a seus princípios fundamentais. Ao ocorrer uma inconstitucionalidade material, o ato ou a norma até pode ter sido elaborada em consonância com os pressupostos formais do texto constitucional, mas, ao mesmo tempo traz uma violação aos princípios e ao conteúdo constitucional. É por isso necessário o controle de constitucionalidade das leis.

Barroso (2012, p.59-60), lembra que a “inconstitucionalidade consiste no reconhecimento da invalidade de uma norma e tem por fim paralisar sua eficácia”. O autor explica que sempre que uma pretensão jurídica fundar-se em uma norma que não integra a Constituição, como por exemplo no caso de uma lei ordinária, o intérprete, antes de aplicar essa legislação, deverá certificar-se de que ela está de acordo formal e material com a Constituição. Caso não esteja, não poderá fazê-la incidir, isso porque no conflito entre uma norma ordinária e o texto constitucional, é este último quem deverá prevalecer. Portanto, conforme o autor supracitado, aplicar uma norma inconstitucional é o mesmo que ignorar a Constituição.

Conforme ainda Barroso (2012, p.61), duas premissas são em geral identificadas como necessárias à existência do controle constitucional: em primeiro lugar a supremacia

constitucional e em segundo a rigidez da Constituição. “A *supremacia da Constituição* revela sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema, que se estrutura de forma escalonada, em diferentes níveis”.

O controle de constitucionalidade somente é possível em Constituições rígidas e escritas e esse controle deve ser feito por um órgão separado do Poder Legislativo, sendo essencial, portanto, a separação dos poderes.

A íntima ligação entre o controle de constitucionalidade e a rigidez faz com que em nações que possuam constituição flexível torne-se impossível o controle de constitucionalidade. Ou ainda, mesmo que a constituição se auto denomine rígida e inexista o controle de constitucionalidade, a constituição torna-se flexível, pois o poder constituinte torna-se ilimitado e está nas mãos do legislador ordinário.

Assim, para que seja possível o controle de constitucionalidade, a Constituição deve ser rígida e escrita. E para que a Constituição seja considerada rígida, o país deve possuir o controle de constitucionalidade.

Sobre a supremacia das constituições rígidas, Silva (2014, p.4) lembra que nestes Estados toda autoridade só encontra fundamento nas constituições e somente ela confere poderes e competências governamentais. E ainda que a constituição exerce suas atribuições nos seus próprios termos, “sendo que todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas constitucionais federais”. A ordenação jurídica destes Estados valida as normas ordinárias por meio do controle de constitucionalidade.

Dessa forma, pode-se inferir que o controle de constitucionalidade exerce, nos Estados Democráticos de Direito, a garantia da supremacia constitucional, e, como consequência, dos direitos e garantias fundamentais previstos nesta constituição. Além disso, institui limites ao poder do Estado, estabelecendo seus deveres e possibilitando o processo democrático em um Estado de Direito.

Barroso (2012, p.61-62), afirma que é a Constituição que fundamenta a validade de todas as outras normais do sistema. Por força dessa supremacia, nenhuma outra lei ou ato normativo, isto é, nenhum ato jurídico, poderá subsistir de forma válida se estiver em desconformidade com a Constituição. Da mesma forma, a rigidez constitucional é pressuposto de controle.

Bastos (2009, p.38), contudo, traz uma reflexão sobre a garantia jurisdicional de constitucionalidade, afirmando que, conforme François Ost e Konrad Hesse, o controle constitucional deve ser equilibrado, com uma interpretação adequada da norma,

considerando-se a proposição normativa dentro das condições dominantes numa determinada situação. Reconhece-se, conforme os autores citados, os efeitos da aplicação da norma, contudo, reconhece-se também que a finalidade de uma proposição constitucional e sua vontade normativa a não podem ser desprezadas em razão de uma mudança da situação.

Conforme Hesse (apud BASTOS, 2009, p.38), “se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre a norma e a realidade com a supressão do próprio direito”. Para este autor, importante é a interpretação construtiva da norma, sendo esta sempre possível e necessária dentro destes limites.

Ainda segundo Bastos (2009, p.39), não se pode negar a importância da jurisdição constitucional, que quando interpretada de forma adequada, atua no aprimoramento da democracia brasileira. É este então, a jurisdição constitucional, o mecanismo mais precioso de interpretação do texto constitucional e também da sua efetivação. Faz-se necessário, contudo, reconhecer que nem a jurisdição constitucional e nem a própria Constituição não representam “um seguro de vida jurídico nem político”. O controle de constitucionalidade não garante, assim, o efetivo funcionamento do ordenamento jurídico de uma nação. Necessita, para isso, da prévia afirmação da normalidade constitucional para que ocorra seu funcionamento adequadamente.

