VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

TEORIA CONSTITUCIONAL

ARMANDO ALBUQUERQUE DE OLIVEIRA

JOSÉ FILOMENO DE MORAES FILHO

THAIS NOVAES CAVALCANTI

ALESSANDRA APARECIDA SOUZA DA SILVEIRA

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Alessandra Aparecida Souza da Silveira; Armando Albuquerque de Oliveira; José Filomeno de Moraes Filho; Thais Novaes Cavalcanti – Florianópolis: CONPEDI, 2017.
Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-500-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Constituição Federal. 3. Direitos Humanos. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34

Universidade do Minho
Escola de Direito
Centro de Estudos em Direito da União Europeia

CONPEDI

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

A presente publicação intitulada “Teoria Constitucional” é resultado da prévia seleção de artigos e do vigoroso debate ocorrido no grupo de trabalho homônimo, no dia 8 de setembro de 2017, por ocasião do VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI, realizado na cidade de Braga, Portugal, nos dias 7 e 8 de setembro de 2017.

No supracitado Encontro, o referido GT apresentou os seus trabalhos juntamente com o GT “Teorias da Democracia e Direitos Políticos” sob a coordenação da Professora Doutora Alessandra Aparecida Souza da Silveira (Universidade do Minho), dos Professores Doutores Armando Albuquerque de Oliveira (UNIPÊ/UFPB) e José Filomeno de Moraes Filho (UNIFOR) e da Professora Doutora Thais Novaes Cavalcanti (Universidade Católica de Salvador).

O GT vem se consolidando no estudo e na discussão dos diversos problemas que envolvem a sua temática. Assim, questões relevantes, a exemplo da “Teoria da Constituição na era global: para uma historicidade da essência do constitucionalismo”, entre outras, constituem a presente coletânea.

Assim, este Livro apresenta algumas reflexões acerca de alternativas e proposições teóricas que convidam ao debate e acerca das constituições e, portanto, contribuem de forma relevante para que o GT Teoria Constitucional permaneça na incessante busca dos seus objetivos, qual seja, o de levar à comunidade acadêmica e à sociedade em geral uma contribuição relativa à sua temática.

Desejamos a todos uma boa leitura.

Profa. Dra. Alessandra Aparecida Souza da Silveira

Prof. Dr. Armando Albuquerque de Oliveira

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho

Profa. Dra. Thais Novaes Cavalcanti

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL: A CENTRALIZAÇÃO DO STF E OS DESAFIOS DEMOCRÁTICOS DESSE MODELO INSTITUCIONAL

CONTROL OF CONSTITUTIONALITY IN BRAZIL: THE CENTRALIZATION OF THE STF AND THE DEMOCRATIC CHALLENGES OF THIS INSTITUTIONAL MODEL

Gilsely Barbara Barreto Santana [1]

Resumo

O controle de constitucionalidade é parte das experiências constitucionais dos diversos países com suas respectivas histórias políticas e jurídicas. No Brasil, esse foi construído desde início do período republicano até o modelo misto da Constituição Federal de 1988. Assim, problematiza-se a forma como o modelo misto vem se configurando no Brasil com a centralização do STF no nosso modelo institucional, refletindo sobre os desafios democráticos decorrentes, considerando a interpretação plural e a sociedade aberta de interpretes da Constituição. A proposta em questão foi realizada por meio de pesquisa bibliográfica com a revisão da literatura pertinente ao tema na teoria constitucional.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade, Modelo institucional, Democracia

Abstract/Resumen/Résumé

The control of constitutionality is part of the constitutional experiences of the various countries with their respective political and legal histories. In Brazil, this was constructed from the beginning of the republican period up to the mixed model of the Federal Constitution of 1988. Thus, its analyzed with the centralization of the STF in our institutional model, reflecting on the Democratic challenges, considering the plural interpretation and open society of interpreters of the Constitution. The proposal was carried out by means of a bibliographical research with the revision of the literature pertinent to the subject in the constitutional theory.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Control of constitutionality, Institutional model, Democracy

[1] Mestre em Direito (UNB) e Doutoranda em Direito (UFBA). Advogada e Professora da Universidade do Estado da Bahia (UNEB).

1. Introdução

Assiste-se no Brasil a visibilidade do Supremo Tribunal Federal (STF) nos noticiários e nos debates políticos contemporâneos, nos quais é colocado como o fiel da balança ou quem dará a última palavra acerca de questões distintas e quase sempre polêmicas e controversas do país.

Esse lugar assumido pelo STF leva-nos as reflexões acerca do modelo institucional brasileiro de controle de constitucionalidade, o modelo misto (difuso e concentrado), em que há participação do STF, mas dos outros órgãos do Poder Judiciário e dos demais Poderes.

Ainda assim, ao debater a jurisdição constitucional e o controle de constitucionalidade existe um imaginário de centralização no STF e esse imaginário carece de investigação, ou seja, trata-se de um imaginário decorrente de insuficiência de informações acerca do nosso modelo ou de uma realidade a ser admitida.

Além disso, questionam-se também quais os desafios dessa centralização imaginária ou real em face de sociedades complexas e plurais que se pretendem democráticas. Logo, o objetivo desse artigo é refletir sobre o lugar do STF na jurisdição constitucional brasileira, problematizando a atual configuração do modelo misto de controle de constitucionalidade e os desafios democráticos do mesmo.

