

# DA NATUREZA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

**Autor:**

Leonardo Mendes Lacerda

Advogado

Especialista em Direito Ambiental pela Universidade de Brasília

Membro do Grupo de Estudos Constitucionais do IDP

***Resumo***

O objetivo deste ensaio é debater a real natureza da atividade de jurisdição constitucional. Atravessamos um momento democrático em que o controle de constitucionalidade ganha cada vez maior relevância. Através de um melhor aparelhamento constitucional e legislativo o Supremo Tribunal Federal se afirma como Guardião da Constituição, ampliando sua influência no arranjo político-constitucional pátrio. A Jurisdição Constitucional tem características especiais em relação aos poderes constituídos. Diverso também é seu escopo, o que leva à conclusão de que não se trata de atividade judicial em sentido estrito. A investigação das raízes da legitimidade da Jurisdição Constitucional impõe um mergulho na teoria do Poder Constituinte. Com certa perplexidade vemos que poucos constitucionalistas se aprofundaram nesta ceara, o que nos leva a propor algumas reflexões novas. Tudo isso acaba gerando uma inesperada proposta de releitura da teoria do Poder constituinte, que passa a englobar também a atividade da Corte Constitucional.

***Palavras-chave***

Poder Constituinte. Jurisdição Constitucional. Mutação constitucional. Controle de Constitucionalidade. Supremo Tribunal Federal.

## **Introdução**

*“Quem controla os controladores?”  
Aristóteles*

Das primeiras aulas de direito constitucional ministradas na faculdade, este autor ainda se recorda daquelas três condições mais essenciais ao Estado Democrático de Direito, bem servido (espera-se) por uma Constituição rígida: a separação dos Poderes, que seja na tradicional e consagrada fórmula Executivo-Legislativo-Judiciário; a previsão e garantia dos direitos fundamentais; e a supremacia da Constituição, que impõe também aos Poderes constituídos que se submetam à Carta.

Cada um dos três Poderes tem como fonte justificadora a primeira condição essencial, ou seja: a divisão do Poder do Estado a fim de evitar tirania. Legislativo, Executivo e Judiciário são recortados na arquitetura constitucional para que observe à primeira condição.

Já “a idéia de controle de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à de rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais” (MORAES, 2007, p. 674), isto é: sua instituição destina-se a atender simultaneamente à segunda e à terceira condição. Desde já, é possível intuir na origem que o controle de constitucionalidade tem algo de peculiar, que não permitirá enquadrá-lo dentro da tripartição clássica.

## **1. Da Jurisdição Constitucional diante das Funções do Estado**

Partindo da consagrada concepção de Montesquieu acerca da separação de poderes, o entendimento clássico evolui e a teoria aprimora-se ao compreender que o Poder do Estado é uno e indivisível. Separadas estão (mais ou menos) as três funções: legislativa, executiva e judiciária. Tais funções são conferidas a complexos de órgãos nomeados Poderes e qualificados com base na função preponderante.

Destarte, recebe o Poder Legislativo tal nome porque a Constituição lhe confere a função precípua de legislar, isto é, de inovar na ordem jurídica através da edição de atos gerais e abstratos. Isso não o impede de, vez por outra, administrar (CF art. 51, IV e art. 52, XIII) ou julgar (CF art. 52, I e II).

Não há monopólio no exercício de tal competência. Assim, nada impede que o Poder Executivo também participe do processo legislativo (CF art. 62 e art. 84 III, IV, V, VI). Já sua atividade precípua é administrar, ou seja: realizar atos concretos de natureza infra-legal tendentes à imediata satisfação das necessidades coletivas.

Ao Poder Judiciário cabe a função jurisdicional: decidir as controvérsias (litígios jurídicos) com definitividade, valendo-se do ordenamento jurídico vigente. Vez por outra também lhe são conferidas como funções atípicas legislar (CF art. 93 e art. 96, I, a) e administrar (CF art. 96, I, b,c,d,e,f).

O presente ensaio pretende tratar do controle abstrato de constitucionalidade, que consiste basicamente em tomar a legislação (em sentido amplo) ou atos assemelhados emanados de qualquer dos Poderes, e confrontá-los com a Constituição Federal. Reconhecida a inconstitucionalidade da Lei ou ato, a regra é seu banimento do ordenamento jurídico através de declaração irrecorrível de nulidade.

Ora, tal competência não se amolda adequadamente a nenhuma das três funções anteriormente descritas. Não se trata de legislar – função que fora definida como o inovar na ordem jurídica; Por certo de executiva também não guarda qualquer correlação a sua natureza; e finalmente não se trata de solver lides ou controvérsias: cuida-se de julgar a validade do próprio ordenamento, não há partes e a pena aplicável é de nulidade.

O primeiro ponto que precisa ser marcado é que controle de constitucionalidade não se insere na separação clássica executivo-legislativo-judiciário. Trata-se de uma função à parte.

Quando argüido, qualquer bacharel em direito estará pronto a responder mecanicamente que o controle concentrado de constitucionalidade é competência do Judiciário. O fato de a resposta automática estar assim disponível indica tão somente que o controle concentrado compete ao Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário. Este Tribunal está previsto no art. 102 da Constituição Federal, que integra o capítulo III - Do Poder Judiciário, e o Título IV - Da organização dos Poderes.

Trata-se de uma pré-compreensão coletiva que revela nada mais que uma confusão entre o conceito da função (competência) e o conceito do Poder a qual pertence o órgão que a exerce. É preciso, antes de mais nada, vincar bem o ponto que consiste na diferença entre funções e Poderes. Funções são atividades, competências. Poderes são conjuntos hierarquizados (ou não) de órgãos estatais com uma mesma competência típica.

O fato de uma determinada função ser praticada por órgão de determinado Poder não recobre necessariamente tal função com a mesma natureza típica desse Poder. Para validar tal afirmativa, basta recorrer ao exemplo das funções atípicas de cada Poder recém descritas.

Em suma: não há uma correlação necessária entre a função e a natureza do órgão que a exerce. Não é pelo fato de que o STF é um órgão pertencente à estrutura do Poder Judiciário que a função de controle de constitucionalidade terá essa mesma natureza. E vamos além para afirmar que a função controle de constitucionalidade – apesar de ser desenvolvida por um órgão do Poder Judiciário – não tem natureza judicial.

Entendemos como não-judiciária a natureza do controle de constitucionalidade essencialmente em razão de dois argumentos.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> *A priori*, caberia diferenciar o controle de constitucionalidade em sede de controle incidental (que bem caberia dentro da função judiciária e que é exercido pelas múltiplas instâncias desse Poder) da Jurisdição Constitucional no controle concentrado (esta sim exercida com repercussão que ultrapassa as partes do processo e passível de ser definida como uma função à parte).

Por outro lado, diante da forte tendência de objetivação do processo subjetivo, com uma aproximação das consequências das duas vias, tal ressalva torna-se dispensável nestes dias. Neste trabalho, passaremos a dar pouca diferença à origem (se incidental ou abstrata) do procedimento e a nos referir à Jurisdição Constitucional como aquela cuja decisão é irrecurável, competência conferida ao STF, tanto no controle concentrado como em sede de RE e de Reclamação.