A jurisdição constitucional não pode, por um lado, ser considerada a cura para todos os problemas, e, por outro, não pode também ser banalizada. “Mister, assim, a defesa pela garantia jurisdicional da Constituição, desde que posta em seus devidos termos e finalidades” (BASTOS, 2009, p.40).

3.1 O Guardião da Constituição

Traz-se, de forma breve, uma reflexão sobre o modelo de controle de constitucionalidade europeu, o qual é fruto de divergências entre Hans Kelsen e Carl Schmitt.

Bercovici (2003, p.1-7), explica essa divergência entre os dois juristas: O guardião da Constituição, de Carl Schmitt, representa uma reafirmação da tese do poder neutral de Benjamin Constant, com base na interpretação do artigo 48 da Constituição de Weimar que, segundo ele, daria ao presidente do Reich poderes excepcionais destinados à guarda da Constituição, permitindo-lhe um poder neutral, ou seja, mediador, regulador e tutelar.

Schmitt critica a criação de um Tribunal Constitucional, pois, para ele, a excesso de poder conferido ao Poder Judiciário levava desequilíbrio e desajuste ao sistema constitucional do Estado de Direito.

O autor criticava também a teoria de Kelsen no que se refere a racionalização do Estado de Direito quando da conversão da Justiça Constitucional em guardião da Constituição. Para ele, a função judicial não seria de discutir o conteúdo e a validade das normas, mas sim apenas a decisão dos casos. Ao juiz caberia apenas decidir, e não discutir, tipificar ou analisar os fatos em relação às normas. Para este autor, o Chefe de Estado é quem deveria ser o guardião da Constituição, por ter passado pela eleição popular (BERCOVICI, 2003, p.1-7).

Muito da resistência de Carl Schmitt ao controle judicial de 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.

Kelsen (2003, p.150), afirma que o controle dos atos legislativos deve ser atribuído a um órgão fora do Parlamento:

O órgão legislativo se considera na realidade um livre criador do direito, e não um órgão de aplicação do direito, vinculado pela Constituição, quando teoricamente ele o é sim, embora numa medida relativamente restrita. Portanto não é com o próprio Parlamento que podemos contar para efetuar sua subordinação à Constituição. É um órgão diferente dele, independente dele e, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal, que deve ser encarregado da anulação de seus atos inconstitucionais – isto é, uma jurisdição ou um tribunal constitucional

A teoria de Kelsen, em contraposição à teoria de Schmitt, critica a defesa da Constituição, a regularidade dos poderes e a defesa dos direitos individuais pelo monarca, teoria que trazia em sua essência a necessidade de manutenção do poder monárquico durante a transição da monarquia absoluta para a monarquia constitucional.

Ainda segundo Kelsen (2003, p.240),

Quando, portanto, os representantes da teoria constitucional do século XIX, orientados pelo assim-chamado princípio monárquico, defendiam a tese de que o natural guardião da Constituição seria o monarca, esta não passava – quem poderia hoje duvidar disso! – de uma ideologia muito evidente, umas das tantas que formam a assim chamada doutrina do constitucionalismo, e através da qual essa interpretação da Constituição procuraria mascarar sua tendência básica: a de compensar a perda de poder que o chefe de Estado havia experimentado na passagem da monarquia absoluta para a constitucional. O que em realidade se queria era – por razões cujo valor político não discutiremos aqui – impedir uma eficaz garantia da Constituição, pelo menos contra violações por parte de quem mais a ameaçava, ou seja, o próprio monarca, ou, mais precisamente, o governo, ou seja, o monarca em conjunto com os ministros que assinavam seus atos, pois aquele não podia agir por si só.

Portanto, apesar do poder limitado tanto do monarca na monarquia absoluta como constitucional, deixar o controle constitucional a cargo do Parlamento seria, para Kelsen, incoerente, uma vez que historicamente o governo é o maior violador das normas constitucionais.

Transformar, dessa forma, o chefe de estado em guardião da Constituição atuaria, ao invés de defender a o texto constitucional, a violações sob a justificativa de legitimação da norma.

Sobre o tema assevera Bercovici (2003, p.198) citando Lucas Vérdu, que não faz diferença quem seja o guardião da Constituição, seja um Tribunal Constitucional, o Presidente da República nos sistemas presidencialistas ou o Parlamento nos sistemas parlamentaristas, mas o problema surge “quando os órgãos de controle de constitucionalidade não se limitam mais a defender e a interpretar, como instância máxima, a Constituição, mas passam a assenhorear-se dela, ou, nas suas palavras: ‘não se reduzem a ser o *Hüter* (guardião) da Constituição, mas pretendem-se o *Herr* (senhor) da mesma”.

3.2 Os Modelos de Controle de Constitucionalidade

Segundo Bastos (2009, p.136), a Constituição Federal de 1988, sobretudo após as EC 3/93 e 45/04, sob o argumento de valorizar o princípio da segurança jurídica, trouxe mudanças significativas no sistema de controle de constitucionalidade. Tais mudanças, contudo, fizeram surgir uma corrente doutrinária defensora da completa transmutação do modelo brasileiro em direção ao sistema austro-germânico de controle concentrado.