O artigo proposto é no campo temático da teoria constitucional e o método utilizado é a pesquisa bibliográfica (identificação, sistematização e proposições conceituais), por meio da revisão de literatura atinente ao tema. Ressalte-se a abordagem interdisciplinar, uma vez que procura articular um conjunto de aspectos atinentes ao jurídico (teoria constitucional, teoria processual e organização do estado) e a correlação com os elementos sócios- políticos.

Parte-se do constitucionalismo para situar o controle de constitucionalidade, adentra-se na experiência brasileira dos textos constitucionais, explicitando o controle antes e até a Constituição de 1988, discutindo as suas especificidades e os desafios democráticos decorrentes, considerando a interpretação plural e a sociedade aberta de interpretes da Constituição. Logo, o artigo foi subdividido em tópicos que abordarão em seqüência, o controle de constitucionalidade no constitucionalismo, a história do controle de constitucionalidade no Brasil, a reflexão sobre o nosso modelo institucional na atualidade e os desafios do mesmo, apresentando por fim as conclusões e referências.

2. Constitucionalismo e Controle de Constitucionalidade.

O Constitucionalismo agrega as experiências constitucionais e a teorização dessas experiências, logo inexiste historicamente no singular, sendo constitucionalismos no plural ou movimentos constitucionais nos termos utilizados pelo constitucionalista português Joaquim Canotilho (CANOTILHO, 1997).

Nesta mesma perspectiva, Mauricio Fioravanti em seu livro clássico sobre a história constitucional, refutando a perspectiva evolucionista, afirma:

> Devemos dizer que não encontrará aqui nenhuma história do constitucionalismo, desde suas profundas raízes antigas e medievais, tendo desenvolvimentos e resultados modernos e contemporâneos. Para nós, uma história desse gênero existiu, no sentido que nunca existiu um constitucionalismo, mas que tenha existido várias doutrinas da constituição, com a intenção sempre recorrente, de representar no plano teórico a existência, a necessidade, de uma constituição, de um ordenamento geral da sociedade e dos seus poderes (FIORAVANTI, 2001, p.12). [Tradução nossa].

O conceito de Fioravanti da constituição como o ordenamento geral das relações sociais e políticas é frutífero, pois remete a discussão sobre a legitimação do poder e a percepção disso em diversos processos históricos, configurando a dimensão material da Constituição (sociológica para alguns).

Contudo, o diferencial da modernidade é a constituição como forma, isto é, "*De qualquer modo está em movimento uma intenção de confiar a um acto formal a definição das bases da comunidade política*" (SOARES, 1986, p.39). Uma norma jurídica superior e fundante do ordenamento jurídico que limita o poder do governo. A partir de então, a forma e a matéria estão relacionados a idéia de constituição e do constitucionalismo, havendo uma mudança semântica desses conceitos no tempo, ou seja, "*o conceito de constitucionalismo, por sua vez, está diretamente conectado à noção de constituição, que se desdobra, desde a modernidade, em dois grandes grupos de significado, que durante grande parte de sua recente história foram operados com o recurso à dicotomia forma-matéria*" (PAIXÃO, 2004, p.26).

Assim sendo, com a formalidade constitucional desde século XVIII e XIX, em um Estado de Direito a produção normativa infraconstitucional deve estar em conformidade com a Constituição, afirmando o principio da supremacia constitucional decorrente da hierarquia normativa existente no ordenamento jurídico, tendo o Poder Judiciário um papel de determinação da mencionada conformidade com a Constituição nos casos em que atuam. (PAIXÃO, 2004).

Tais características remontam ao caso *Marbury x Madison*, este inaugural do controle de constitucionalidade na Suprema Corte Americana, em 1803[1]. Contudo, ao longo das diversas experiências constitucionais em tempo e espaços distintos, o controle de constitucionalidade foi adquirindo formas próprias e especificidades, como tipos de controle (judicial, político e misto)[2], modelos de controle (difuso e concentrado), vias (incidental-concreta e principal-abstrata)[3] e momentos (preventivo e repressivo). (PAIXÃO e BIGLIAZZI, 2004)

A formalidade constitucional e os novos significados atribuídos a Constituição (matéria e forma) acima citados, que com as contribuições das experiências inglesa, francesa e estadunidense formataram o constitucionalismo liberal do século XVIII e XIX, posteriormente o constitucionalismo social, que tem como referência a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de Weimar de 1919 e o constitucionalismo democrático com referências em muitas constituições do pós guerra e final do século XX, como a alemã de 1949/2002, a portuguesa de 1976, a brasileira de 1988 e colombiana de 1991, dentre outras.

Tais perspectivas do constitucionalismo moderno e contemporâneo (liberal, social e democrático) estão relacionadas à maneira como as constituições incorporaram as dimensões de direito (individuais, sociais e difusos), incorporando também as críticas à articulação entre sujeito de direito, a democracia, o Estado e o papel das constituições (COSTA, 2010).