Primeiro argumento: não se trata de resolver controvérsias com o auxílio do ordenamento jurídico. Trata-se de pronunciar-se acerca da própria validade desse ordenamento. O objeto do controle de constitucionalidade não é o mesmo objeto da função jurisdicional. A função judicial aplica o direito ao caso concreto. A jurisdição constitucional emite juízo acerca da validade do próprio direito. Nesse sentido a lição de Mello (1968):

“Contudo, não se pode esquecer que a Corte Constitucional julga *de legibus*, não apenas *secundum leges*.

É nesta oportunidade que começam a surgir dúvidas quanto à sua colocação como órgão jurisdicional e colocado na esfera do Judiciário.” (p.120)

Não há lide no controle de constitucionalidade. Quando há (pela via incidental), sua importância é secundária. Não há partes, apenas legitimados. A Lei em abstrato é que se faz objeto do controle. O escopo da decisão é tão geral e impessoal quanto o da atividade legislativa. Estamos diante de duas funções completamente diversas. Mesmo que a função judicial e o controle de constitucionalidade utilizem de técnicas em comum, o objeto de cada atividade é distinto.

Segundo argumento: o uso de técnicas de decisão não convencionais. A Jurisdição Constitucional não se limita pelos métodos convencionais de decisão jurídica. Não lhe basta a verdade formal. Os fatos, que não estão nos autos, estão sim, no mundo no qual o controle de constitucionalidade é necessário. A Corte toma para si não apenas os fatos jurídicos, mas argumentos de origens tão amplas quanto complexa a sociedade em que se insere.

As técnicas tradicionais de decisão judicial e do devido processo legal não são suficientes a instruir e decidir em sede de controle abstrato de normas. É por demais ampla a repercussão de uma decisão que não se restringe às partes, visto que apresenta eficácia *erga omnes* e efeito vinculante (Lei nº 9.882/1999 art 10, §3º ; Lei nº 9.868/1999 art. 28, parágrafo único; e CF art. 103-A). Faz-se obrigatória a ponderação da repercussão política, econômica e social. Bem como advogam os tópicos e concretistas, a natureza da atividade que conjuga técnicas judiciais com ponderações políticas, econômicas e sociais há de ser supra-judicial. Assim também na doutrina de Canotilho (2003):

“O Tribunal constitucional é um órgão de jurisdição. É, nos termos constitucionais, um tribunal. Isso não significa que a jurisdição constitucional exercida pelo Tribunal Constitucional esteja desprovida de especificidades metódicas em relação à actividade jurisdicional desenvolvida por outros tribunais. Em primeiro lugar, o Tribunal trabalha com um parâmetro de controlo – os princípios e regras constitucionais – com fortes cambiantes políticas. Esta dimensão política do direito constitucional acabará, de forma mais ou menos explícita, por tornar o Tribunal Constitucional num <<regulador político>>. Num processo contínuo de concretização e desenvolvimento das normas constitucionais, o Tribunal decide <<questões políticas>> de grande relevância político constitucional(...)” (CANOTILHO, 2003, p.1305)

Ora, quando se trata de acordar decisões com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, por certo que as repercussões política, econômica e social acabam tendo mais peso na ponderação do intérprete/concretizador em detrimento das técnicas jurídicas convencionais de decisão. E isso se faz legitimamente, pois a atenção unicamente voltada aos argumentos jurídicos pode conduzir a decisões que provoquem no mundo dos fatos verdadeiras catástrofes. (Bachoff)

Ou seja, se a repercussão é *inter partes*, fica mais confortável ao julgador ater-se a técnica jurídica convencional de decisão, porém quando as repercussões são da magnitude de vinculação geral, passa-se a ponderar o resultado obtido pela técnica jurídica convencional de decisão em face de outros fatores – a saber – da força do fato consumado, da segurança jurídica, da estabilidade do Estado e da manutenção da própria ordem constitucional.

Neste momento, destaca-se o uso de técnicas eminentemente não-judiciais como o apelo ao legislador e a modulação de efeitos na declaração de inconstitucionalidade. Existe hoje um sem número de municípios de fato criados ao arpejo da Constituição, na ausência da Lei Complementar tanto omitida pelo Congresso Nacional. Para bem solver tais casos, a Corte necessita de valer-se ponderação de elementos extra-judiciais. È o que se extrai do julgado da ADI 2240/BA.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.619/00, DO ESTADO DA BAHIA, QUE CRIOU O MUNICÍPIO DE LUÍS EDUARDO MAGALHÃES. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO --- APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A

Neste acórdão, todos estes argumentos extra-jurídicos magistralmente empregados – a força do fato consumado, a segurança jurídica, a excepcionalidade da situação e a mora do legislador – são ponderados para mitigar o rigor na interpretação e aplicação da norma proibitiva. A inconstitucionalidade então é declarada, sem contudo implicar na nulidade da Lei criadora do municípios, mesmo em afronta direta ao texto constitucional.

Inegável, portanto, a dimensão política do alcance das decisões em sede de controle de constitucionalidade. Para Moraes (2007) “toda Corte que exerce a jurisdição constitucional não é somente um órgão judiciário comum, mas sim órgão político diretivo das condutas estatais, na medida em que interpreta o significado dos preceitos constitucionais, vinculando todas as condutas dos demais órgãos estatais e como tal deve priorizar os casos de relevante interesse público”. (MORAES, 2007, p.756)

---

EXCEÇÃO. 1. O Município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato, há mais de seis anos, como ente federativo. 2. Existência de fato do Município, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. 3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada --- embora ainda não jurídica --- não pode ser desconsiderada. 4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1.996, deve-se à ausência de lei complementar federal. 5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: a criação de Município. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. 6. A criação do Município de Luís Eduardo Magalhães importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade. 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da Lei n. 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia.” (ADI 2240/BA Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 09/05/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

## 1.1. Da natureza do órgão de controle

A rigor, o controle de constitucionalidade poderia ser exercido por órgão de qualquer dos poderes, por um outro independente, que seria considerado então como um quarto poder, ou ainda através de um procedimento complexo envolvendo órgãos de mais de um Poder. É possível então deparar-se com sistemas em que a função de controle de constitucionalidade é atribuída a órgão não-judicial.

Por certo não convém que o controle de constitucionalidade seja conferido a órgão do Executivo. Dos três poderes clássicos, em face de sua natural vocação para exorbitar de suas competências e acumular força, este é o que mais ameaça o sutil e precioso equilíbrio constitucional.

A nefasta acumulação (função executiva + controle de constitucionalidade) faz da Constituição mera folha de papel, representando em termos práticos um retorno do Poder Moderador, mais ou menos nos moldes daquele exercido por D. Pedro I. Eloqüente também se mostra a lição da Alemanha, que seguindo o pensamento de Carl Schmitt, atribuiu o controle de constitucionalidade ao chefe do Executivo. O Presidente do Reich era considerado “a personalidade encarnada do guardião da Constituição” (Hüter der Verfassung)”. (SAMPAIO, 2002.p.37) O resultado dessa hipertrofia no poder do Chefe de Estado fica evidente no legado histórico de Hitler.

Igualmente não recomendável é a entrega da guarda da Constituição ao Poder Legislativo. Tal arranjo constitucional implica no retrocesso (de fato) à ultrapassada tese da supremacia do Parlamento. Kelsen repudia o controle de constitucionalidade exercido pelo Legislador.