Questiona-se assim os principais modelos de controle de constitucionalidade, analisando-se como estes vem se aproximando um do outro reciprocamente, assim como reflete-se sobre a necessidade de reordenar esse controle jurisdicional de constitucionalidade do Brasil.

No direito comparado existem dois sistemas de controle jurisdicional de constitucionalidade, o sistema norte americano e o sistema europeu. Estes dois sistemas serviram de base para a criação de todos os outros sistemas jurídicos de controle de constitucionalidade do mundo. Existem países, contudo, como é o caso do Brasil, que conjugam elementos duas formas, criando um sistema misto de controle de constitucionalidade. Bastos (2009, p.149) afirma que o Brasil foi um dos primeiros países “a possibilitar a coexistência de ambos os sistemas de controle”. Conforme este autor, até 1965

viveu-se sob o método do controle difuso e a partir de 1965, passou a caminhar-se em direção ao controle abstrato das normas.

Conforme o mesmo autor Bastos (2009, p.146), o surgimento do modelo norte americano remonta há mais de 200 anos atrás, quando da sentença da Suprema Corte dos Estados Unidos da América (com seu modelo de controle difuso), no caso *Marbury vs Madison* (1803), e quase de um século depois da criação do Tribunal Constitucional austríaco (com o modelo concentrado), onde a Constituição elaborada com base em um projeto de Hans Kelsen, no ano de 1920. No Brasil, a primeira decisão remonta a mais de 120 anos, quando o STF no HC 408 (1893) revelou o poder do Supremo em decidir sobre o controle de constitucionalidade das leis.

Barroso (2012, p.76), lembra que o modelo de controle brasileiro é baseado no modelo norte-americano, cujo caso “*Marbury vs. Madison* foi a primeira decisão na qual a Suprema Corte afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando aplicação a leis que, de acordo com sua interpretação, fossem inconstitucionais”. Barroso afirma ainda que as constituições brasileiras, com forte inspiração norte-americana, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, no final da década de 1940, tinham em sua essência a supremacia constitucional.

No mesmo sentido, Bastos (2009, p.139) ensina que a referida decisão norte americana “foi a primeira em que a Suprema Corte declarou, de modo expresso, que um Tribunal federal poderia recusar a aplicação de legislação do Congresso inconsistente com a interpretação da Constituição defendida pela Corte”.

Os países com inspiração norte americana adotaram o modelo difuso, incidental ou concreto de constitucionalidade. Já os países sob a influência do constitucionalismo europeu adotaram o modelo de controle concentrado. No Brasil, o modelo inicialmente influenciado pelo modelo norte americano hoje é misto e a Constituição Federal de 1988 acolheu as duas teorias.

Assim sendo, no Brasil, o controle jurisdicional de constitucionalidade decorreu da influência do constitucionalismo norte-americano, o qual tinha como critério o controle difuso por via de exceção. Contudo, novos elementos foram sendo agregados nesse controle com o passar do tempo, incorporando-se, aos poucos, aspectos do método concentrado.

Segundo Barroso (2012, p.242-243),

A Constituição de 1988 manteve o sistema eclético, híbrido ou misto, combinando o controle *por via incidental e difuso* (sistema americano), que vinha desde o início da República, com o controle *por via principal e concentrado*, implantado com a EC n. 16/65 (sistema continental europeu). Trouxe, todavia, um conjunto relativamente

amplo de inovações, com importantes consequências práticas, dentre as quais podem ser destacadas: a) a ampliação da legitimação ativa para propositura de ação direta de inconstitucionalidade (art. 103); b) a introdução de mecanismos de controle da inconstitucionalidade por omissão, como a ação direta com esse objeto (art. 103, § 2º) e o mandado de injunção (art. 5º, LXXI); c) a recriação da ação direta de inconstitucionalidade em âmbito estadual, referida como representação de inconstitucionalidade (art. 125, § 2º); d) a previsão de um mecanismo de arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º); e) a limitação do recurso extraordinário às questões constitucionais (art. 102, III).

Portanto, adota-se tanto o sistema difuso ou concreto, com efeito *inter partes*, decorrente da influência do modelo americano de Marshall³, como o modelo concentrado ou abstrato, que possui efeito *erga omnes*, que sofreu influência do modelo europeu de Hans Kelsen.

Sobre os critérios de controle jurisdicional, Silva (2014, p.5) ensina que o controle difuso/incidental ocorre quando se reconhece o seu exercício a todos os componentes do judiciário; já o controle concentrado somente pode ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal, a chamada cúpula do Judiciário.