Ressaltem-se ainda as recentes inovações teóricas do novo constitucionalismo latino americano, explicitados predominantemente nas Constituições da Bolívia, em 2009 e do Equador, em 2008, marcado pela afirmação de referenciais históricos próprios dos povos indígenas andinos, como os conceitos de *bien viver e pachamama*, bem como, a concepção de

---

[1] O caso Marbury versus Madison é considerado a referência do judicial review na Suprema Corte, mas há precedentes de declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais estaduais, diante da constituição estadual; destacando algumas decisões como *Holmes v. Walton*, Nova Jersey (1780), *Commonwealth v. Cotan*, Virginia C.A. (1782), *Rutgers v. Waddington*, Nova York (1784). (ÀVILA, 2002)

[2] O controle judicial foi presente na experiência americana (*judicial review)*, o controle político na experiência francesa com o Conselho Constitucional e a experiência mista da Suíça. O tipo de controle remonta ao famoso debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, no qual aquele faz a defesa do controle judicial como possível freio à política e Schimidt traz a perspectiva do presidente do Reich como guardião da constituição. (BONAVIDES, 2004) e (SCHMITT, 2007).

[3] O controle difuso realizado por todos os órgãos do Poder Judiciário pela via incidental é oriundo da experiência americana, já o controle concentrado pela via principal é realizado por um órgão jurisdicional especial (tribunal constitucional) oriundo da experiência austríaca.

Estado Plurinacional e de Corte Constitucional que reconhecem as diferenças étnicas (GARGARELA e COURTIS, 2009) e (MORAIS e BARROS, 2014).

Como parte dessas experiências constitucionais (constitucionalismos), destacam-se os modelos de cortes supremas, órgãos responsáveis pelo processamento das ações que tematizam o controle de constitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal, STF, criado em 1890, acompanhou as modificações da República brasileira e é parte dos (des)caminhos da construção da cidadania no país, conforme analisado por Emilia Viotti da Costa:

> Em um país onde as sublevações e os golpes se repetem, as constituições se sucedem e o estado de direito tem sido várias vezes interrompido por períodos de exceção; em um país em que o Executivo, de tempos em tempos, ignora dispositivos constitucionais, dissolve o Congresso, governa por decreto, emite a torto e a direito medidas provisórias que se perpetuam, cria atos institucionais que contrariam a Constituição, declara estado de sítio durante o qual ficam suspensas as garantias constitucionais, prende e desterra cidadãos sem nenhum processo; em um país cujos governantes se recusam às vezes a obedecer às decisões emanadas da mais alta Corte de Justiça, interferindo diretamente nela, desrespeitando sua autonomia, negando-se a preencher vagas ou alterando o número de ministros- é de esperar que essa Corte funcione como uma caixa de ressonância que registra os ritmos agitados da história nacional. Sendo inevitavelmente levado a participar das lutas políticas que se travam à sua volta e sofrendo suas conseqüências, **o Supremo Tribunal Federal é, ao mesmo tempo, agente e paciente dessa história**. Grifo nossos. (COSTA, 2006)

Nessa construção histórica, o modelo institucional do STF foi sendo influenciado por outros modelos de cortes. Os dois modelos de cortes supremas que influenciaram a experiência brasileira são a Suprema Corte Americana e a Corte Constitucional Alemã.

A Suprema Corte Americana prevista na Constituição Americana, 1787, foi efetivamente criada através do *Judiciary Act* de 1789. Nesses mais de duzentos anos de existência, a Suprema Corte passou por transformações, sendo que é formada por 9(nove) juízes, para carreira vitalícia, a nomeação é feita pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, por maioria simples, inexistindo idade limite ou aposentadoria

compulsória. O Presidente da Suprema Corte (Chief Justice) é escolhido pelo Presidente da República[4].

A Suprema Corte Americana atua no controle de constitucionalidade de forma difusa por meio da competência recursal, os casos são admitidos na corte após seleção prévia do Presidente e aprovação por quatro membros, havendo a emissão de carta requisitória ao tribunal inferior. Tal procedimento de admissibilidade permite um pequeno número de casos que são submetidos a julgamento.(SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 2017)

As decisões criam precedentes que orientam os tribunais inferiores com vinculação obrigatória e formam a jurisprudência da Corte, que tende a ser fidelizada. Ressalte-se que os precedentes podem ser contrapostos em face do caso (distinguing) e o precedente pode ser superado de forma fundamentada (overrulling). .(SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 2017)

O Tribunal Constitucional da Alemanha, criado em 1951, é composto por 16 (dezesseis) membros nomeados pelo Poder Legislativo com maioria qualificada (dois terços) para um mandato de 12 anos sem recondução. Metade dos juízes é oriunda de tribunais federais inferiores e a outra metade de livre escolha, com idade mínima de quarenta anos e máxima de sessenta e oito anos. A presidência e a vice-presidência também são escolhidas pelo Legislativo. (MENDES, 2014).

O Tribunal tem como competência o controle de constitucionalidade abstrato e concreto de normas, em destaque o recurso constitucional (proposta por qualquer pessoa sob alegação de violação aos direitos fundamentais). As decisões têm efeitos anulatórios da decisão ou ato impugnado no recurso constitucional e no controle de constitucionalidade abstrato ou difuso, a decisão tem efeitos *ex tunc* e vinculante.

