

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

FAUSTO SANTOS DE MORAIS

LITON LANES PILAU SOBRINHO

MAMEDE SAID MAIA FILHO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal 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 Napolini 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

C755

Constituição e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Fausto Santos de Moraes; Liton Lanes Pilau Sobrinho; Mamede Said Maia Filho - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-400-6

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

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais.
2. Constituição.
3. Participação popular.
4. Poder Judiciário. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

Apresentação

Refletindo sobre o eixo dos trabalhos que compõem o presente grupo é possível apontar os questionamentos sobre a participação popular na Democracia e a atuação do Poder Judiciário na realização dos ditames constitucionais. Essas duas questões aparecem interseccionadas nos diversos objetivos de investigação dos trabalhos.

Quanto à participação popular, têm-se questionamentos que se iniciam na condição autônoma da pessoa e de sua educação para a Democracia, e vão até à efetividade dos mecanismos jurídicos para tanto, como o referendo e o plebiscito. Nesse caminho, apontou-se, inclusive, ensaio sobre o dever fundamental de participação que cada cidadão possui no jogo democrático.

Sobre a atuação do Judiciário, boa parte das investigações focou na forma de resolução das mais diversas questões pelos tribunais superiores, especialmente tendo o STF como seu objeto de pesquisa. Assim, discutiu-se o posicionamento do tribunal em direitos individuais, políticos e sociais, como também foram ensaiadas críticas às decisões das Cortes.

Diante das discussões colocadas, reforça-se a ideia de que a realização da Democracia transita entre a participação popular, da forma mais esclarecida possível, e a atuação do Poder Judiciário na salvaguarda dos direitos fundamentais como pressuposto à almejada qualidade de exercício da cidadania.

Como diagnóstico, todavia, os trabalhos procuraram mostrar uma série de deficiências existentes na participação democrática brasileira e na atuação legítima do Judiciário. Há problemas dos mais diversos. Viu-se o problema de inserção política das minorias, para não dizer, a incapacidade de uma efetiva democracia deliberativa em que todos tenham voz. Por outro lado, notou-se o ativismo judicial como um problema de interferência indevida do Judiciário nos assuntos dos outros Poderes, o que demonstra, por exemplo, a incapacidade real de solução do problema trazido ao STF pela ADPF 347.

Fazer Ciência na área jurídica não é algo fácil. Existem muitos desafios a serem enfrentados e resolvidos. Numa digressão, dois problemas ainda rondam o debate. O primeiro deles, a falta de consenso teórico. Exemplos são as dúvidas quanto à capacidade e à legitimidade de atuação do Judiciário na efetivação da Constituição e dos direitos fundamentais. O segundo

para sobre a dificuldade de se fazer Ciência Jurídica, integrando a teoria à prática. Isso fica exemplificado pelo pensamento científico abstrato, distante, por vezes, da realidade dos problemas brasileiros.

Em vista de todo o exposto, convida-se a comunidade científica para que aprecie esta publicação, não sendo exagero dizer que os trabalhos do Grupo Constituição e Democracia I têm o mérito de contribuir para a superação dos problemas apontados, procurando caminhos para a consolidação de teorias, de modo a que estas sirvam para iluminar outras possibilidades jurídicas na realidade brasileira dos nossos dias.

Brasília/DF, 20 de julho de 2017.

Coordenadores do GT:

Prof. Dr. Fausto Santos de Moraes (Imed)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali)

Prof. Dr. Mamede Said Maia Filho (UnB)

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO VIA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY AS A ROUTE OF PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

**Paulo Henrique Brant Vieira
Welber Chaves Pereira De Sousa**

Resumo

Busca o presente trabalho abordar o controle de constitucionalidade como via de proteção dos direitos fundamentais, verificando seus aspectos de ordem histórica, os sistemas existentes de controle, os efeitos das decisões emanadas em cada sistema e a visão deste controle como real via de proteção dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade, Efeito das decisões, Direitos fundamentais

Abstract/Resumen/Résumé

Thus, this article seeks to address the constitutionality control as a way of protecting fundamental rights, verifying its aspects of historical order, the existing systems of control, the effects of the decisions emanated in each system and the vision of this control as a real protection route fundamental rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutionality control, Effect of decisions, Fundamental rights

INTRODUÇÃO

Apesar da distinção entre os temas, controle de constitucionalidade e direitos fundamentais, partem estes da mesma célula jurídica que é a Constituição e, apesar de iniciarem seus impactos no mundo jurídico e social em tempos diferentes, seus caminhos se cruzam, estabelecendo o controle de constitucionalidade como uma das vias de defesa dos direitos fundamentais.

As mudanças que o tempo oportunizou à sociedade durante o seu caminhar foram decisivas diante da necessidade de diálogo entre o poder e a liberdade, entre o Estado e o direito, que remonta a gerações anteriores, e, nos dias atuais, ainda com mais vigor diante da conscientização dos membros da sociedade quanto aos direitos que lhes tocam e das vias possíveis de sua proteção em caso de turbação.