O controle difuso, portanto, pode ser realizado pelos juízes de qualquer grau de jurisdição, ou seja, é difuso porque está difundido por todo o Poder Judiciário. Contudo, o julgamento da (in) constitucionalidade deve se referir a um caso concreto. Já o modelo concentrado somente pode ser realizado pelo STF, desde que a matéria seja relativa a CF, sendo que os Tribunais podem realizar o controle concentrado quando a legislação em questão desrespeitar a constituição estadual (SILVA, 2014, p.5).

Cabe destacar que o controle difuso pode ser exercido pelos juízes e primeiro, grau, pelos Tribunais de Justiça e eventualmente pelo STF. Já o controle concentrado pode ser exercido exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal.

A diferença entre ambos está no quadro 1 a seguir:

Controle difuso de constitucionalidade	Controle concentrado de constitucionalidade
Decisão proferida por qualquer membro do Poder	As decisões proferidas nestas ações têm efeito <i>ex</i>

³ Presidente da Corte Suprema Americana no caso *Marbury vs. Madison*.

Judiciário	<i>tunc</i> pois anulam a lei em momento anterior à decisão
Juízes singulares e órgãos colegiados	Efeito erga omnes, pois entende-se a todos em situação equivalente
Reserva de plenário (art.97 da CF/88) ou seja, é necessária a maioria absoluta dos membros integrantes do Tribunal pleno ou órgão especial para declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos do Poder Público.	Efeito vinculante, pois a decisão passa a valer como referência para todos os órgãos do Poder Judiciário, assim como para todos os órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, não alcançando apenas o Poder Legislativo.

Quadro 1 – diferenças entre as formas de controle de constitucionalidade

Fonte: a partir de vários autores

Na atualidade, a Constituição Federal de 1988 prevê a possibilidade do controle da constitucionalidade difuso/incidental (arts. 5º, XXXV, e 97) e controle concentrado (arts. 102, I, “a”, 103 dentre outros).

3.3 A *Vis Atractiva* dos Modelos de Controle de Constitucionalidade

Segundo ensina Bastos (2009, p.138), o controle jurisdicional de constitucionalidade somente se articulou de forma lógica e se desenvolveu como doutrina e sistema depois de surgirem as Constituições rígidas, sendo que o controle está alicerçado na noção de lei suprema positivada, fenômeno da modernidade, resultado das Revoluções já citadas, como a Independência dos Estados Unidos da América e a posterior Revolução francesa.

Modelos diferentes desenvolvidos nos Estados Unidos da América e na Europa se deram em função de realidades diferentes vividas pelas duas nações. No EUA o *Judicial Review* soube implementar o sistema de controle de constitucionalidade de forma lenta e gradual, impondo-se institucionalmente. Já a Europa, depois de tentativa frustradas de copiar o modelo norte-americano de controle constitucional, sobretudo na França, Alemanha e Itália, solidificou o modelo concentrado de controle, de origem Kelsiana (BASTOS, 2009, p.151).

Pode-se afirmar, segundo Bastos (2009, p.155-158) que a *Vis Atractiva* entre o modelo norte americano e o de origens Kelsiana, reside na prática europeia que juntamente com o sistema concentrado de constitucionalidade de leis e tratados internacionais costuma conviver um sistema difuso de controle sobre atos e contratos administrativos e sentenças da jurisdição comum. Mesmo o segundo modelo de controle baseando-se no sistema concentrado, sendo norteado por um Tribunal Constitucional independente e calcado na defesa da constituição por meios abstratos, ou seja, não julgando o caso concreto, ainda sim, a prática do controle de atos e contratos de forma difusa, é presente. Tem-se um exemplo da semelhança dos dois modelos no papel do juiz ordinário, que em um primeiro momento pode

assumir um papel de pré julgador da constitucionalidade da norma em questão, levando a pensar num duplo juízo de constitucionalidade, onde ao juiz ordinário caberia caráter provisório e negativo, e ao tribunal constitucional caberia a impugnação das leis inconstitucionais.

Com isso, pode-se apontar para uma coadunação entre os dois modelos, no que tange ao caráter prático de cada controle, onde mesmo o modelo kelsiano de sistema concentrado, faz uso dos instrumentos do sistema difuso, como a figura do juiz ordinário, e sua análise de compatibilidade constitucional, assemelhando-se em demasia, em certos momentos ao sistema estadunidense, como destaca Bastos (2009, p.156-157) citando Marian Ruiz:

Alguns dos tribunais constitucionais europeus passaram do controle de constitucionalidade para o controle de micro constitucionalidade, do controle da lei para a aplicação da lei, da preocupação da constitucionalidade em abstrato à prioridade do exame de sua constitucionalidade em relação com eventuais efeitos concretos de sua aplicação, deixam assim de serem juízes de normas para serem juízes de casos.

Kelsen (2003, p.249), alegava que o controle de constitucionalidade difuso diferenciar-se-ia apenas no plano quantitativo, pois anularia a lei inconstitucional no caso concreto, enquanto o controle concentrado dos Tribunais Constitucionais anularia para todos os casos.