Conforme a Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal é formado por 11 juízes denominados de ministros, nomeados pelo Executivo e aprovados pelo Senado Federal. Exige-se notável saber jurídico e reputação ilibada para indicação ao cargo. Os ministros têm idade mínima de 35 e aposentadoria compulsória aos 75 anos. A presidência e a vice-

[4] A Primeira Corte, 1790-1801 (Jay, Rutledge e Ellsworth); A Corte Marshall, 1801-1836; A Corte Taney, 1837-1864; Guerra Civil e Reconstrução, 1861-1877; Cortes Chase e Waite, 1864-1888; Corte Fuller, 1888- 1910; Cortes White e Taft, 1910-1930; Corte Hughes, 1930-1941; Cortes Stone e Vinson, 1941-1953; Corte Warren, 1953-1969; Corte Burger, 1969-1986 e Corte Rehnquist, 1986-2005; Corte Robert, 2005-atual. (SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 2017)

presidência são escolhidas entre os ministros para um mandato de dois anos. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017)

O STF tem competência recursal e uma série de competências originárias, assim atua tanto no controle abstrato e concentrado de constitucionalidade. No controle concentrado, a decisão tem efeitos *ex tunc* e vinculante, cabendo modulação dos efeitos da decisão.

Os modelos em questão (STF, Suprema Corte Americana e Tribunal Constitucional Alemão) levantam discussões acerca das competências das cortes, composição, processamento e julgamento, a influência dos demais Poderes, especialmente o Poder Executivo nas Cortes e a conseqüente politização das mesmas e o ativismo das cortes e sua legitimação nas democracias contemporâneas.

Os modelos das cortes são parte da história política e jurídica dos países e dizem muito sobre as peculiaridades e especificidades das respectivas construções[5], refutando a perspectiva de modelos ideais a serem seguidos, mas ressaltando os modelos como partes das experiências constitucionais com aprendizados internos e recíprocos. Logo, segue-se a contextualização da experiência brasileira do controle de constitucionalidade para tematização do nosso modelo institucional atual.

3. Controle de Constitucionalidade no Brasil

Na história constitucional brasileira, o controle de constitucionalidade foi sendo afirmado nas constituições brasileiras, em que os textos estão relacionados aos contextos. De outro modo, o modelo institucional de controle é influenciado pelas relações de poder instituídas, dimensionando os lugares dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e os graus de autonomia.

O controle iniciou com o modelo difuso na República, por meio da Constituição Provisória de 1890, sendo confirmado na Constituição de 1891, frisando a influência da experiência americana.

Na Constituição de 1934, manteve-se o modelo difuso com o acréscimo da atuação do Senado, com a prerrogativa de tornar as decisões do STF de efeitos *inter partes* para efeitos *erga omnes* e o acréscimo da cláusula de reserva de plenário (declaração de

[5] A titulo de exemplo, a admissão da legislação social nos EUA e a relação entre os presidentes Roosevelt , Nixon, Reagan e Bush com a Suprema Corte e sua jurisprudência. O lugar do Tribunal Constitucional Alemão na transição democrática e no afastamento da experiência e imaginário do nazismo. A relação entre a ditadura militar brasileira e a Supremo Tribunal Federal.

inconstitucionalidade por maioria dos Tribunais). Além disso, foi introduzido o modelo concentrado com a representação interventiva, proposta pelo Procurador Geral da República, na qual o STF deveria declarar a constitucionalidade de lei que decretasse a intervenção federal em Estado-membro. (MENDES, 2014).

A Constituição outorgada de 1937 manteve o controle difuso com a adaptação da atuação do Senado, pois este foi extinto e o Poder Legislativo era formado pela Câmara dos Deputados e o Conselho Federal. Já quanto ao modelo concentrado, a declaração de inconstitucionalidade na representação interventiva poderia não produzir efeitos, pois o Legislativo por maioria qualificada (2/3) poderia validar a lei declarada inconstitucional. (MENDES, 2014).

A Constituição de 1946 retomou os termos do controle difuso da Constituição de 1934, já quanto ao controle concentrado, a representação interventiva teve modificações ficando condicionada a declaração de inconstitucionalidade do ato do Estado membro pelo STF. (MENDES, 2014).

.A Emenda Constitucional nº 16/1965 introduziu novas ações ao controle concentrado no país, isto é, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI genérica), legitimado a proposição o Procurador Geral da República, tendo como objeto o controle abstrato de leis ou atos normativos federais e estaduais junto ao STF e leis e atos normativos municipais em face da Constituição Estadual junto ao Tribunal de Justiça.

Essa emenda é considerada um marco na consolidação do controle concentrado no país, mas existem narrativas que apontam os interesses envoltos na ADI genérica, vejamos:

> Nos primeiros anos da década de sessenta, já sob a égide do regime militar, incorporou-se à Constituição, por meio de emenda, outra modalidade de controle de constitucionalidade das leis, a concentrada, com a previsão da ação direta de inconstitucionalidade das leis, a qual poderia ser ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal pelo Procurador-Geral da República, à época demissível *ad nutum* pelo Presidente da República.
> O que poderia parecer um avanço, na verdade foi uma esperteza dos militares, os quais diante do risco, mesmo com toda a truculência que costumavam utilizar, de terem seus projetos de lei modificados no Congresso, ou mesmo de verem os vetos dos presidentes militares derrubados, buscaram no controle concentrado de constitucionalidade das leis uma oportunidade singular para derrubar no Supremo Tribunal Federal as leis aprovadas com as quais não estivessem de acordo, especialmente diante de vetos derrubados. O trabalho era fácil porque o Procurador-Geral estava nas mãos do Presidente da República, já que estava sujeito à demissão, assim como os Ministros do Supremo Tribunal Federal, estes diante da possibilidade de aposentadoria precoce. (RAMOS e RIBEIRO FILHO, 2011, p. 65 e 66).