O artigo que se apresenta, busca estudar o controle de constitucionalidade, a supremacia absoluta da constituição sobre as demais legislações, os sistemas de controle, as normas de direito fundamental e suas características, bem como, o controle de constitucionalidade como via de proteção dos direitos fundamentais.

Trata-se de um estudo exploratório, de caráter qualitativo, com abordagem predominantemente dedutiva. Para se atingir os objetivos da pesquisa, o caminho percorrido foi a pesquisa bibliográfica de literatura especializada sobre o tema.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Para se falar em controle de constitucionalidade é necessário uma breve introdução sobre a adoção da Constituição como um conjunto de leis e princípios fundamentais, as quais as demais legislações deveriam se subordinar. Esse processo é denominado constitucionalismo, onde Baracho (1986) demonstra que o sentido originário da constituição remonta à Grécia e Roma, pautada sobre o trabalho argumentativo e de análise de Aristóteles ao descrever a forma, estrutura e governo de Atenas.

As cartas ou pactos entre governantes e governados já no final do período medieval é visto como um importante marco teórico sobre a adoção de uma Constituição como documento que buscava assegurar direitos e liberdades dos súditos, o respeito às leis, a delimitação as bases e os limites do arbítrio dos governantes, onde pontua Baracho (1986, p. 11) que “a mais conhecida é a *Carta Magna* de 19 de junho de 1215, resultante das transações entre o rei João e os Barões.”

O adoção e reconhecimento desta Constituição como uma lei com características de uma legislação que estivesse no topo da pirâmide do ordenamento jurídico, que emanava princípios a serem obedecidos, viria somente mais tarde, especificamente no século XVIII, quando se proclamava a supremacia absoluta da “*Common Law*”, ainda no período das colônias americanas” (CAVALCANTI, 1966, p. 48), apesar de a anulação de atos legislativos por estarem em conflito com as Constituições ou Cartas, no período anterior aos artigos das confederações, era processo de controle que estava na tradição inglesa, que já se demonstrava como uma espécie de controle quanto a hierarquia das leis aplicadas a suas colônias.

Afirma Baracho (1986, p. 12) que “a Constituição Federal dos Estados Unidos de 1787 abre nova fase no uso da palavra “Constituição”, que passa a significar lei escrita, estabelecida por um órgão específico – *the convention* – que determina os limites da ação governamental”. Diante desta centralidade, a Constituição nos Estados Unidos da América alcança os Tribunais diante os conflitos entre os cidadãos e destes com o Estado, sendo que por aplicação do Princípio da Supremacia da Constituição nasce o controle de constitucionalidade que defendia a subordinação de todas as normas legislativas à Constituição.

A decisão judicial que vem servir de inspiração para a adoção do Princípio da Supremacia da Constituição, nas palavras de Pinto Ferreira citado por Silva (2014, p. 47) que “é reputado como uma pedra angular, em que se assenta o edifício do moderno direito político”, se verifica no caso Marbury – v – Madison, ainda hoje considerado o padrão nos julgamentos de inconstitucionalidades no qual o princípio se firmou.

Em breve síntese, o caso Marbury – v – Madison se traduz nas tentativas de intervenções e manipulações dos governantes visando a manutenção do poder ou seu controle, pois, na eleição presidencial dos EUA de 1800, após a derrota do Presidente Jonh Adams para o seu vice Tomas Jefferson, Adams nomeia para o cargo de Juiz de Paz no Distrito de Columbia, William Marbury, contudo, este não recebe do Secretário de Justiça Jonh Marshall o diploma de nomeação. Tendo Tomas Jefferson assumido a presidência, nomeia então seu novo Secretário de Justiça, James Madison; Marbury então apelou para o novo Secretário de Justiça, Madison, que efetivasse sua nomeação com investidura e posse, contudo o Presidente Jeferson determinou ao seu secretário que retivesse a nomeação cujo título ainda não havia sido entregue. Foi então que Marbury requereu a Suprema Corte a expedição de um *mandamus* contra Madison para assumir o cargo, não tendo Madison contestado o pedido ou praticado seu ato.

Tendo o caso chegado a *Supreme Court*, coube ao então Chief Justice Jonh Marshal (o mesmo Secretário de Justiça que havia deixado de entregar a Marbury o diploma de

nomeação) a decisão a qual se assentou conforme o art. VI, clausula 2^a da Constituição Americana¹, asseverando Cappelletti (1992, p. 47) que:

Esse texto, na interpretação que dele se impôs especialmente por mérito de Jonh Marshal, foi de importância fundamental de profundo caráter inovador: ele fixou, por um lado, aquilo que foi chamado, precisamente, de a *supremacia da Constituição*, e impôs, por outro lado, o poder dever dos juizes de negar aplicação as leis contrárias a mesma constituição. (...) É de todo evidente – diz-se com precisão naquela sentença – que ou a Constituição prepondera sobre os atos legislativos que com ele contrastem ou o poder legislativo pode mudar a Constituição através de lei ordinária. Não há meio termo entre as duas alternativas.