Segundo Bastos (2009, p.154-155), os países que adotam o sistema-tipo de matriz estadunidense, inclusive os EUA buscam soluções para os problemas impostos pela realidade decorrente da aplicação do método difuso-concreto de controle de constitucionalidade. A inspiração para tais soluções é obtida por meio de instrumentos e técnicas inerentes ao controle concentrado-abstrato. O mesmo ocorre em relação aos países que adotam o sistema de matriz kelseniana - Adoção de técnicas e instrumentos inerentes ao sistema-tipo estadunidense. A *vis atractiva* de ambos os sistemas-tipo, assim, é inegável.

Ainda conforme Bastos (2009, p.158-159), a maior diferença entre os sistemas está no processo pelo qual ocorre a decisão de inconstitucionalidade. O objetivo principal nos EUA não é estabelecer a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei, mas tutelar o interesse ou direito eventualmente lesado pelo ato inconstitucional. A aproximação dos sistemas foi sentida no Brasil, a partir de 1934, com a Ação Direta Interventiva, instrumento de controle preventivo, concreto, porém concentrado de constitucionalidade e, mais especificamente, a partir da EC nº 16/65, momento em que se funda, no Brasil, o método de controle de constitucionalidade de lei em abstrato.

A mudança em questão ocorreu na alínea “k”, do art. 101, pelo que foi atribuída ao Supremo a competência para processar e julgar “a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República” (BRASIL, CRFB, 1988).

No Brasil, a semelhança das duas formas de controle está no fato de que o exame realizado pelo plenário ou órgão especial é idêntico ao exame realizado pelo STF nas ações diretas ou declaratórias de inconstitucionalidade, em que o controle é de caráter objetivo, sem se importar com o caso concreto.

3.4 O Controle Difuso de Constitucionalidade e a Democracia Brasileira

O controle de constitucionalidade difuso ocorre quando, em qualquer ação judicial, questiona-se a constitucionalidade de uma legislação por uma das partes do processo. Nesse caso, o controle incidental será exercido pelo Tribunal desde que uma das partes provoque o judiciário, pois o controle incidental é um mecanismo de defesa da parte, seja o autor ou o réu do processo. Os efeitos, portanto, estendem-se apenas às partes litigantes.

Segundo Silva (2014, p.5),

A eficácia da sentença que decide a inconstitucionalidade na via de exceção se resolve pelos princípios processuais; a arguição de inconstitucionalidade é questão prejudicial e gera um procedimento *incidenter tantum*, que busca a simples verificação da existência ou do vício alegado; a sentença é declaratória; faz coisa julgada somente no caso e entre as partes; no que tange ao caso concreto, a declaração surte efeitos *ex tunc*; no entanto a lei continua eficaz e aplicável, até que seja suspensa sua executoriedade pelo Senado; ato que não revoga nem anula a lei, apenas lhe retira a eficácia, daí por diante *ex nunc*.

Portanto, a sentença que declara a inconstitucionalidade no controle difuso/incidental é declaratória, buscando verificar a simples existência do vício da lei alegado pela parte. Faz coisa julgada somente no caso concreto e atinge somente as partes litigantes. Somente surte efeito daquele ponto em diante e naquele caso, o que significa dizer que a lei continua eficaz e aplicável a outros casos, podendo ser suspensa sua eficácia somente por meio de processo realizado pelo Senado. Daí por diante se torna *ex nunc* (aplicando-se ao passado).

Como já visto, segundo Bastos (2009, p.149), o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro foi inicialmente difuso, com influência do sistema norte americano, sendo incorporado o sistema concentrado a partir do ano de 1965 e chegando ao seu ápice com a Constituição Federal de 1988, sobretudo com a EC 09/93 e 45/2004.

No mesmo sentido, o agora Ministro do STF Zavascki (2001, p.19) cita que o legislador constituinte inovou em relação à legitimação ativa para representação de inconstitucionalidade, e, ação que era antes exclusiva do Procurador-Geral da República, sofreu expansão e passou a ser promovida por um número maior de legitimados, como vários órgãos estatais e autoridades, entidades de classe e partidos políticos. Essa inovação da Constituição Federal de 1988 deu novos contornos ao controle concentrado, tirando em partes a predominância do controle difuso de constitucionalidade.

Outro atual Ministro do STF, Mendes (1999, p.80), na mesma linha de pensamento assevera que:

Se se cogitava de um modelo misto de controle de constitucionalidade, é certo que o forte acento residia, ainda, no amplo e dominante sistema difuso de controle. O controle direto continuava a ser algo acidental e episódico dentro do sistema difuso. A Constituição de 88 alterou, de maneira radical, essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema difuso ou incidente, mas ao modelo concentrado, uma vez que as questões constitucionais passam a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal.