A Constituição de 1967 manteve o controle difuso e o controle concentrado com a representação interventiva e a ADI genérica, ambas com legitimação do Procurador Geral da República, contudo, o controle de constitucionalidade de leis municipais pelos Tribunais de Justiça fora suprimido e posteriormente retomado com a emenda 1/1969 no que se refere à intervenção no município. (MENDES, 2014).

A Constituição de 1988 mantém e amplia o nosso modelo misto de controle de constitucionalidade, com a combinação dos métodos difuso-incidental e concentrado-principal. Frise-se que o modelo de controle de constitucionalidade no Brasil envolve todo o Poder Judiciário (controle repressivo) por meio do controle difuso e de forma concentrada os Tribunais de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, formando uma jurisdição constitucional, isto é, atribuições constitucionalmente conferidas a órgãos do Poder Judiciário para o processamento de ações específicas ou de forma incidental nos casos concretos. Além disso, existe o controle preventivo, a participação dos Legislativo e Executivo, por meio das Comissões de Constituição e Justiça (CCJs) e do veto do Executivo, a análise prévia da constitucionalidade das propostas legislativas. (BONAVIDES, 2004).

No aspecto do controle repressivo, destaca-se no método difuso-incidental a criação do mandado de injunção. O controle concentrado-principal temos a criação da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), a ação declaratória de constitucionalidade(ADC) e argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

O aumento do rol de legitimados nas ações diretas que antes era exclusividade do Procurador Geral da República e passou a incorporar representações do executivo, legislativo, ministério público, partido político, OAB, confederação sindical e entidade de classe. Tal ampliação significou um processo de democratização do controle de constitucionalidade abstrato de leis no país.

O *amicus curiae* (amigo da corte) e a audiência pública são possibilidades de outros atores participarem do controle concentrado além do rol de legitimados, o que também pode significar a ampliação do processo de democratização. O *amicus curiae* é deferido pelo ministro relator do processo no STF, consistindo em manifestação de órgãos ou entidades no processo, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos pleiteantes. Já as audiências públicas servem a esclarecimento de matéria ou circunstância de fato por meio de depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

As ações do controle abstrato têm como características a natureza dúplice, a inexistência de desistência, arguição de suspeição, intervenção de terceiros, não comporta ação rescisória, causa de pedir com fundamento aberto (vincula-se ao pedido apenas), a possibilidade de medida liminar, sendo sistematizados os procedimentos em legislações infraconstitucionais posteriores[6].Os efeitos da decisão são *erga omnes*, retroativos (*ex tunc*), vinculante, e repristinatório em relação à legislação anterior. Ressalte-se a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão.(MENDES, 2014).

Essa configuração do modelo misto de controle de constitucionalidade no Brasil com a Constituição Federal de 1988 implicou acréscimos de atribuições ao STF em decorrência das ações e possibilidades processuais, isto é, atuação como última instância recursal do Poder Judiciário fazendo o controle difuso e no processamento e julgamento de forma originária das ações do controle concentrado.

Tal configuração promoveu um volume expressivo de ações junto ao STF, em 2017 o Tribunal iniciou 2017 com um acervo de 61.816 ações em tramitação (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017), o que o singulariza e diferencia, levando a questionamento acerca da condição não genuína de corte constitucional do STF (MULLER, 2005). Apesar disso, o STF, sobretudo vem conformando um lugar institucional de centralização do controle de constitucionalidade no Brasil, embora tenhamos um modelo misto. Essa centralização não é imaginária, decorrente do desconhecimento do nosso modelo misto pelo senso comum, mas real e produtora do lugar de pode do STF na atualidade.

A centralização se dá em virtude da atuação do STF tanto no controle difuso e concentrado, especialmente com uma atuação que tende a uniformizar e generalizar as decisões do tribunal no controle difuso para todo o Poder Judiciário através de meios processuais como a súmula vinculante, a repercussão geral, os precedentes, a modulação dos efeitos das decisões. A justificativa para tais meios giram em torno da economia processual e segurança jurídica, considerando que o STF funciona como quarta instância e para muitos, essa é excessiva e desnecessária.

Por outro lado, a tendência a uniformização desnatura o próprio conceito de controle difuso que é a possibilidade do debate da constitucionalidade em face do caso concreto e

[6] Em destaque as leis 9868/1999 e 9882/1999 além dos Regimentos Internos do STF e dos Tribunais Estaduais.

acessível a todas as instâncias do Poder Judiciário, caracterizando o fenômeno da abstrativização do controle difuso, que significa uma ampliação do lugar institucional do STF.

Neste sentido, além dos meios processuais que generalizam o processo decisório e leva a um enquadramento das instâncias inferiores, o citado lugar institucional também fomenta uma cultura jurídica de repetição do entendimento do STF por outras instâncias através do argumento de autoridade em detrimento das singularidades e especificidades do caso.

Assim sendo, a caracterização nos livros de direito constitucional do modelo misto de controle de constitucionalidade no Brasil diz pouco sobre a tendente uniformização do controle de constitucionalidade e a conformação de um modelo institucional centralizado no STF, o que demanda reflexão acerca dos desafios democráticos de tal configuração.

4. Os desafios democráticos do modelo institucional.

Se por um lado, um órgão do poder judiciário ter atribuição de julgar a constitucionalidade significou historicamente a afirmação da autonomia do direito frente à política e horizontes de democratização, podendo o Judiciário exercer função contramajoritária, por outro lado questiona-se a legitimidade democrática de um órgão composto de onze ministros centralizar o debate da constitucionalidade no país.