A decisão exarada pelo Juiz Marshall ganhou o status de decisão inovadora a considerar seu posicionamento em defender a Supremacia da Constituição sobre as demais leis, contudo, Cappelletti (1992) demonstra que em decisões anteriores a *Marbury v Madison*, em sistemas jurídicos mais antigos, uma lei a qual se podia comparar atualmente a lei de ordem fundamental se sobrepôs à outra que atualmente se podia dizer ordinária, ou seja, não se pode afastar posicionamentos doutrinários anteriores e, porque não dizer, que sustentaram a decisão daquela corte como marco teórico de tal princípio da supremacia, a considerar a obra o *Federalista*, escrita por Alexander Hamilton, James Madison² e John Jay, escrita em 1787 que assim afirmava:

Todo o acto de huma autoridade delegada, contrario aos termos da comissão, he nullo. Este principio he indubitável; e portanto todo o acto do corpo legislativo, contrario a constituição, não pode ter validade. Negar isto seria o mesmo que dizer que o delegado he superior ao constituinte, o criado ao amo, os representantes do povo ao povo que representão. (HAMILTON, 1840, p. 158)

Tem-se assim o primeiro passo que se demonstrou como via possível de defesa do cidadão contra atos do Estado que viessem a colidir com a norma constitucional, sendo o controle de constitucionalidade pautado no princípio da supremacia da constituição, o qual afirma Garcia (2011, p.4) que é “tido como essencial a todas as constituições escritas”, confirmação de que tanto os Tribunais, como os demais poderes são obrigados a respeitar a Constituição e que deveria ser compreendida como uma possível via de proteção de direitos e

¹ Diz o art. 2º, Cláusula 2ª, que: Esta Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juizes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados.

² James Madison, sendo um dos autores da obra “O Federalista”, fruto de reuniões que ocorreram na Filadélfia em 1787 para elaboração da Constituição Americana, era o Secretário de Justiça do Presidente Jonh Adams, o qual, nomeou Madison como Juiz da Corte de Justiça Americana

ainda mais de proteção aos direitos fundamentais que exteriorizavam e ainda hoje exteriorizam direitos que possuem o manto dos dogmas que exigem uma ação negativa do Estado frente aos direitos individuais ou positivas a visar aqueles de ordem social ou coletiva.

3. OS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO COMPARADO

Estando então sedimentado o entendimento quanto supremacia da constituição, seu posicionamento no ápice do ordenamento jurídico e a vinculação dos Tribunais e demais departamentos do Estado no sistema jurídico, a exemplo do que comentado do Estado Americano, emerge uma nova discussão entre os filósofos jurídicos europeus quanto a competência para o exercício da guarda da constituição, ou seja, o questionamento quanto a qual o órgão teria a incumbência de dizer o direito em caso de descumprimento das normas constitucionais?

Para responder ao questionamento, Carl Schmitt em sua obra o *Guardião da Constituição (Der Hüter der Verfassung.)*, questiona a competência do judiciário como órgão/poder capaz de exercer tal atividade, pois, para o filósofo alemão, esta competência, em resumo, deveria recair a um *poder especial neutro*, poder este que não mantivesse subordinação aos demais poderes do Estado, mas que se posicionasse ao mesmo nível. Assim, a tarefa de guardar a constituição, confiada ao poder judiciário, ou mesmo de criação de um Tribunal Constitucional para esta defesa poderia transferir poderes de ordem política a este órgão, em especial a função política de legislar, restando em possíveis prejuízos, onde assevera o autor que:

(...) este é o sentido de um poder neutro, de um *pouvoir neutre et intermédiaire*, localizado não acima, e, sim, ao lado dos outros poderes constitucionais, mas dotado de poderes e possibilidades de ação singulares. Caso não deva ocorrer um efeito secundário meramente acessório de outras atividades estatais, mas, sim, devam ser organizadas uma instituição e uma instância especiais, cuja tarefa seja assegurar o funcionamento constitucional dos diversos poderes e salvaguardar a Constituição, então é conseqüente em um Estado de direito, onde há diferenciação dos poderes, não confiar isto, suplementarmente, a nenhum dos poderes existentes, pois senão obteria apenas um sobrepeso perante os demais e poderia ele próprio se esquivar do controle. (SCHMITT, 2007, p. 193).

Importa esclarecer que o período em que Schmitt sedimenta sua teoria se traduz no pós primeira guerra mundial, momento de criação da Carta de Weimar em que o país Alemão estava buscando sua reestruturação, e, a par disso, enfrentavam os órgãos estatais o seu enfraquecimento

diante da crise socioeconômica vivenciada. O produto da teoria Schmittiana tinha como base a teoria de Benjamin Constant³ e o comando constitucional insculpido no artigo 48 da Constituição alemã que concedia ao *Presidente do Reich* o uso das forças armadas para obrigar os Estados a cumprir com seus deveres impostos constitucionalmente em caso de omissão ou desvio⁴.

Assim, para Carl Schmitt, em síntese, o poder de guardião da constituição deveria recair a um órgão denominado de terceiro neutro, negando ao poder judiciário esta tarefa, sendo que sua argumentação indicava o Presidente do Reich como aquele que preencheria os requisitos para tal.