“E seria ingenuidade política contar que ele anularia uma lei votada por ele próprio pelo fato de outra instância a ter declarado inconstitucional. O órgão legislativo se considera na realidade um livre criador do direito, e não um órgão de aplicação do direito, vinculado pela Constituição, quando teoricamente ele o é sim, embora numa medida relativamente restrita. Portanto não é com o próprio Parlamento que podemos contar para efetuar sua subordinação à Constituição. É um órgão diferente dele, independente dele e, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal, que deve ser encarregado de anulação de seus atos inconstitucionais – isto é, uma jurisdição ou tribunal constitucional.” (KELSEN, 2003. p.150)

No Judiciário, o inconveniente consiste em dispersar o exercício da função por tantos órgãos, como em geral ocorre num sistema puro de controle difuso ou incidental. O juízo de constitucionalidade é por demais flexível para ver-se distribuído por toda sorte de cortes: superiores, de segunda instância e também confiada aos juízes singulares. Essa função há de ser concentrada (ou ao menos corrigida por um mecanismo de uniformização) sob pena de grave insegurança jurídica.

O próprio sistema americano (incidental por excelência) evoluiu para um controle (de fato) abstrato através de institutos como o *stare decises* e do *writ of certiorary*. Muitos autores entendem que o controle concreto americano se faz um dos mais abstratos no direito comparado.

“Disso [do *stare decisis*] resulta que a decisão proferida pela Suprema Corte é obrigatória para todos os juízes e tribunais. E, portanto a declaração de inconstitucionalidade em um caso concreto traz como consequência a não-aplicação daquela lei a qualquer outra situação, porque todos os tribunais estarão subordinados à tese jurídica estabelecida. De modo que a decisão, não obstante referir-se a um litígio específico, produz efeitos gerais, em face de todos (*erga omnes*).” (BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004. p.47)

O controle de constitucionalidade também pode ser concebido para operar através de mais de um órgão – onde recorreremos às definições de atos complexos e atos compostos trazidas por Maria Sylvia Zanella di Pietro (2007, p. 206)

“Atos complexos são os que resultam da manifestação de dois ou mais órgãos, sejam eles singulares ou colegiados, cuja vontade se funde para formar um ato único. (...)

Ato composto é o que resulta da manifestação de dois ou mais órgãos, em que a vontade de um é instrumental em relação a de outro, que edita o ato principal. Enquanto no ato complexo fundem-se vontades para praticar um ato só, no ato composto, praticam-se dois atos, um principal e outro acessório: este último pode ser pressuposto ou complementar daquele.” (DI PIETRO, 2007, p.206)

A exigência de atos complexos por certo torna mais custoso o controle de constitucionalidade. Quando a eficácia geral das decisões da Corte depende de manifestação do Parlamento configura-se um sistema de controle complexo.

Fora dessa forma, *mutatis mutandis*, em caráter composto que o Constituinte de 1988 planejara originariamente o sistema de controle difuso. É o que se pode extrair do texto da Constituição da República:

“Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;”

Nesse sistema o Supremo declara inconstitucional a norma, mas a decisão depende de posterior ato do Senado para ampliar seu raio de eficácia. Este modelo de controle de constitucionalidade se encaixa na definição de ato complexo, pois envolve órgãos distintos. A exigência de coincidência de vontades de órgãos de diferentes Poderes acaba por comprometer a efetividade do sistema de controle. Diante das omissões reiteradas do Senado Federal no tocante ao exercício de tal função, o sistema constitucional espontaneamente evoluiu para um modelo de controle predominantemente abstrato cuja eficácia depende apenas da decisão do Supremo.

Por fim, o controle pode ser entregue a uma Corte cuja atribuição seja apenas a Jurisdição Constitucional. Assim são afastados os problemas relativos ao acúmulo indesejável de competências, à dispersão excessiva da jurisdição e à baixa efetividade do sistema. Eis a Corte Constitucional.

Resumidamente: em tese, o controle de constitucionalidade pode competir a órgão de qualquer dos poderes. Não convém que o entregue seja ao Executivo, nem ao Legislativo. O Judiciário, a despeito de toda a desconfiança que recebe dos teóricos democratas, parece o mais “inofensivo” dos três, em razão do princípio da inércia judicial (o julgador necessita ser provocado<sup>3</sup>) e do princípio da fundamentação das decisões. É então preferível que o órgão de controle tenha características mais próximas do modelo judicial.

---

<sup>3</sup> Espera-se que essa provocação não seja tão custosa que inviabilize o controle, como no monopólio da representação por inconstitucionalidade pelo Procurador-Geral da República nos termos do sistema constitucional anterior (Art. 114, I, 1 da Constituição de 1967). A legitimação única para propositura implicava num juízo (impróprio, mesmo assim irrecorrível) de admissibilidade do controle concentrado, efetuado não pelo Judiciário, mas pelo Procurador-Geral da República. Na prática, esse desvio subtraía ao Supremo Tribunal Federal a efetiva competência para aferir a constitucionalidade das normas de interesse do Executivo Federal. O controle de constitucionalidade restringia-se à tarefa de harmonizar a Federação, aferindo quase que unicamente a constitucionalidade de normas estaduais. Diante da natureza de livre nomeação e exoneração do cargo de Procurador-Geral da República, ao Tribunal não lhe eram submetidos os atos do Presidente e nenhuma limitação ao exercício do Poder Executivo podia ser aplicada pelo Supremo. Em qualquer ditadura é bem provável que os atos do Executivo simplesmente não sejam revistos, por mais que exista previsão constitucional para tanto.

Por certo tem o Judiciário a desvantagem de ser um Poder excessivamente disperso para que a estabilidade jurídica seja mantida, mas isso pode ser corrigido através de instâncias superiores vinculantes. Mesmo assim Canotilho (2004) recomenda cuidado diante dos perigos de um “Estado de Juízes Constitucionais”. Ideal mesmo é que o Guardião não acumule qualquer outro poder-dever político, e que se institua uma Corte Constitucional pura.

Passamos a tecer algumas considerações a cerca do correto *locus* da Jurisdição Constitucional na teoria geral do Estado.

## **2. Dos Poderes constituídos**

Inicialmente intuímos que a atividade de controle de constitucionalidade difere da atividade judiciária típica. A Jurisdição Constitucional revê os atos legislativos, judiciais e executivos. Partindo-se da mais vaga noção de hierarquia, o que se espera é que o controle de atividade-fim seja efetuado por órgão situado em patamar não-inferior ao controlado. Para tanto, deve o controle de constitucionalidade possuir um *status* acima das três funções políticas do Estado. De Poder Constituído por certo não se trata.

Outra forma de conceber a Jurisdição Constitucional é como um quarto poder, lado a lado como o Executivo, Legislativo e com o Judiciário em sentido estrito, ou como certa feita concluíra Mello (1968), que o controle de constitucionalidade teria a natureza de Poder Moderador:

“De nossa parte entendemos que a Corte situa-se fora do âmbito dos três poderes clássicos.

E, por isso mesmo, no final do trabalho, nos inclinamos pela sua colocação como órgão do poder Moderador.” (p.122)

“Ora, tal função, se não está acima e fora do âmbito dos poderes do Estado, não deve também pertencer a nenhum deles o que lhe daria supremacia, mas a outro cuja única finalidade seja interpretativa, e também jungido à Constituição.