Frise-se que a reflexão e a crítica são quanto à descaracterização do controle difuso e conseqüente centralização do STF no controle de constitucionalidade como anteriormente exposto, ou seja, afirma-se a importância das Cortes constitucionais no controle de constitucionalidade, mas refuta-se a sua configuração como o único ator, limitando e reduzindo a participação dos outros órgãos e instâncias do Poder Judiciário e conseqüentemente da sociedade.

O processamento e julgamento da constitucionalidade de leis de forma abstrata ou em face ao caso concreto não se resumem a mera adequação textual, demandando horizontes interpretativos considerando a complexidade do ordenamento jurídico e a nossa constituição analítica formada por um sistema normativo aberto de regras e princípios.

A constitucionalidade a ser julgada diz respeito à validade perante o ordenamento jurídico, mas a norma e o seu texto explicitam também as disputas políticas e as lutas por

reconhecimento em torno da aplicação e interpretação do Direito. A Constituição se constitui nas lutas por reconhecimento a partir dos debates e confrontos na esfera pública, dimensionando seja a abertura constitucional para além do texto ou a concepção de que o direito é algo aberto e vivenciado no processo sócio-histórico instituinte de direitos.

Em uma sociedade plural e complexa a aplicação do direito é sobremaneira interpretação. A condição de intérpretes dos diversos atores sociais envolvidos aponta que as experiências sociais são mediadas pela compreensão, não sendo a linguagem um mero instrumento provido de neutralidade, mas algo que constitui e conforma contextos e realidades, vejamos:

> Acreditava-se que mediante o estabelecimento de normas gerais e abstratas resolvia-se o problema do controle social; a aplicação das leis deveria ser cega às especificidades das sempre distintas situações de aplicação. O imperativo categórico kantiano – age de tal forma que a máxima de tua ação seja sempre uma lei universal – deveria cobrar não somente no campo da adoção das normas, mas igualmente no da sua aplicação, uma aplicação automática, férrea e inafastável da lei, sempre que se verificasse a hipótese normativa prevista. A crença na capacidade de racionalmente, por intermédio da fórmula lei, regularmos a vida moral, ética e jurídica de sorte a ficarmos livres de problemas no campo da aplicação normativa.
>
> Bom, o problema é que as normas gerais isoladas não esgotam a complexidade da vida. Se bem examinarmos a constituição e o ordenamento jurídico, veremos que há princípios contrários que são densificados em regras e que transmitem a tensão originária entre eles a todo o ordenamento que, nesse sentido, não se fecha aos eventos da vida cotidiana, como uma realidade perfeita em si mesma, mas, ao contrário requer a concretude e individualidade dos eventos para a configuração normativa adequada a reger aquela situação determinada, sempre específica e datada (CARVALHO NETTO, 2003, p. 15).

Nesse sentido, a fórmula "lei como um fim em si mesmo" torna-se insustentável com a concepção de que a linguagem é constitutiva do estar no mundo implicando uma perspectiva interpretativa, ou seja, somos mediados pela compreensão, e a interpretação é um lugar no mundo, em vez de um método de acesso a verdades (GADAMER, 2003)[7].

Esse horizonte interpretativo-hermenêutico ressalta a importância da aplicação e interpretação e seus papéis criativos, reforçando o elemento político do direito, superando as polarizações em torno da "vontade do legislador" e "vontade da lei" definidas,

[7] Hans Kelsen, embora marcadamente inscrito no positivismo jurídico, já admitia o papel criativo da interpretação. No conhecido texto "Sobre a teoria da interpretação", afirma "Existe, em suma, a interpretação de todas as normas, na medida que elas devam ser implementadas, na medida em que o processo de criação e implementação da lei se move do nível hierárquico para o seguinte". (KELSEN, 1997, p.32). Ver também Carvalho Netto (1997).

respectivamente, como a busca de um sentido originário-fundante e a busca de um sentido próprio da norma (STRECK, 2005)[8].

Assim, as mencionadas vontades cedem a uma interpretação plural que tem na Constituição, enorme relevância pela força normativa que possui e por consubstanciar todo o sistema jurídico, sendo mais que um texto, mas um conjunto de princípios que norteia a vida social e se constitui no conflito e nas respectivas lutas por reconhecimento.

A interpretação é plural, não se resumindo aos juízes e tribunais, mas a uma sociedade aberta de intérpretes da constituição, que compõe a diversidade do tecido social, ou seja, a interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador e constituinte dessa sociedade. Os critérios de interpretação constitucional hão de ser mais aberto quanto mais pluralista for a sociedade (HABERLE, 1997).