A Constituição Federal de 1988, portanto, solidificou o controle concentrado de constitucionalidade, aprimorando o sistema misto de controle, sobretudo a partir da EC 3/1993, que instituiu a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI ou ADIN), sendo esta de competência originária do STF e podendo ser proposta por vários órgãos legitimados, conforme modificações trazidas pela EC 45/2004, que ampliou o do texto original, revogando o § 4º do art.103 da CF/88, passando a designar os legitimados no art.103, *caput*, agora com uma lista bem mais extensa.

Bulos (2012, p.206) explica que o controle difuso pode ter como objeto de controle: ato normativo ou lei em relação às Constituições estaduais ou em face da Constituição Federal; atos normativos distritais; todas as espécies normativas do art.59 da Constituição Federal:

Art.59 [...]
I - emendas à Constituição;
II - leis complementares;
III - leis ordinárias;
IV - leis delegadas;
V - medidas provisórias;
VI - decretos legislativos;
VII - resoluções.

Bulos lembra ainda que é objeto do controle difuso os tratados internacionais ratificados pelo Brasil (e portanto incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro), as leis estrangeiras inconstitucionais e os atos normativos privados.

O controle difuso pode ainda ser objeto de controle do Supremo Tribunal Federal, pelas seguintes vias: recurso extraordinário (art. 102, III, a, b e c, da CF/88), recurso ordinário ou quando apreciar a inconstitucionalidade de normas fundadas em decisões recorridas (art. 102, II, da Constituição) (BRASIL, CRFB, 1988). Quando declarada a inconstitucionalidade pelo controle difuso no STF, em sede de Recurso Extraordinário, em decisão definitiva, a lei considerada inconstitucional passará a ter efeito *erga omnes*. Este efeito extensivo está condicionado à suspensão pelo Senado Federal da respectiva lei, conforme preceitua o art. 52, X, da Constituição Federal de 1988.

Cabe destacar que não é foco deste estudo abordar sobre o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade difuso, assunto que não encontra passividade na doutrina pátria.

Mas qual a importância do sistema difuso de controle de constitucionalidade como meio de defesa dos direitos e garantias fundamentais? Mesmo que a Constituição Federal de 1988 tenha dado destaque ao controle concentrado, o controle difuso continua a ser um importante instrumento de Democracia, conforme grande parte da doutrina.

Bastos (2009, p.150), por sua vez, acredita que o controle concentrado ganhou espaço com o objetivo de reduzir o principal problema apontado pelos juristas que criticam o controle difuso: “a possibilidade de posicionamentos jurídicos diversos acerca de casos similares, o que, em última análise, poria em risco a força normativa da Constituição”.

Além disso, segundo o mesmo autor, o controle abstrato resolve um outro problema enfrentado pelos norte-americanos e seu controle difuso: a vinculação de um interesse público a um interesse privado, ou seja, o modelo concentrado reduz esse risco. Para este autor, os críticos do modelo de controle difuso defendem que “via de regra, apenas a violação inconstitucional de um direito subjetivo poderia desencadear o controle de constitucionalidade” (BASTOS, 2009, p.150-151).

Na mesma linha de pensamento, outra crítica ao modelo difuso, segundo Bastos (2009, p.151), frente à potencialização das demandas constitucionais sugeridas pelo modelo de controle difuso, é que mostrou-se “fundamental a criação de métodos subjetivos de contenção de demandas aliados à expansão dos efeitos das decisões de constitucionalidade”.

Por fim, foi preciso desenvolver mecanismos para o controle difuso de constitucionalidade e seus efeitos no tempo, pois, em alguns casos, os efeitos *ex tunc* inviabilizaram a decisão de inconstitucionalidade. Em certas circunstâncias, esse modelo não produz efeitos jurídicos para momento anterior à decisão. Esse é o último problema apontado pelos críticos desse modelo de controle de constitucionalidade.

Mas Bastos (2009, p.151) acredita que todos os problemas do controle de constitucionalidade difuso apontados anteriormente não levam a conclusão de que este modelo estaria fadado ao desaparecimento em detrimento do modelo concentrado. Para este autor, os riscos apontados já foram devidamente equacionados e não causam nenhum problema de natureza grave que sinalize a necessidade de total transmutação para o modelo abstrato.

Barroso (2012, p.77) acredita que embora o controle de constitucionalidade abstrato (concentrado) tenha ganhado espaço no Brasil na trajetória constitucional do país, “o controle incidental ainda é a única via acessível ao cidadão comum para a tutela de seus direitos subjetivos constitucionais”.

Segundo Velozo (apud BASTOS, 2009, p.170), o Brasil não possui ação popular de inconstitucionalidade, e, portanto, o controle difuso de controle representa a via de acesso ao cidadão para que questione a validade de uma norma, discutindo sobre a desconformidade que esta norma possui em relação à Constituição. Nesse cenário, os direitos fundamentais recebem através da jurisdição constitucional um meio eficaz de garantia e de defesa.