Realmente, o que se postula é o retorno a uma prática de moderação e de equilíbrio que muito há de contribuir para a estabilidade política e jurídica, removida a perspectiva angustiada da imutabilidade.

Assim se manifestou o Visconde do Uruguai comentando o poder moderador:

‘O poder moderador constituía a suprema inspeção sobre os poderes Legislativo, Executivo e Judicial, o alto direito que tem a nação de examinar como os poderes por ela delegados são exercidos, e de manter sua independência, equilíbrio e harmonia.’”(p.226)

*Data venia* ao entendimento desse grande jurista, mas não há como tratar as duas coisas da mesma maneira: controle de constitucionalidade e Poder moderador não se confundem. Embora concordando com a primeira parte da transcrição, entendemos que o Controle de Constitucionalidade deriva da Supremacia da Constituição e o Poder Moderador é típico instituto de império que pretende apenas fazer as vezes de constitucional: ele deriva da supremacia sobre a Constituição.

O pecado mor deste sistema é a acumulação de competências. O Imperador acumulava a chefia do Executivo e o Poder Moderador, ficando na prática, muito acima da Constituição. Segundo o jurista Braz Florentino Henriques de Souza (1978), dos tempos do Império, as atribuições do Poder Moderador podem ser classificadas em três categorias distintas, correspondentes a cada um dos outros três poderes políticos, a saber: atribuições moderadoras do Poder Legislativo (direito de nomear os senadores, de convocar extraordinariamente a Assembléia Geral, de sancionar seus decretos e resoluções, de prorrogá-la ou adiá-la, e de dissolver a Câmara dos Deputados); atribuições moderadoras do Poder Executivo (direito de nomear e demitir livremente os ministros de Estado); atribuições moderadoras do Poder Judicial (suspender os magistrados, perdoar e moderar as penas e conceder anistia).

A função de controle de constitucionalidade não guarda a verossimilhança pretendida com o Poder Moderador. O Moderador não caça a Lei, ele dissolve a Câmara. Ainda, ele deve ser único e delegado a uma só pessoa física (impedidos os órgãos colegiados), isto é, delegado privativamente ao Imperador. Tudo isso sugere que a Constituição de 1824 não era uma Constituição em sentido estrito.

“A monarquia nunca foi efetivamente senão *o mando supremo da sociedade confiado às mãos de um só homem*; e não sendo também outra coisa o Poder moderador entre nós, segue-se, ainda, que o Poder Moderador, e só ele, é a monarquia no Brasil.” (De Souza, 1978, p.50 - grifos no original)

A verdadeira primeira Constituição fora enterrada quando o Imperador dissolveu a Assembléia. Em 1824, ele mesmo outorgou a sua. O Poder Moderador é a negação de todo o constitucionalismo. Segundo Gilmar Mendes (1999, p.24), na história nacional, a

Proclamação da República foi decisiva: do fim do Moderador dependeu o início do controle de constitucionalidade.

Negada a semelhança do controle de constitucionalidade com o exercício do Poder Moderador, concluída pela sua não inclusão do dentro do âmbito dos Poderes clássicos (ou funções), e, intuindo que deva possuir um *status* acima desses três, o próximo passo natural é investigar se acaso teria ele a natureza de Poder Constituinte derivado.

### **3. Do Poder Constituinte Derivado**

A doutrina resumidamente divide o Poder Constituinte num Poder Constituinte Originário, que é autônomo, inicial, ilimitado – ao menos do ponto de vista jurídico – , cujo titular é o povo e cujo exercício é conferido a assembléia ou congresso constituinte; e em Poderes Constituintes derivados, responsáveis pela revisão e reforma e o Poder decorrente das Constituições Estaduais.

Com relação ao Poder derivado, raciocínio análogo ao desenvolvido na conclusão do item anterior deve ser empregado, eis que resta intransponível o mesmo tipo de impasse. O *status* da jurisdição constitucional há de ser superior ao dos órgãos portadores de Poder Constituinte derivado. Todos os atos do Poder Constituinte derivado estão sujeitos ao controle de constitucionalidade. À Jurisdição Constitucional submetem-se as emendas à Constituição e também as propostas de emendas, bem como as Constituições Estaduais.

“O STF já assentou entendimento que é admissível ADIN de Emenda Constitucional, quando se alega, na inicial que esta contraria princípios imutáveis ou as chamadas cláusulas pétreas da Constituição originária.” (Adin 1946 rel min. Sydney Sanches Info nº 241 . STF)

Assim há indícios de que a natureza do controle de constitucionalidade guarda correlação com um poder superior ao constituinte derivado. Reconhecer que tal poder também se submete à jurisdição constitucional implica que o mesmo deva situar-se num patamar inferior dentro da teoria Poder Constituinte àquele reservado para o controlador.

#### **4. Legitimação múltipla**

Não há como escapar das seguintes perguntas: mas a competência do STF para jurisdição constitucional não lhe foi na delegada pela Assembléia Constituinte? não advém do comando do art. 102, I, a da Constituição Federal? como negar-lhe a natureza de Poder constituído?

Por certo que a opção pelo Supremo Tribunal Federal foi efetivamente tomada pela Assembléia. Poderia ela ter criado uma Corte Constitucional ou mesmo optar por um sistema difuso de controle. De qualquer forma o Poder do Guardião obrigatoriamente haveria de seguir até algum órgão. Não por força da Constituição, mas para força da Constituição.

Sem a instituição de um sistema de controle de constitucionalidade, o que ocorre é que o Poder Constituinte originário inexoravelmente migra para o Legislativo sob a forma de um Poder constituinte impróprio. Tal poder manifestar-se-á sorrateiramente num Parlamento que, não reconhecendo de seus limites, poderá desviar do processo legislativo, eliminar cláusulas pétreas e legislar numa hierarquia de normas acima da Constituição originária.<sup>4</sup>

Não há vácuo no exercício do poder. Ao contrário do que entende a doutrina clássica: dissolvida a Assembléia, o Poder Constituinte originário não se quieda latente e inerte. Antes se transmuda e persiste – ou nessa espécie (conforme teorizada a pouco) de Poder Constituinte impróprio, exercida pelo Legislativo ou mesmo pelo Executivo a depender da mecânica constitucional; ou numa espécie de Poder Constituinte de guarda, que permite continuamente o controle dos Poderes constituídos e a concretização do Texto, tal como operado pela Jurisdição Constitucional.

Positivando o Supremo Tribunal Federal como órgão de controle de constitucionalidade, os redatores do Texto apenas pavimentaram o caminho pelo qual derivaria o Poder Constituinte. O que se propõe aqui é que o Poder do Guardião se mostra tão constituinte quanto aquele investido na Assembléia Nacional Constituinte.

---

<sup>4</sup> Ainda que porventura ausente fosse sua previsão no texto da Constituição, o poder-dever de controlar a constitucionalidade pode ser arrebatado por algum órgão, obstando o exercício do Poder Constituinte impróprio. Assim como o Juiz Marshall bem o fez, eis que solidamente embasado na doutrina dos poderes implícitos, inscrito que está o controle de constitucionalidade no cerne do dogma da Supremacia da Constituição.