Ocorre que a teoria schmittiana estava a confrontar a teoria defendida por Hans Kelsen, jurista e filósofo austríaco que sustentava a criação de um Tribunal Constitucional como guardião da constituição e de competência concentrada. A teoria kelseniana vinha em contestação ao sistema norte-americano do *judicial review*, sistema este que conceituava-se como sistema difuso no qual o controle de constitucionalidades caberia a “todos os órgãos judiciários de um dado ordenamento jurídico, sendo exercitado incidentalmente, na ocasião da decisão das causas de sua competência”. (CAPPELLETTI, 1984, p. 67).

A teoria Kelseniana é adotada e sedimentada na Constituição Austríaca em 1920 quando institui o Tribunal Constitucional como órgão de poder concentrado para apreciação da *judicial review*, estabelecendo assim o sistema de controle de constitucionalidade concentrado, inverso ao sistema norte-americano difuso, todavia, tais sistemas possuíam algo em comum em divergência a teoria de Carl Schmitt, ou seja, o poder judiciário como órgão guardião da constituição.

Para Hans Kelsen, em oposição a Carl Schmitt, no que diz respeito a ser o Presidente do Reich ou porque não dizer o Chefe de Estado o guardião da Constituição, o que se defendia era, na verdade, a proteção da Constituição contra violações por parte de quem mais a ameaçava, ou seja, o Presidente do Reich ou o Monarca, onde pontua Lorenzetto (2009, p. 1934) que:

(...) tornava-se muito difícil declarar abertamente o objetivo político de retirar o poder do monarca e não possibilitar que a Constituição pudesse ser usada

³ Henri Benjamin Constant de Rebecque, escritor e político francês, surge na história constitucional do século XIX com uma teoria do *pouvoir neutre, intermédiaire e regulateur* na luta da burguesia francesa por uma constituição liberal contra bonapartismo e restauração monárquica. (SCHMITT, 2007, p. 194)

⁴ Art. 48 da Constituição de Weimar: caso um Estado não cumpra os deveres que lhe são impostos pela Constituição do Reich ou pelas leis do Reich, o Presidente do Reich poderá fazer uso das forças armadas para obriga-lo a cumprir. (Tradução livre).

contra ele, assim, escamoteava-se a argumentação de que este viria a ser seu guardião quando, na verdade, era dele que a Constituição era protegida.

As teorias apresentadas são a base para dar sustentação para a construção doutrinária dos conceitos de sistema europeu ou político e americano ou jurisdicional de controle de constitucionalidade, bem como, o sistema misto. Lecionando sobre o tema, Silva (2014, p. 51) afirmando então a existência dos três sistemas de controle de constitucionalidade: *o político, o jurisdicional e o misto*, os define da seguinte maneira:

Controle político: é o que entrega a verificação da inconstitucionalidade a órgãos de natureza política, tais como: o próprio Poder Legislativo, (...) ou a um órgão especial, como o Presidium do Soviete Supremo da ex-União Soviética.

Controle Jurisdicional, generalizado, hoje em dia, denominado judicial review nos Estado Unidos da América do Norte, é a faculdade que as constituições outorgam ao Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade de lei e de outros atos do Poder Público que contrariem, formal ou materialmente, preceitos ou princípios constitucionais.

Controle misto realiza-se quando a constituição submete certas categorias de leis ao controle político e outras ao controle jurisdicional, como ocorre na Suíça, onde as leis federais ficam sob controle político da Assembleia Nacional, e as leis locais sob o controle jurisdicional.

No tocante ao sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, em uma abordagem histórica-evolutiva, pontua Lenza (2010, p. 202) que a Constituição do Império de 1824 “não estabeleceu qualquer sistema de controle, consagrando o *dogma da soberania do parlamento*, já que, sob a influência do direito francês (*a lei como “expressão da vontade geral”*) e do inglês (*supremacia do parlamento*), somente o Órgão Legislativo poderia saber o verdadeiro sentido da norma”. Sobre a afirmativa exposta, acrescenta Clevè (1997, p. 80) que:

Não foi apenas o dogma da soberania do parlamento que impediu a emergência da fiscalização jurisdicional da constitucionalidade do império. O Imperador, enquanto detentor do Poder Moderador, exercia uma função de coordenação; por isso, cabia a ele manter a “independência, o equilíbrio e a harmonia entre os demais poderes”

É possível perceber que durante a vigência da constituição de 1824, primeira Constituição brasileira, prevaleceu a influência europeia quanto ao controle político o qual mais tarde receberia a defesa argumentativa de Carl Schmitt conforme já demonstrado anteriormente, mas que já possuía a *práxis* traduzida nos dogmas da soberania do Parlamento, a previsão de um Poder Moderador (ao qual cabia manter a independência, o equilíbrio e a harmonia entre os poderes) e a influência do direito público europeu.

A partir da constituição de 1891, transição do período monárquico para a república, é possível verificar no art. 59⁵ da *Carta Magna* a adoção de um controle de constitucionalidade com influência constitucionalista norte americana, tendo adotado o critério de controle difuso por via de exceção, que perdurou nas Constituições sucessivas até a vigente, porém, com algumas mudanças no decorrer do tempo.