Rosenfeld (2003), também menciona essa abertura constitucional ao discutir a identidade do sujeito constitucional. Utilizando elementos analíticos advindos da psicanálise, como identidade, sujeito, *self*, outro, e da literatura, como negação, metáfora e metonímia, afirma que

> um texto constitucional escrito é inexoravelmente incompleto e sujeito a múltiplas interpretações plausíveis. Ele é incompleto não somente porque não recobre todas as matérias que ele deveria contemplar, mas porque, além do mais, ele não é capaz de abordar exaustivamente todas as questões concebíveis que podem ser levantadas a partir das matérias que ele acolhe. Mais ainda, precisamente em razão da incompletude do texto constitucional, as constituições devem permanecer abertas à interpretação; e isso, no mais das vezes, significa estarem abertas às interpretações conflitantes que pareçam igualmente defensáveis. NR: Pode parecer que esse problema possa ser absolutamente evitado mediante a adesão ao que se pode denominar enfoque 'minimalista' da interpretação constitucional, segundo o qual a menos que o texto constitucional clara e inequivocamente garanta um direito, esse direito não pode ser reconhecido, errando assim, se necessário, do lado da democracia (ROSENFELD, 2003, p.18-19

[8] Lenio Streck, em face da sua perspectiva hermenêutica gadameriana, considera uma *discussão ultrapassada* a questão da vontade da lei e do legislador, afirmando "assim, embora as duas correntes não possam ser distinguidas com grande nitidez, didaticamente podem ser separadas, conforme o reconhecimento da vontade do legislador (doutrina subjetivista) ou da vontade da lei (doutrina objetivista) como sede do sentido das normas. A primeira insiste em que, sendo a ciência jurídica um saber dogmático (a noção de dogma enquanto um princípio arbitrário, derivado de vontade do emissor da norma lhe é fundamental) é, basicamente, uma compreensão do pensamento do legislador; portanto, interpretação *ex tunc* (desde então), ressaltando-se, em consonância, o papel preponderante do aspecto genético e das técnicas que lhe são apropriadas (método histórico). Para a segunda (objetivista), a norma goza de um sentido próprio, determinados por fatores objetivos (o dogma é um arbítrio social), independente até certo ponto do sentido que lhe tenha querido dar o legislador, donde a concepção da interpretação como uma compreensão *ex nunc* (desde agora), ressaltando o papel preponderante dos aspectos estruturais e as técnicas apropriadas à sua captação (sociológico)" (STRECK, 2005, p.101).

A interpretação assim concebida reforça o elemento político do direito e o insere também na disputa por configurações sociais e projetos de sociedade. Vejamos:

> Esse processo político não é eliminado da Constituição, configurando antes um elemento vital ou central no mais puro sentido da palavra: ele deve ser comparado a um motor que impulsiona esse processo. Aqui, verificam-se o movimento, a inovação, a mudança, que também contribuem para o fortalecimento e para a formação do material da interpretação constitucional a ser desenvolvida posteriormente. Esses impulsos são, portanto, parte da interpretação constitucional, porque, no seu quadro, são realidades públicas e, muitas vezes, essa própria realidade é alterada sem que a mudança seja perceptível (HABERLE, 1997, p.26).

Tais elementos – a linguagem, a interpretação etc. – consubstanciam o paradigma do Estado Democrático de Direito como possibilidade de tematizar o direito numa sociedade complexa, em que a lei e seu texto não significam respostas, mas novas problematizações; em que o Estado de Direito requer democracia e em que legalidade se distingue de legitimidade. Tais incrementos teóricos possibilitam instrumentos e reforçam a perspectiva interna, ou seja,

> a dinâmica de incorporação de uma tensão permanente, imprescindível à atual abordagem constitucional, entre um enfoque sociológico e desconstrutivo, crítico das possibilidades de abuso sempre presentes no Direito Constitucional, e a perspectiva interna e reconstrutiva, capaz de garantir a inafastabilidade dos princípios da igualdade e da liberdade reciprocamente reconhecidos por todos os membros da comunidade política a si mesmos (CARVALHO NETTO, 2003).

Nesse sentido, a abordagem constitucional tem particular relevância, especialmente nas formulações em torno do paradigma do Estado Democrático de Direito, pois supera a dicotomia entre constituição formal e material, afirmando a autoaplicabilidade e força normativa das disposições constitucionais, entendendo a constituição como uma comunidade de princípios que norteia todo o ordenamento jurídico, sendo tais princípios densificados no conflito e nas lutas por reconhecimento. Tal abordagem desontologiza as categorias jurídicas e suas conceituações estanques, inserindo os institutos na fluidez necessária ao desafio de articular Estado de Direito e Democracia.

Essa interpretação plural que não se resume ao texto e o ressignifica no contexto social e em seus conflitos dizem respeito a uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, mas quando essa interpretação da constituição é reduzida a um tribunal constitucional, pode configurar a idéia da Corte Constitucional como o superego da sociedade, nos termos de Ingeborg Maus, isto é, "*por trás da principiologia da interpretação constitucional podem esconder-se a vontade de domínio, a irracionalidade e o arbítrio*

cerceador da autonomia dos indivíduos e da soberania popular, constituindo-se como obstáculo a uma política constitucional libertadora"(MAUS, 2000, p.01)

De outro modo, se a interpretação da constituição não se resume a mera adequação como limites de significados e legitimação, sob o risco de desvinculação total das decisões e jurisprudência do texto e seus limites, conforme Maus afirma ao analisar a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão (TFC):

> a "competência" do TFC — como de qualquer outro órgão de controle da constitucionalidade — não deriva mais da própria Constituição, colocando-se em primeiro plano. Tal competência deriva diretamente de princípios de direito suprapositivos que o próprio Tribunal desenvolveu em sua atividade constitucional de controle normativo, o que o leva a romper com os limites de qualquer "competência" constitucional. O TFC submete todas as outras instâncias políticas à Constituição por ele interpretada e aos princípios suprapositivos por ele afirmados, enquanto se libera ele próprio de qualquer vinculação às regras constitucionais. "Legibus solutus": assim como o monarca absoluto de outrora, o tribunal que disponha de tal entendimento do conceito de Constituição encontra-se livre para tratar de litígios sociais como objetos cujo conteúdo já está previamente decidido na Constituição "corretamente interpretada", podendo assim disfarçar o seu próprio decisionismo sob o manto de uma "ordem de valores" submetida à Constituição. (MAUS, 2000, p.190 e 191)

A centralização do STF no controle de constitucionalidade no Brasil limita a pluralidade de intérpretes da Constituição que um controle difuso melhor distribuído entre os demais órgãos do Poder Judiciário o potencializa, bem como, a centralização do STF na interpretação da Constituição pode levar a decisionismo desvinculado do texto e dos limites impostos a jurisdição constitucional pela própria Constituição.