Quando do final dos trabalhos da Assembléa, são duas as alternativas de continuidade que se apresentam ao Poder Constituinte originário: ou permanece no sistema como poder impróprio ou como poder de guarda. No silêncio da Constituição, o Poder Constituinte tende a escorregar para o Legislativo, implicando numa supremacia oficiosa do Parlamento com o decorrente suicídio da força normativa da Constituição em relação a este. A expressa previsão de competência para o controle de constitucionalidade pretende impedir que o Poder Constituinte trilhe tal caminho, induzindo sua transferência legítima para o órgão de Jurisdição Constitucional, na forma e nos limites de um poder de guarda e concretização.

Acontece que não é a promulgação da Constituição e sim a dissolução da Assembléa Constituinte que faz com que o Poder Constituinte migre para as togas do Supremo. Diferente do que ocorre com os três poderes constituídos (que são chamados “constituídos” porque a Constituição os constitui), a legitimidade da Corte não decorre tão-somente do texto constitucional. A legitimação essencial ocorre diretamente entre Constituinte originário e Corte Constitucional. Tal fenômeno se aproxima mais de um “substabelecimento” daquele mandato que a Assembléa Constituinte recebera do povo. No magistério de García De Enterría (2002) o Tribunal se faz comissionado do Constituinte Originário:

“uma constituição sem tribunal constitucional está ferida de morte, cuja sorte depende do partido ora no poder.” O tribunal se torna “um verdadeiro comissionado do poder constituinte para proteção de sua obra, a Constituição, e para que mantenha a todos os poderes constitucionais em sua qualidade estrita de poderes constituídos”<sup>5</sup>.

Sampaio (2002) lista nada menos que onze argumentos independentes para legitimar a Jurisdição Constitucional.<sup>6</sup> Para além da legitimação dogmática (expressa previsão no texto constitucional) encontra-se a legitimação deontológica, diga-se de passagem aquela indicada por Kelsen (2003).

“Uma Constituição em que falte a garantia da anulabilidade do atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória, no sentido técnico. Muito embora não se tenha em geral

---

<sup>5</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribuna Constitucional*. 3ª ed Madrid: Civitas, 1994. p.175, *apud* Sampaio, 2002.

<sup>6</sup> A necessidade de reequilibrar os poderes constituídos no *welfare state*(1); compensar o deficit de legitimidade da prática política(2); por meio inclusive do reexame das razões do legislador (3); o entrelaçamento entre maioria parlamentar e a competência dos tribunais, para além de seu controle pelo Legislativo(4);o respeito das regras do jogo democrático(5); a promoção dos direitos fundamentais(6); posição privilegiada do juiz constitucional(7); argumentação como legitimidade(8); legitimidade extraída do *status quo* e dos efeitos produzidos pelas decisões(9); justificativas deontológicas(10); dogmáticas(11).

consciência disso, porque uma teoria jurídica dominada pela política não permite tomar tal consciência, uma Constituição em que os atos inconstitucionais, e em particular as leis inconstitucionais também permanecem válidos – na medida em que sua inconstitucionalidade não permite que sejam anulados – equivale mais ou menos, do ponto de vista propriamente jurídico, a um anseio sem força obrigatória. Toda lei, todo regulamento, e mesmo todo ato jurídico geral produzido pelos indivíduos, tem uma força jurídica superior à de tal Constituição, à qual no entanto são subordinados e da qual todos eles deduzem sua validade. O direito positivo zela para que possa ser anulado todo ato – excetuada a Constituição – que esteja em contradição com uma norma superior. Esse grau deficiente de força obrigatória real está em desacordo com a aparência de firmeza, que chega ao extremo da fixidez, conferida à Constituição ao submeter sua reforma a condições estritas. Por que tantas precauções, se as normas da Constituição, embora quase imodificáveis, são na realidade quase sem força obrigatória?” (KELSEN, 2003. p. 179)

Dando continuidade à mesma linha de pensamento encontra-se a cátedra de Alexandre de Moraes: “a idéia de interseção entre o controle de constitucionalidade e constituições rígidas é tamanha que, no Estado onde inexistir o controle, a Constituição será flexível, pois o Poder constituinte ilimitado estará nas mãos do legislador ordinário.” (MORAES, 2000. p.30)

Além dessa legitimação lógico-jurídica para proporcionar efetiva rigidez à Constituição, o Tribunal também se legitima na função com o escopo de manter os Poderes constituídos na rota indicada pela Carta: “a bem dizer o controle de constitucionalidade existe para que o Legislativo e o Executivo não desgarem de seu lugar” (MELLO, 1968, p.69).

Sampaio (2002) também aponta o déficit de legitimidade decorrente da práxis política como legitimador do ativismo judicial. A necessidade do aprimoramento da democracia e do implemento de reformas políticas são demandas que pode ser providas mediante a construção de uma Corte Constitucional forte.

“Os representantes do povo em vez de exercerem o mandato na direção de interesses gerais, terminam por perseguir o seu próprio ou de grupos de apoio(...) Não apenas o processo eleitoral apresenta distorções graves, que passam pela inércia ou apatia do eleitorado, de um lado, e por campanhas marcadas por fortes apelos publicitários, quase sempre desprovidas de conteúdo programático, por outro (...) O ativismo judicial se

impõe assim como uma compensação a essa falta de racionalidade da práxis política” (SAMPAIO, 2002, pp.64-65)

Poucos autores se atrevem a concluir de forma tão enfática, mas a verdade é que o papel da Corte Constitucional se torna mais proeminente à medida em que aumenta a desconfiança no poderes clássicos constituídos.

A efetividade das decisões do Tribunal não deixa de ser também um fator que legitima sua atuação. A executabilidade das decisões da Corte depende do grau de reconhecimento e de respeitabilidade que lhe creditam os Poderes constituídos e a sociedade.

“Outro grande pilar que sustenta a legitimidade da justiça constitucional é a aceitação de suas decisões pelos demais poderes por ela fiscalizados e, principalmente, pela opinião pública, motivo pela qual todos seus pronunciamentos devem ser fundamentados e públicos.

Assim a verdadeira, duradoura e incontestável legitimidade da Justiça Constitucional será concedida pela opinião pública, pois somente ela é que, em definitivo, consagrará ou rejeitará essa instituição, analisando-a em virtude de sua jurisprudência e de sua atuação perante o Estado (...)” (Moraes 2000, pp.78-79)

A titularidade do Poder Constituinte Originário pertence à nação, e dela emerge diretamente sua legitimidade. De forma similar, cabe à Jurisdição Constitucional para além de sua legitimação dogmática inscrita no bojo do texto constitucional, um canal pelo qual a legitimação é diretamente emanada do povo.

Neste ponto, toma forma o casamento do presente ensaio com da tese do professor Peter Häberle (2002). A democratização dos procedimentos constitucionais através do reconhecimento da pluralidade de intérpretes, participantes do jogo constitucional numa sociedade aberta re-legitima ou co-legitima a Jurisdição Constitucional. Com a democratização do processo de controle concentrado pela aceitação da presença do *amicus curiae* o Tribunal aperfeiçoa sua ligação direta com o povo, instância d’onde emana todo o Poder.