Atualmente, a vista da Constituição brasileira de 1988 é possível afirmar que o controle de constitucionalidade se traduz em um sistema misto diante a previsão de um *controle político* e também *jurisdicional*. Quanto ao *controle político* sua atuação pode ser notada no veto executivo (art. 66, § 1º da CF/88) no veto legislativo (art. 49, V da CF/88), na atuação das Comissões de Constituição e Justiça dos órgãos legislativos, na rejeição congressual da medida provisória, pela inconstitucionalidade. De outra sorte, o *controle jurisdicional*, o qual é exclusivo do Poder Judiciário, pode ser subdivido em sistemas *concentrado* (centralizado em um só órgão jurisdicional, adaptado do sistema Europeu) e *difuso* (vários órgãos jurisdicionais, adaptado do sistema norte-americano).

A respeito do *controle jurisdicional concentrado*, este pode ser exercido por via de ação direta de constitucionalidade por ação ou ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a, da CF/88), ação direta interventiva (da União nos Estados, art. 36, III da CF/88), pela arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º, da CF/88) e pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º da CF/88), todas estas de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, órgão superior do Poder Judiciário e guardião da Constituição.

No *controle jurisdicional difuso*, conforme ensinamento de Cappelletti (1984, p. 76-77) “todos os órgãos judiciários inferiores ou superiores, federais ou estaduais, têm, como foi dito, o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais aos casos concretos submetidos a seu julgamento”, ou seja, a competência, esta afeta a todos os órgãos do poder judiciário os quais poderão ser provocados por qualquer pessoa, parte ou interveniente em processo judicial, em qualquer tipo de ação, grau de jurisdição em que se discuta qualquer tipo de questão, todavia, importa dizer que neste sistema a eficácia da decisão em regra geral é restrito às partes.

Assim, quanto ao sistema de controle jurisdicional brasileiro, conforme demonstrado, possui o Supremo Tribunal Federal, por força de norma constitucional, em seu rol de

⁵ Constituição Federal de 1981: Art. 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete.

(...) Rever os processos findos, nos termos do art. 81.

§ 1º Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá, recurso para o Supremo Tribunal Federal: b) quando se contestar a validade de leis ou de actos dos governos dos Estados em face da constituição, ou das leis federaes, e a decisão do Tribunal do Estado considerar validos esses actos, ou essas leis impugnadas.

competência, ações que deve julgar de forma *concentrada*, todavia, é possível que seja impetrado em outros órgãos do poder judiciário ações com vistas ao controle de atos do Estado, com natureza de controle constitucional *difuso* como as ações de habeas corpus, mandado de segurança e o mandado de injunção.

Na lição do Ministro Gilmar Mendes (1999, p. 2) o modelo brasileiro é um dos exemplos mais eminentes do que se pode definir como modelo misto ou híbrido que congregam os dois sistemas de controle, o de perfil concentrado ou abstrato e o de perfil difuso. Sobre a definição de um controle de constitucionalidade brasileiro como um sistema misto diverge Quaresma (1995) por entender que tais sistemas se dividem em *concentrado, difuso e misto*, e que no Brasil o que se tem é o *controle jurisdicional* que soluciona as inconstitucionalidades através dos métodos difuso e concentrado, após a publicação.

A confusão que deve ser afastada dos posicionamentos quanto ao modelo misto de controle brasileiro é a existência em seu ordenamento jurídico constitucional de um controle denominado *controle político*, exercido por órgãos políticos de maneira preventiva (a exemplo do controle de constitucionalidade nas comissões de Constituição e justiça das casas legislativas) e, ao mesmo tempo *controle jurisdicional* exercido por órgãos do poder judiciário, de ordem repressiva, e neste último a presença dos sistemas difuso e concentrado.

Assim, o controle de constitucionalidade brasileiro se diferencia dos demais países pela existência em seu caráter subjetivo, dos modelos político e jurisdicional e ainda, pela diversidade de instrumentos processuais a disposição para a fiscalização e controle dos atos do Poder Público com vistas à proteção e garantia dos direitos fundamentais, todavia, importante frisar no que diz respeito ao controle de constitucionalidade exercido pelo poder judiciário de forma mista (controle difuso e concentrado) há os riscos de insegurança jurídica dos efeitos destas declarações frente a decisão de ser a lei inconstitucional nula ou anulável ou ainda de alcance *inter partes* ou *erga omnes*.

4. OS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

A questão quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, assim como as espécies de sistemas de controle é tema também de grande controvérsia no que diz respeito a natureza do ato reconhecido inconstitucional, ou seja, se seria o ato nulo, anulável ou inexistente e, de mesma sorte, os reflexos da decisão, se *inter partes* ou *erga-omnes*.

Ruy Barbosa (1893, p. 6), no exercício de causídico, em defesa de seus assistidos, afirma que “actos inconstitucionais são actos nulos, de que actos nullos não surtem resultado legal”, demonstrando o autor sua influência e admiração pela teorização da *nulidade* defendida pelo direito americano. Em sentido opostos a adoção da declaração de nulidade do ato inconstitucional esta Francisco Campos citado por Silva (2014, p. 55) ao sustentar “que um ato ou lei inconstitucional é *inexistente*. Por outro lado, em defesa da *anulabilidade* da norma inconstitucional leciona Hans Kelsen (2000, p. 306) dizendo que “dentro de uma ordem jurídica não pode haver algo como a nulidade, que uma norma pertencente a uma ordem jurídica não pode ser nula mas apenas pode ser anulável.”.