Na visão de Barros (2014, p.1), é o juiz singular quem recebe o primeiro pedido de socorro do jurisdicionado em relação à ameaça ou lesão de direito subjetivo sofrida. Ao ser oprimido pelo poder, o cidadão se socorre no judiciário, inicialmente no juízo de primeiro grau. Nas palavras do autor, o judiciário tem sido o “pronto-socorro da cidadania”, contra as lesões ou ameaças de direito do poder político e do poder econômico.

A jurisdição constitucional, nessa linha de pensamento, atua então na proteção dos direitos fundamentais e no Controle do Poder Público.

Outro ponto importante é a importância atribuída aos juízes no controle de constitucionalidade difuso, porque, é cediço que todas as normas devem estar adequadas à Constituição Federal e cabe aos magistrados, seja qual for a instância, compreender a lei sob a luz dos princípios inseridos no texto constitucional e dos direitos e garantias fundamentais. Não é mais suficiente aplicar a lei, mas sim deve-se interpretá-la de forma sistêmica em harmonia com a CF.

Streck (2004, p.456-457) assevera sobre o tema: “é dever do magistrado examinar, antes de qualquer outra coisa, a compatibilidade do texto normativo infraconstitucional com a Constituição”. Dessa forma, no Estado Democrático de Direito, não basta ao magistrado aplicar indistintamente a lei. Cabe ao magistrado verificar a norma infraconstitucional e avaliar a sua compatibilidade com o texto constitucional.

E ainda pode-se inferir que no modelo concentrado o número de interpretes é restrito, enquanto no modelo difuso qualquer pessoa pode discutir no caso concreto a constitucionalidade de uma lei ou de parte dela. Portanto, no modelo de controle difuso o número de intérpretes é muito mais elevado, sejam as partes e os magistrados, o que torna esse modelo mais democrático, acessível ao cidadão e mais confiável.

Dessa forma, quanto mais o Supremo Tribunal Federal fica assoberbado de ações de controle de constitucionalidade (em 15/12/2014 eram mais de 3.500 ADINs)⁴, mais longe fica a sociedade da Constituição, e, conforme Cruz (2004, p.345):

Disperso por todos os ramos do Poder Judiciário, especialmente nas comarcas da Justiça Estadual primária, o controle difuso tem o condão de incrementar o exercício da cidadania, robustecendo a noção de democracia, especialmente em países como o Brasil, com uma história constitucional tão atribulada. Assim, não são somente os tribunais, normalmente distantes, situados nas capitais dos Estados ou da própria República, que têm atribuição exclusiva para apreciação da constitucionalidade de leis e debates sobre a aplicação de leis e de atos normativos. Além disso, qualquer indivíduo pode argui-la desde que o faça no bojo de processo que discuta concretamente ameaça/violação de direito subjetivo, seja ele individual, heterogêneo ou homogêneo, coletivo ou difuso.

Assim sendo, quanto menor o uso pela sociedade e pelo Judiciário do controle de constitucionalidade difuso, mais fragilizado fica o Estado Democrático de Direito e menor se torna o exercício da cidadania pelo povo.

Para Bastos (2009, p.138-154), é o sistema difuso no Brasil que representa o melhor sistema-tipo de controle de constitucionalidade, pois possui mecanismos mais eficientes de para uma proteção ágil contra ameaça de lesão ou aos Direitos Fundamentais, atendendo de pronto o cidadão que não encontra outro lugar para a se socorrer a não o judiciário.

Ademais, segundo entendimento de Faria (1994, p.48) é o juiz de primeiro grau que, trabalhando nos lugares mais remotos, no interior do país e nas periferias, quem está mais próximo do cidadão, atuando mais próximos da sociedade. Essa vivência dos magistrados de primeiro grau próximos à sociedade representam um importante elemento no exercício da cidadania.

Conforme Bastos (2009, p.172), impedir que cidadãos comuns, com problemas reais acessem o judiciário questionando a validade de uma norma por meio do controle difuso frustra o direito dessas pessoas de terem uma efetiva tutela jurisdicional, impedindo-as de alcançarem uma solução para uma ameaça ou lesão de direito. Isso inclui pessoas que tem seu direito lesado ou ameaçado pelo poder econômico ou pelo Poder Público em relação aos

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Estatísticas do STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>> Acesso em 16/12/2014.

direitos fundamentais, como saúde, educação, previdência, entre outros. Esse cidadão, muitas vezes miserável economicamente, tem no juiz de primeira instância seu principal socorro para resolver a lide.