“O *amicus curiae* ("amigo da Corte") é um instituto novo no cenário jurídico brasileiro, notadamente no âmbito da jurisdição constitucional <sup>(6)</sup>, e foi introduzido formalmente no direito positivo brasileiro com a edição da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, para dispor sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

(...) ao instituir o debate em torno da democratização da jurisdição constitucional e do processo de abertura da sua hermenêutica, a Constituição Federal (promulgada a 5 de outubro de 1988) permitiu a evolução de práticas inovadoras como o *amicus curiae*. Essa democratização deveria impedir a conversão da jurisdição constitucional em uma instância autoritária de poder.” (Da SILVA, 2007)

Nessa mesma linha, reforça-se o caráter democrático pela transparência na atuação do Tribunal. Através da veiculação das atividades da Corte pela TV Justiça e pela imprensa regular, bem como pelo *site* do Tribunal, que disponibiliza notícias e informativos num formato mais palatável que o Diário da Justiça materializa-se o princípio da publicidade.

No atual estágio da democracia no Brasil, parece-nos que o pleito eleitoral não é necessariamente o único fator legitimador das instituições. Nem o melhor. Por vezes a continuada práxis da instituição lhe confere mais legitimidade que a mera submissão periódica de seus componentes ao circo eleitoral. Reforçando tal tese encontra-se o seguinte fato:

Associação dos Magistrados Brasileiros patrocinou uma pesquisa de opinião que revela que apenas 11% dos brasileiros confiam nos políticos; 16% confiam nos partidos; 12,5% na Câmara dos Deputados e 14,6% no Senado. Já a confiança no Supremo Tribunal Federal foi declarada por 52,7% dos entrevistados.<sup>7</sup>

A crise no sistema democrático representativo, marcada pelo crescente hiato entre a vontade popular e a vontade expressa pela maioria parlamentar não apenas permite como também impõe o fortalecimento da Justiça Constitucional. Sua legitimação advém *a priori* da norma constitucional, mas não deve ser creditada unicamente a ela. Muitos outros fatores para além do Texto co-legitimam o Tribunal como Guardiã da Constituição.

## **5. Freios, contrapesos e controle de constitucionalidade**

A Constituição Federal é aparelhada com um duplo grau de controle da ordem constitucional. O primeiro grau são os freios e contrapesos. Trata-se de poderes-deveres de controle recíproco atribuídos aos três poderes constituídos. O segundo grau é o

---

<sup>7</sup> Pesquisa disponível em [http://www.amb.com.br/portal/docs/noticias/pesquisa\\_opiniao.pdf](http://www.amb.com.br/portal/docs/noticias/pesquisa_opiniao.pdf), acessada em 19/10/2007.

controle abstrato de constitucionalidade, que, para nós, não se confunde com o sistema de freios e contrapesos, visto que é unidirecional. É de fato um freio, mas sem o respectivo contrapeso, fato que por si só o insere numa categoria à parte.

Os freios e contrapesos destinam-se ao controle mútuo entre todos os Poderes. Acontece que o Executivo possui uma inegável vocação natural para acumulação indevida, e é dele que surgem expedientes para mitigar a ingerência do Legislativo e do Judiciário em sua esfera de atuação, mesmo no exercício do sistema de freios e contrapesos.

A ausência de lealdade institucional traz a ingovernabilidade ao País. Com a justificativa de evitá-la, acabam quase que se fundindo os dois Poderes eleitos. Piçarra (1989) constata que “entre parlamento e governo ou, mais tradicionalmente, entre Legislativo e Executivo, deixou de existir um dualismo, deixou de existir uma relação de contraposição.” (p.237) Além da interferência já descrita, isto também porque deixaram de ter referências sociais contrapostas. Ficaram estreitamente ligadas os dois Poderes por um “tecido conjuntivo” representado pelo partido majoritário.

A estratégia do Executivo em relação aos controles constitucionais operados pelo Legislativo, consiste basicamente em cooptar parlamentares e partidos através de favorecimentos que jamais foram previstos no mecanismo constitucional. Uma primeira moeda de troca natural será a distribuição de cargos em comissão no Poder Executivo. A construção de uma bancada de sustentação no Congresso exige a “distribuição de Ministérios”.

Nos casos em que os freios e contrapesos são engabelados, via de regra por meio de acordos entre Executivo e Legislativo, as trocas de favores implicam na abstenção do cumprimento do dever constitucional. A Jurisdição Constitucional pode e deve funcionar como um segundo sistema (*back up*) de segurança e de estabilidade constitucional. Por isso, reafirmamos que a importância da Corte cresce na medida em que aumenta a desconfiança na comunidade política.

A crise política crônica vivida no Brasil vem aumentando em muito a importância da função controle de constitucionalidade e acabará finalmente convertendo o Supremo Tribunal Federal numa esperada e necessária Corte Constitucional.

## **6. Da irrecorribilidade das decisões à estabilidade constitucional**

Outro aspecto importantíssimo a ressaltar é que contra decisão da Corte em sede de controle de constitucionalidade não há recurso. Não existe qualquer outro órgão em todo o sistema constitucional com competência, capacidade ou legitimidade para rever seus atos.

Dar a última palavra significa que não haverá revisor. O pronunciamento é definitivo, é irrecorrível, conforme se extrai da legislação (art. 12 da Lei n.º 9.882/1999 e art. 26 da Lei n.º 9.868/1999). As decisões do Tribunal têm então força equivalente à de norma constitucional.

E mais, para garantir a efetividade de tais decisões, caberá junto à própria Corte, Reclamação, nos termos do art. 13 da Lei n.º 9.882/1999 e do art. 102, I, I da Constituição. Este atalho processual pela via da Reclamação torna as decisões do Supremo, na prática, mais fortes que as próprias normas constitucionais originais. Isso porque serão prontamente defendidas sem necessidade de dilatada instrução judicial.

A atribuição de força normativa neste “fim da linha processual” é que possibilita a construção da segurança jurídica, que por sua vez é condição imprescindível para estabilidade de todo o edifício do Direito e do próprio sistema constitucional. E a estabilidade parece ser o objetivo mor da obra de qualquer constituinte. Assim se manifesta Silveira (1977) sobre os louvores da Constituição americana:

“É essencialmente a esta flexibilidade hermenêutica que a Constituição deve o fato de ter sido obra duradoura. Ela é hoje a mais antiga Constituição escrita do mundo, e nunca se discutiu a sua validade, nem em seu conjunto, nem mesmo em qualquer de seus princípios fundamentais. Todavia, redigida para comunidades rurais ou comerciais que somavam quatro milhões de habitantes, ela rege hoje a nação industrialmente mais poderosa e adiantada, com mais de duzentos milhões de almas.” (SILVEIRA, 1977. pp.110-111)

Seguindo tal exemplo, dois séculos mais tarde no hemisfério sul, a Assembléia Nacional Constituinte se desfaz do Poder Constituinte, mas precisa conferir legitimidade a um órgão permanente para continuar a exercê-lo, sob pena de decomposição da ordem jurídica recém institucionalizada. O controle de

constitucionalidade precisa ser exercido. Não é faculdade, não é mera atribuição constituída por capricho da Assembléia. O Guardião é o legítimo continuador dos trabalhos constituintes.

Para completar o quebra-cabeça, lançamos mão da teoria concretista do direito, em cuja concepção a norma nasce não quando é positivada pelo legislador, mas quando aplicada pelo Juiz. Da mesma forma a norma constitucional nasce não com a Promulgação mas quando interpretada e aplicada pela Jurisdição. A concretização da Constituição é “um processo efetivo, temporalmente estendido” (MÜLLER, 2000).