A questão quanto ser a norma eivada de inconstitucionalidade, quando de sua apreciação pelo poder competente para julgar se nula, anulável ou inexistente se reflete na questão dos efeitos da suposta decisão e da possibilidade ou não da retroação desta, fazendo cessar todos os efeitos dos atos praticados na vigência da lei declarada inconstitucional e seus reflexos no campo do ordem jurídica. Neste diapasão Kelsen (2000) demonstra que para que se fale em nulidade da norma jurídica, esta não poderia ter obedecido aos aspectos formais e materiais de sua edição, assim, afastado está o aspecto da validade desta norma, ou seja, ela em momento algum existiu. Por outro lado, tendo a norma obedecido aos aspectos formas e materiais, entrando em vigência e produzindo atos no mundo jurídico (eficácia), vindo a ser questionada quanto a sua constitucionalidade, a decisão somente poderia vir a anular a norma, ou seja:

“Quando a ordem jurídica estabelece, por exemplo, que uma norma que não foi posta pelo órgão competente, ou foi posta por um indivíduo que nem sequer possui a qualidade de órgão, ou uma norma que tem um conteúdo que a Constituição exclui, devem ser consideradas nulas *a priori* e que, portanto, não é necessário qualquer ato para as anular, necessita determinar quem há de verificar a presença dos pressupostos desta nulidade; e, como esta verificação tem caráter constitutivo, não é necessário qualquer ato para as anular, necessita determinar quem há de verificar a presença dos pressupostos desta nulidade. (...) esta verificação significa, mesmo quando se opere na forma de uma declaração de nulidade, a anulação, com efeito retroativo, de uma norma até ai considerada válida.” (KELSEN, 2000, p. 308)

Neste contexto, a anulabilidade seria o gênero do qual a nulidade seria a espécie e, desta forma, a nulidade se traduziria em uma anulabilidade com efeitos *ex tunc*, tornando todos atos nulos desde o início e assim conceituada a decisão como meramente declarativa. Por outro lado, se a norma, tendo obedecido os aspectos formais e materiais e entrando em vigência, produzindo atos no mundo jurídico, vindo posteriormente por meio do controle de

constitucionalidade reconhecida como inconstitucional, será anulada mas, porém, sem efeitos retroativos, ou seja, *ex nunc*, conceituada a decisão judicial constitutiva.

A teoria Kelsiana, conforme já dito, influenciou o direito austríaco e sendo assim, em uma análise de direito comparado e, das decisões dos órgãos de controle, Cappelletti (1984, p.116) pontua que “a Corte Constitucional não declara uma nulidade, mas anula, cassa (“aufhebt”) uma lei que, até o momento em que o pronunciamento da Corte não seja publicado, é válida e eficaz, posto inconstitucional.” Demonstra o autor que a decisão de anulabilidade da Corte Constitucional Austríaca tem o poder discricionário para declarar os efeitos de sua decisão que irão operar a partir de determinada data posterior a declaração (*efeitos ex nunc*). Em sentido contrário, seguindo o entendimento da declaração da norma inconstitucional enquanto norma absolutamente nula, tem-se o sistema americano, onde o juiz não anula e sim declara a nulidade da lei inconstitucional, seguindo a ideia, segundo Lenza (2010, p. 196) de “ter a lei “nascido morta” (*natimorta*), já que existente enquanto ato estatal mas de desconformidade (seja em razão de vício formal ou material) em relação à noção de “bloco de constitucionalidade” (ou paradigma de controle), consagra a teoria da nulidade.”

Posto então as teorias quanto a anulabilidade da lei inconstitucional, adotada pelo direito austríaco, assentado na não retroação dos efeitos desta decisão, de caráter constitutivo, ou ainda, a teoria de nulidade da lei inconstitucional, adotado no direito americano, com a possibilidade de retroação da decisão, de caráter declarativo, ao considerar a invalidade da lei e as influências destas teorias no direito brasileiro, esclarece Pedro Lenza (2010, p. 201) que o direito americano e sua tendência pela teoria da nulidade absoluta evoluiu diante do caso concreto e uma nova decisão fez emergir o que se conceitua de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Sobre esta evolução acentua o Ministro Gilmar Mendes⁶ que:

A Suprema Corte Americana vem considerando o problema pela eficácia retroativa de juízos de inconstitucionalidades a propósitos de decisões em processos criminais. Se as leis ou atos institucionais nunca existiram enquanto tais, eventuais condenações neles baseadas quedam ilegítimas e, portanto, o juízo de inconstitucionalidade implicaria a possibilidade de impugnação imediata de todas as condenações efetuadas sob a vigência da norma