CONCLUSÃO

Como visto, o Brasil possui o sistema misto de controle de constitucionalidade, sendo que o modelo concentrado ou abstrato ganhou novos contornos e se fortaleceu com a Constituição Federal de 88 e com as EC posteriores. Mas o modelo de controle difuso não está condenado a sumir do ordenamento jurídico pátrio, pois como demonstrado apresenta uma grande importância para o fortalecimento da Democracia e da cidadania.

Pois, o controle difuso de constitucionalidade mostra-se como um instrumento de grande importância e acessibilidade ao cidadão que pretenda questionar a validade de uma norma que esteja em conflito com a Constituição, garantindo igualmente aos direitos fundamentais maior proteção e segurança.

Além disso, o controle difuso possibilita que os juízes de primeira instância possam fazer suas interpretações sobre as leis em relação à Constituição, pois em um Estado Democrático de Direito construído sob bases sólidas, os magistrados não são apenas aplicadores da lei, sem convicção própria e sem nenhuma liberdade de atuação, mas sim, em primeiro lugar, são defensores da Constituição. Esse modelo de controle amplia o rol de agentes envolvidos, pois todas as partes e juízes, em todas as jurisdições, podem compor o sistema, ao contrário do controle concentrado, onde apenas os 11 ministros do STF decidem sobre o tema.

Por fim, confirma-se que o controle difuso é o modelo que mais contribui para a Democracia no Estado Democrático de Direito, pois como fora aqui demonstrado, esse tipo de controle é o que proporciona maior proximidade entre o cidadão e os juízes de primeiro grau, tendo em vista, a inviabilidade de centralizar as demandas de constitucionalidade apenas em um Tribunal localizado na capital federal, pois acentua-se o risco de inviabilizar o exercício efetivo da jurisdição, restringindo o número de pessoas que terão acesso a este mecanismo, sobretudo de buscar a tutela jurisdicional pessoalmente. Sendo assim, o controle difuso aproxima a tutela jurisdicional do cidadão comum, promovendo uma mitigação no déficit democrático.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES, *ética e nicômaco*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BASTOS, Elísio Augusto Velloso. *A garantia jurisdicional da constituição brasileira: análise e proposta para seu aprimoramento*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. O constitucionalismo social e a constituição como instrumento jurídico de contenção do poder econômico. In: BARROS, Sergio Resende de. *Licoes de direito constitucional*. Campinas: SP: Mileniun, 2007.

_____. *Algumas reflexões sobre os direitos humanos e suas gerações*. Revista dos Tribunais, RT 908, junho de 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto*. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/157131398/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil-pdf>> Acesso em 15 nov.2014.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROS, Sergio Resende de. *Direito do consumidor e gerações de direito*. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/direito-do-consumidor-e-geracoes-de-direitos.cont>> Acesso em 15 jan.2015.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Superação das Desigualdades Regionais in Eros Roberto GRAU & Willis Santiago GUERRA Filho (orgs.), Direito Constitucional - Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*, São Paulo, Malheiros, 2001.

_____. *Carl Schmitt, o Estado total e o guardião da Constituição*. Revista Brasileira de Direito Constitucional, N. 1, jan./jun. – 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

_____. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 8.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

BRANCO, Paulo Gustavo. *Aspectos de teoria geral dos direitos*. In: *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2ª parte. Ed. Brasília Jurídica. Instituto Brasiliense de Direito Público. 1º ed. Brasília: 2002.

BRASIL. *Constituição Dos Estados Unidos Do Brasil (De 18 De Setembro De 1946)*

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Estatísticas do STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>> Acesso em 16/12/2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. ver. e atual. de acordo com a emenda constitucional n. 70/2012. São Paulo: Saraiva, 2012.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010/2012.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

DOUZINAS, Costas. *O Fim dos Direitos Humanos*. São Leopoldo: Unissinos, 2009.

FARIA, José Eduardo. Os desafios do judiciário. *Revista da USP*. Mar/abr.mai de 1994.

HELAL, João Paulo Castiglioni. *Controle de constitucionalidade: teoria e evolução*. Curitiba, Juruá, 2006.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

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

HUNT, Lynn. *O romance e as origens dos direitos humanos*. VARIA HISTORIA, Belo Horizonte, vol. 21, nº 34: p.267-289, Julho 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

_____. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 17

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 3ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra ed. 1993.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. 3ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

OLIVEIRA, Almir de. Os direitos humanos no âmbito nacional. In: *Curso de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material*. Florianópolis: Habitus, 2002.

SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1998.

SCHIMITT, Carl. *The concept of state presupposes the concept of the political*, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed., rev. e atual. emenda constitucional n.56, de 20.12.2007. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Curso de direito constitucional*. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/176621107/Resumo-do-Livro-Curso-de-Direito-Constitucional-Jose-Afonso-da-Silva>> Acesso em: 18 nov.2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, 8.ed. Porto Alegre, 2009.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: por uma nova crítica do Direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Trad. Regis Barbosa e Karen e. Barbosa. Brasília: ed.da UNB, 1999.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.