5. Conclusões

As experiências constitucionais conformaram o controle de constitucionalidade dos diversos países como parte das respectivas histórias políticas e jurídicas, como perceptíveis nas experiências americana, alemã e brasileira.

Quanto a experiência brasileira, o controle de constitucionalidade no Brasil foi sendo construído desde início do período republicano, atravessando os diversos textos constitucionais e estando relacionado com os contextos político e jurídico da época.

A Constituição Federal de 1988 amplia o modelo misto de controle de constitucionalidade com o modelo misto que combina os métodos difuso-incidental e concentrado-principal. Ocorre que, o modelo misto vem sendo descaracterizado com a tendência a abstrativização do controle difuso e conseqüente centralização do STF no controle de constitucionalidade.

Assim sendo, problematizou-se esse modelo institucional com centralização do STF, a partir da interpretação plural e a sociedade aberta de interpretes da Constituição, as quais são limitadas pelo modelo em curso, reduzindo a participação de outros órgãos e instâncias do Poder Judiciário e a sociedade como todo. Além do que há o risco decorrente da centralização de decisionismo, desvinculação do texto e dos limites impostos pela própria Constituição.

6. Referências

AVILA, Thiago A. P de. **Um panorama histórico da Suprema Corte Americana**. Brasília, Mimeo, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15a. Edição. São Paulo: Malheiros Editores. 2004.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina. 1997.

COSTA; Emilia Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania**. São Paulo, Unesp 2006..

COSTA; Pietro. **Soberania, representação e democracia: ensaios de história do Pensamento Jurídico**. Curitiba: Juruá, 2010.

FIORAVANTI, Mauricio. **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. Madrid: Trotta, 2001.

GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Organização de Pierre Fruchon. Tradução de Paulo Cesar Duque. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

GARGARELA, Roberto e COURTIS, Christian. El nuevo constitucionalismo latino americano: promesas e interrogantes. **Serie Politicas Sociales**, nº 153, Santiago Del Chile, Cepal/Nações Unidas.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. **El derecho procesal constitucional. Debido proceso**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.

HABERLE, P. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta aos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HABERMAS, J.. A luta por reconhecimento no estado democrático de direito. In: HABERMAS, J. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução de George Sperber; Paulo A. Soethe; Milton C. Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

KELSEN, H. Sobre a teoria da interpretação. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, 3(5), jan/jul, p. 31-43, 1997.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, nº 58, nov. de 2000

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 6ed. São Paulo, Saraiva, 2014.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de e BARROS, Flaviane de Magalhaes (coord.). **O novo constitucionalismo latino-americano: o debate sobre novos sistemas de justiça, ativismo judicial e formação de juízes**, Belo Horizonte, Arraes Editores, 2014

MULLER, Friedrich. Dez propostas para o Poder Judiciário na República Federativa do Brasil. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: RIHJ**, Belo Horizonte, v. 1, n. 3, jan./dez. 2005.

PAIXÃO, Cristiano e BIGLIAZZI, Renato. **História Constitucional inglesa: do surgimento à estabilização da forma constitucional**. Brasília. Editora UnB. 2008.

PAIXÃO, Cristiano. **A Reação Norte-Americana aos Atentados de 11 de Setembro de 2001 e seu Impacto no Constitucionalismo Contemporâneo: Um Estudo a Partir da Teoria da Diferenciação do Direito**. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte. 2004

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa e RIBEIRO FILHO, Jorge Luis. **O Controle de Constitucionalidade no Estado do Maranhão: controle de constitucionalidade de leis e atos normativos estaduais e municipais contestados em face da Constituição do Estado do Maranhão de 2006 a 2009**. Cad. Pesq., São Luís, v. 18, n. 1, jan./abr. 2011.

ROSENFELD, M. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução e apresentação de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SACCHETTA, José. O Direito na História: reflexão crítica sobre a pesquisa jurídica no Brasil. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CERQUEIRA, Nelson. (Org.). **Metodologia da Pesquisa em Direito**. 1ed.Salvador: JusPodivm, 2010, v. 2, p. 100-120.

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

SOARES, Rogério Ehrhardt. O conceito ocidental de Constituição. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**. Ano 119. N° 3743-3744. Coimbra: Coimbra Editora, junho e julho de 1986.

SOUZA, J. A singularidade ocidental como aprendizado reflexivo: Jurgen Habermas e o conceito de esfera pública. In: SOUZA, J. **A modernização seletiva**: uma reinterpretação do dilema brasileiro. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

STRECK, L. L. **Hermenêutica Jurídica e(m)**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. Disponível em www.supremecourt.gov. Acessado em maio de 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Disponível em www.stf.jus.br. Acessado em maio de 2017.