⁶ O caso a que se refere Gilmar Mendes se traduz em *Mapp v Ohio* 367 US 643 (1961), onde pontua Lenza (2010, p. 199), citando Gilmar Mendes que toda a polêmica decorreu do julgamento no qual a Suprema Corte entendeu, nos termos da 4ª Emenda que é uma prova obtida ilegalmente não poderia ser considerada no juízo penal, seja nas Cortes Federais, como também, e inovando, nas Estaduais, suprimindo-se a doutrina fixada em *Wolf v. Colorado*, 338 US 25 (1949). Em síntese, o caso se traduz em provas que foram arrecadadas em violação à Emenda Constitucional No. 4, a qual protege os cidadãos contra buscas e apreensões não autorizadas pelo poder judiciário, não podendo estas serem utilizadas em processos criminais em andamento nos Tribunais Estaduais bem com, nos processos penais nos Tribunais Federais.

inconstitucional. Por outro lado, se a declaração de inconstitucionalidade afeta tão somente a demanda em que foi levada a efeito, não há que se cogitar de alteração de julgados anteriores.

O entendimento da Corte Americana quanto a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão de controle de constitucionalidade influencia o sistema de controle brasileiro, estando claro na Lei n. 9.868/99 que regula a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, em seu artigo 27, a possibilidade de o órgão jurisdicional modular os efeitos de sua decisão pautado pela defesa da segurança jurídica e interesse social:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

É certo que a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade nos termos da Lei n. 9.868/99 está ligada ao exercício do controle de constitucionalidade pela via concentrada, ou controle abstrato, de competência do Supremo Tribunal Federal que, ao declarar a inconstitucionalidade da lei, sua decisão possui efeitos que podem ser *ex tunc*, *ex nunc* ou *pro futuro*, ou seja, é possível a modulação dos efeitos temporais para que a decisão venha a retroagir ou não. Todavia, necessário aclarar que no exercício do controle de constitucionalidade pela via difusa, esta possuirá efeitos *ex tunc* e *inter partes*, ou seja, a decisão será retroativa e alcançará apenas as partes demandantes.

O conhecimento quanto ao sistema de controle de constitucionalidade exercido no Brasil e ainda, os efeitos da declaração da (in)constitucionalidade de norma ou atos da administração pública, seja pela via difusa ou concentrada, se demonstra de suma importância diante dos reflexos que serão alcançados na defesa e garantia dos direitos fundamentais, visto possíveis desvios do Estado, seja no seu poder de legislar ou mesmo adotar postura para a garantia dos direitos constitucionais, principalmente os de ordem fundamental, por via do exercício do controle de constitucionalidade.

5. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO VIA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Para que se alcance a compreensão do controle de constitucionalidade como via de proteção dos direitos fundamentais é necessário o entendimento do que são direitos

fundamentais e, para isso, apesar das inúmeras manifestações que buscam delinear e traduzir o alcance de tal expressão jurídica, Robert Alexy (2015) inicia a tarefa buscando diferenciar *norma de direito fundamental* e *disposição de direito fundamental*, sendo ambos os termos ligados diretamente ao positivismo jurídico, o qual busca conceituar direitos fundamentais sob o manto da previsão semântica destes no texto constitucional. Assim, *disposições de direito fundamental* se traduziriam na transcrição de tais disposições no texto constitucional para o qual é possível exemplificar as disposições dos art. 5º ao 17 da Constituição da República Brasileira, todos estes no Título II que tratam dos Direitos e Garantias Individuais. De outra sorte, seria *norma de direito fundamental* “as normas expressas por estas disposições” (ALEXY, 2015, p. 69), ou seja, a exteriorização daquilo que se pretende alcançar com a positivação ou disposição do direito no texto constitucional.

Friedrich Müller citado por Alexy, contribuindo com a teorização de normas de direito fundamental, na qual a caracteriza como uma “teoria da norma que supera o positivismo jurídico, assevera que são “os direitos fundamentais garantias de proteção, substancialmente conformadas, de determinados complexos de ações, organizações e matérias, individuais e sociais” (ALEXY, 2015, p. 78).

Apesar das críticas sobre a teorização de Müller, comum a toda a tentativa de teorização de direitos fundamentais, interessa aqui a visão de direitos fundamentais como garantia de proteção e, sobre esta garantia Bobbio (2004, p. 23) assevera que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protege-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”. Para Bobbio esta problemática se dá diante a crise dos fundamentos, todavia, a resolução para o conflito se dá pela busca, conforme o caso concreto, dos *vários fundamentos possíveis* os quais irão se adequar ao caso concreto fazendo exsurgir a eficácia dos direitos fundamentais.

Entre o núcleo da teoria de Müller resumida a conformação dos direitos fundamentais enquanto garantias de proteção por organizações e a reflexão de Bobbio em que esta conformação de proteção necessita de ações do campo político, é possível reconhecer a responsabilidade do exercício do controle de constitucionalidade pelos órgãos jurisdicionais, seja pela via do controle difuso ou concentrado em consonância a formalização do produto do trabalho no campo político que é a lei.