Deparamo-nos então com uma analogia por demais óbvia para deixar passar. A tarefa do Congresso Constituinte corresponde ao papel de pai da Constituição. O pai fornece obrigatoriamente aquele impulso genético inicial, mas logo depois disso encerra sua participação biologicamente indispensável. O embrião, a partir de então depende da gestação, do cuidado e da nutrição, que são responsabilidades diferidas no tempo e eminentemente maternas. Sem mãe não haverá criança. Sem um Tribunal Constitucional não haverá Constituição.

Se isso faz do congresso Constituinte de 1988 o pai da Constituição, certamente reserva sua maternidade à Corte Constitucional, que continuamente dá a luz a uma Constituição viva. Edição do texto constitucional e controle de constitucionalidade são tarefas complementares. Uma não se aperfeiçoa sem a outra. Estão ambas no mesmo nível. Devem ser executadas por duas faces do mesmo Poder.

## ***7. Das características típicas do Poder Constituinte***

“O Poder Constituinte caracteriza-se por ser inicial, ilimitado, autônomo e incondicionado. É inicial, pois sua obra, a Constituição – é a base da ordem jurídica; é ilimitado e autônomo, pois não está de modo algum limitado pelo direito anterior, não tendo que respeitar os limites postos pelo direito positivo antecessor; e, finalmente, é incondicionado pois não está sujeito a qualquer forma prefixada para manifestar sua vontade; não tem ela que seguir qualquer procedimento determinado para realizar sua obra de constitucionalização.” (MORAES, 2000. p.70)

## 7.1. Inicialidade

No entender de Moraes, a inicialidade do Poder Constituinte Originário fundamenta-se na Constituição como base da ordem jurídica. Da mesma forma a obra do controlador de constitucionalidade é dizer o que é e o que não é a Constituição. Tal tarefa é de todo inicial pois está a concretizando esta mesma base.

É possível, em outra acepção, entender a inicialidade como característica inerente àquele que inaugura a ordem constitucional. Neste sentido do termo, surgem alguns obstáculos ao presente entendimento, longe de se fazerem intransponíveis. À primeira vista a Jurisdição Constitucional não se reveste com a mesma espécie de inicialidade que reveste ao Poder Constituinte Originário.

A Jurisdição Constitucional não inicia a ordem constitucional, não cria um novo Estado, como previsto na concepção clássica do Poder Constituinte. Por outro lado a Assembléia também não consegue exaurir essa tarefa de iniciar. Certas normas carecem de concretização. Ainda que o texto normativo constitucional encontre-se completo, existente e vigente, por vezes para implementar sua admissão no plano da eficácia e tornar-se verdadeiramente norma constitucional, depende da manifestação da Corte.

Ao tratar da eficácia das normas jurídicas, Mello (2004) demonstra que tal qualidade depende de concretização.

“Se a norma existe com vigência e é válida, ou sendo inválida, ainda não teve sua nulidade decretada por quem, dentro do sistema jurídico, tenha poder para tanto, poderá ser eficaz desde que se concretizem no mundo os fatos que constituem seu suporte fático. Se os fatos previstos pela norma como seu suporte fático não se materializarem, integralmente, no plano das realidades, a norma jamais será eficaz (= não incidirá); existirá com vigência, porém sem eficácia. A eficácia da norma jurídica (= incidência) tem como pressuposto essencial a concreção de todos os elementos descritos como seu suporte fático (= suporte fático suficiente).

Por aí se vê que, enquanto não se realizam no mundo os fatos por ela previstos, a norma jurídica, mesmo com vigência, constitui mera proposição referente a hipóteses, não podendo se falar em geração de qualquer consequência jurídica. Está-se no plano lógico da normatividade, não no mundo do direito, que somente se compõe a partir dos fatos juridicizados.” (MELLO, 2004. p.17)

A concreção pela Jurisdição Constitucional é que inicia a norma no plano da eficácia. A majestosa classificação de José Afonso da Silva das normas constitucionais

em normas eficácia plena, contida e limitada, não se faz sempre livre de dúvidas. Muitas vezes a norma remanesce numa zona cinzenta, que só pode ser resolvida pelo Tribunal.

O caso mais emblemático é trazido no bojo da ADI 4/DF, em que fora discutida a aplicabilidade do limite constitucional à taxa de juros em 12%, conforme dispunha o art. 192, § 3º da Carta Magna, antes é claro do advento da Emenda Constitucional n.º 40/2003. O mérito da questão consistiu em determinar se o dispositivo constitucional contava ou não com a auto-aplicabilidade. A despeito de toda a doutrina aduzida no relatório do Min. Sydney Sanches, uníssona ao afirmar que os textos constitucionais de caráter proibitório são executáveis sem o concurso de legislação, o Tribunal fez por bem entender improcedente a ADI, decidindo reconhecer apenas eficácia limitada à norma. Editou-se posteriormente a Súmula n.º 648 ratificando tal entendimento.

Súmula nº 648. “A norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar.”

Já em outro interessante episódio, o direito de greve do servidor público, previsto no art. 37, VII, da Constituição Federal, reiteradamente tido como norma de eficácia limitada ( precedente: MI/20), está em vias de ter sua aplicabilidade garantida pelo Supremo Tribunal Federal, a despeito da ausência de lei específica. Diante da ineficácia das comunicações de mora, formou-se novo convencimento na maioria em relação à eficácia das decisões em sede de Mandado de Injunção, inclinando-se a Corte para uma postura concretista. Ainda que não concluído o julgamento dos MI 670 e MI 712, a eficácia plena da norma poderá lhe ser conferida, conforme notícia divulgada no site do STF:

“ 12/04/2007 - 20:00 - STF poderá regulamentar direito de greve no serviço público  
Após quase quatro horas de debates, sete ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiram que dispositivos da Lei de Greve (Lei 7.783/89), que rege o exercício de greve dos trabalhadores da iniciativa privada, também valem para as greves do serviço público. Votaram nesse sentido os ministros Eros Grau, Gilmar Mendes, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence, Carlos Ayres Britto, Cármen Lúcia e Cezar Peluso. (...)

Ao término dos debates, o ministro Gilmar Mendes, que presidia a sessão, suspendeu o julgamento, em virtude do pedido de vista do ministro Joaquim Barbosa. Em que pese estar formada uma maioria de sete ministros, que votaram no sentido de aplicar a lei 7.783/89 (lei de greve do setor privado) às greves do serviço público, este julgamento

ainda não foi finalizado, devendo-se aguardar os votos dos ministros Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Ellen Gracie.”<sup>8</sup>

Quem define em última análise acerca da presença ou não da norma constitucional no plano da eficácia, é a interpretação dada pela Corte. O teor literal é apenas a ponta do *iceberg* (Muller, 2000). Interpretar e concretizar são atividades distintas. A interpretação desenvolve o texto da norma enquanto que a concretização engloba elementos da realidade introduzindo a norma no mundo dos fatos. Concretizar é verdadeiramente constituir dentro do plano da eficácia. Ao constituir com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, tal atividade pode ser classificada materialmente como atividade constituinte.

Diferente do Poder Constituinte originário, que obra a partir do nada jurídico, a Jurisdição Constitucional parte de um parâmetro especialíssimo que é a própria Constituição. Diante de tais considerações, conclui-se que na Jurisdição Constitucional fica mantido o caráter de inicialidade, com o qual tão intimamente se identifica o Poder Constituinte Originário, porém numa acepção diferente e complementar.