Para tanto, quando da atividade de controle de constitucionalidade não poderá o órgão com competência para tal se esquecer que as normas de conteúdo constitucional se irradiam por todo o ordenamento jurídico e que as normas de direito fundamental, no ordenamento pátrio, possuem aplicação imediata conforme previsto no § 1º, art. 5º da Constituição da República

Brasileira, e, desta forma, sua efetividade está a depender das vinculação e submissão dos poderes públicos, onde, pontua Sarlet citado por Martins que:

Os poderes públicos encontram-se vinculados aos direitos fundamentais, o que os obriga a respeitarem os direitos fundamentais, bem como adotar os atos necessários à garantia e promoção de sua máxima efetividade, em decorrência força normativa e das eficácias negativas e vinculante que lhe são inerentes. Desse modo, competirá à funções executiva, legislativa e jurisdicional cumprirem suas competências constitucionais, para atribuírem máxima efetividade aos preceitos constitucionais. (MARTINS, 2016, p. 87).

Neste contexto é que se demonstra o controle de constitucionalidade como a via de proteção dos direitos fundamentais diante a possível ocorrência de desvios por parte destes poderes ou do Estado em si, no exercício de suas atividades ou atos, momento em que pontua Vaz (2007, p. 103) que “o controle de constitucionalidade é uma necessidade para a manutenção da ordem jurídica, pois os atos, sejam legislativos ou administrativos, devem guardar coerência e concordância com a norma maior.”

Vale ressaltar que questionamentos poderão surgir quanto à eficácia deste controle de constitucionalidade enquanto via de proteção dos direitos fundamentais quando exercido pela via difusa em que os efeitos da decisão não alcançara a todos quando reconhecida a inconstitucionalidade, ou ainda, quando pela via concentrada diante da limitação dos possíveis legitimados a proporem ação, contudo, o que não se deve deixar de reconhecer é que tal controle se traduz em importante ferramenta de controle do Estado contra o próprio Estado seja por sua conduta omissiva ou comissiva que venha ferir os direitos constitucionais.

CONCLUSÃO

Não se pode olvidar que se traduz a Constituição em um pacto entre o Estado e seu Povo, sendo esta a formalização dos direitos a serem protegidos e dos deveres a serem implementados visando a satisfação e o bem comum de todos. Assim, se posiciona a norma constitucional no ápice do ordenamento jurídico irradiando seus princípios com vista a efetividade dos direitos por ela protegidos.

Para tanto, não resta dúvida que o controle de constitucionalidade, tão debatido e experimentado desde o século XVIII se traduz em importante via de proteção destes direitos, principalmente contra o próprio Estado, e, neste contexto, aqui se encontra a responsabilidade daqueles que possuem a competência de exercitar tão nobre missão, pois, caso se desviem dos princípios constitucionais, é possível que inverta a pretensão e objetivo da ação a qual passará da via de proteção do indivíduo para a proteção do Estado.

Apesar de serem, no Brasil, os órgãos jurisdicionais aqueles que possuem a competência para o controle de constitucionalidade, controle este denominado misto diante as vias difusa e concentrada, não se pode afastar por completo a possibilidade de ser este controle provocado ao cidadão o qual é o principal detentor do direito, porém, este somente poderá fazê-lo após conscientizar-se daquilo que lhe toca e de seu poder de provocar os órgãos responsáveis, momento em que certamente será possível se aproximar do ideal de proteção.

REFERÊNCIA

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Constitucionalismo**. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. a 23. n. 91. p. 5-62. Jul/Set. 1986.

BARBOSA, Rui. **Os actos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Fereral**. Capital Federal: Companhia Imprensa 7. 1893. 249 p. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000124.pdf>.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 212 p.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984. 142p.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **Declaração de Inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre atos singulares praticados sob a sua égide**. *Revista dos Tribunais*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciencia Política, v. 9, p. 279-307, 1997.

GARCIA, Maria. **Inconstitucionalidades: O voto Marshall (1803) e a Modulação de efeitos da lei 9.868/1999**. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol.73, p. 206-223, Dez. 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 427 p.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 1024 p.

LORENZETTO, Bruno Meneses. **O debate entre Kelsen e Schmitt sobre o guardião da Constituição**. In: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 4, 5,6 7 novembro. 2009. São Paulo. **Estado Globalização e Soberania: o direito do século XXI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

MARTINS, Thiago Penido. **Discriminação nas relações contratuais**. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2016. 281 p.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O Controle Incidental de normas no Direito Brasileiro.** *Revista dos Tribunais.* v. 760. p. 11. Fev. 1999. Disponível em: http://www.gilmarmendes.org.br/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=3:controle-concreto-de-normas&Itemid=74.

_____, Gilmar Ferreira. **Inconstitucionalidade.** Informativo Consulex. ano XI. vol. 31. P. 872-873. Ago. 1997. Disponível em: http://www.gilmarmendes.org.br/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=4:acao-direta-de-inconstitucionalidade&Itemid=74

SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição.** Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 234 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 37 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. 934 p.

VAZ, Getúlio. **A declaração de inconstitucionalidade e seu efeitos para os atos administrativos.** *Revista de Informação Legislativa.* a. 44, n. 173, jan-mar, p. 101-115, 2007. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/140968>.