## **7.2. Incondicionado, ilimitado e autônomo**

O poder constituinte originário é ilimitado e autônomo (juridicamente). Por certo que a moderna teoria do Poder Constituinte defende a existência de limitações extraleais, como limites de fato, a ordem internacional ou mesmo a força legitimadora do êxito. Sua autonomia faz-se no sentido dado pelos positivistas. Certo é que o Poder Constituinte não se limita pelo direito anterior.

A decisão da Corte Constitucional também não está de forma alguma vinculada ao direito vigente, a decisões ou entendimentos anteriores. A autonomia para decidir é plena. A decisão é incondicionada no exame de mérito, pois não está vinculada a limites ditados no ordenamento.

Os únicos limites a serem observados são os da própria Constituição. Neste ponto é que o Poder Constituinte de Guarda difere do Poder Constituinte originário. Este parte do nada, aquele inicia sua atividade do texto constitucional. Os

---

<sup>8</sup> Disponível em <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69589&caixaBusca=N>. Acessado em 08/01/2008.

procedimentos da Corte Constitucional encontram-se previstos, e a eles deve a Corte se vincular.

Neste ponto haveria uma ruptura marcante entre as características das duas atividades. Haveria. Pois cabe indagar a quem compete aferir a observância do devido processo legal constitucional pelo Supremo. Apenas o próprio Supremo pode fazê-lo.

É na intangibilidade da decisão do Supremo que ele pode se igualar ao Poder Constituinte Originário em seu caráter autônomo e ilimitado. Não por força de dogma expresso, mas pela conclusão acerca da lógica do sistema. Simplesmente porque não há órgão revisor para a decisão definitiva do Supremo.

Como não há órgão revisor, uma revisão externa da decisão do Tribunal só poderia ocorrer através de uma quebra na ordem constitucional. Isto equivale a um golpe de Estado e implicaria numa nova manifestação do próprio Poder Constituinte Originário, inaugurando então uma outra ordem constitucional.

E se acaso o Tribunal inova ou desvia do devido processo? Não há recurso previsto dentro da ordem constitucional ou Poder constituído que anule sua decisão. Os limites na atividade de controle de constitucionalidade existem, mas são vigiados pela própria Corte. A única garantia de que o órgão exercerá a função dentro dos parâmetros é a Justiça (auto-construção).

Suponhamos, que a Corte não observe o devido processo em algum aspecto. Suponhamos ainda, que argüida acerca do alegado defeito, a própria Corte não o reconhece. Está feito. A decisão, ainda que realmente possua incontestável falha na forma, será irreversível. Só que, desta vez, o golpe de Estado contra a Constituição é desferido pela própria Corte.

Neste ponto percebe-se um paradoxo: junto com o Poder Constituinte de Guarda transfere-se também o Poder Constituinte impróprio.

Por certo que o desrespeito ao devido processo ou a princípios hexagéticos universalmente aceitos, bem como o exagero na inovação viria a minar a já apresentada<sup>9</sup> legitimidade extra-dogmática da Corte. Tal extrapolação configuraria o exercício do Poder Constituinte impróprio, implicando ela mesma numa inovação na Ordem Constitucional. Se o golpe de Estado é desferido pelo Tribunal, o exercício do Poder

---

<sup>9</sup> Ver item 4.

Constituinte impróprio acarreta a imediata perda de legitimidade para o exercício do Poder Constituinte de guarda.

Neste ponto faz-se mister uma reflexão acerca da auto-executoriedade dos julgados. Em tese, a decisão da Corte Constitucional a possui. Na prática, tudo acaba dependendo de uma certa lealdade constitucional por parte dos outros Poderes. Em condições limites, os Poderes constituídos poderiam coadunar-se para, surdos, descumprirem decisões. Tal hipótese não é absurda, mormente quando se trata de julgados de maior relevância política ou de forte impacto direto na comunidade política. Ao que tudo indica, no recente episódio do julgamento da tão comentada “fidelidade partidária”(MS 26.602, 26.603 26.604) foi ensaiada no Legislativo uma eventual resistência à decisão do Supremo.<sup>10</sup>

A “força legitimadora do êxito” é o que eterniza e coroa a obra do Constituinte. Sem êxito na revolução, o glorioso auto-intitulado portador do Poder Constituinte não passará de revolucionário derrotado, quiçá um criminoso que atentara contra a Ordem Constitucional então em vigor.

O êxito também estará presente na Jurisdição Constitucional. Sob a forma da respeitabilidade alcançada pela Corte; na capacidade de fazerem valer suas decisões;

---

<sup>10</sup> Quinta-feira, 04 de Outubro de 2007

**Ministro considera improvável resistência da Câmara dos Deputados a qualquer decisão do STF sobre a fidelidade partidária**

O ministro Celso de Mello afirmou no começo da tarde de hoje (4) considerar improvável que haja qualquer resistência por parte da Câmara dos Deputados à decisão que o STF vai proferir sobre a questão da fidelidade partidária. Essa foi a resposta do ministro ao questionamento dos jornalistas, instantes antes do início do segundo dia de julgamento dos Mandados de Segurança (MS 26602, 26603 e 26604) sobre o tema.

Os repórteres perguntaram ao ministro se a Câmara dos Deputados poderia não respeitar uma eventual decisão positiva do STF. A pergunta se baseou em notícias amplamente divulgadas pela imprensa esta semana, de que o presidente da Câmara dos Deputados estaria estudando uma “estratégia de resistência”, que teria o objetivo de preservar os mandados dos deputados federais envolvidos nas ações em análise pela Corte, se o Supremo decidir pela fidelidade partidária.

Celso de Mello enfatizou que “em matéria de jurisdição constitucional, quem tem o monopólio da última palavra é o STF. E ninguém mais”. E que se houver algum tipo de reação da Câmara à decisão do Supremo, “caberá ao STF adotar as medidas cabíveis”. Mas o ministro repetiu que não acreditava na possibilidade de qualquer resistência por parte da Câmara, tendo em vista, entre outras coisas, a postura do presidente da Câmara, deputado Arlindo Chinaglia (PT-SP), “que tem demonstrado ser uma pessoa extremamente responsável e consciente das regras que presidem as relações institucionais entre os poderes da República”.

“Tenho a impressão que todos deveremos aplicar a regra do artigo 2º da Constituição, que impõe um convívio harmonioso, que sempre tem havido, entre os poderes e suas relações institucionais, concluiu Celso de Mello, afirmando mais uma vez que “em matéria de interpretação final da Constituição, o STF é soberano”.

Fonte: STF.

enfim, na concordância dos outros Poderes e da sociedade em se submeter às decisões da Corte. Sua legitimidade também advém da qualidade dos julgados.

Daí a importância da auto-restrição da Corte, do uso de técnicas hermenêuticas, da transparência e da fundamentação dos julgados, e principalmente da justeza. Canotilho (2003) aponta dentre outros princípios a serem observados a auto-limitação, a interpretação conforme, o princípio da congruência do legislador e a fundamentação das decisões. Os limites impostos à Jurisdição Constitucional são princípios que, em certo grau, dependem de adesão voluntária do Órgão.

## **8. Poder Constituinte originário e controle de constitucionalidade**

Considerando que a Jurisdição Constitucional tem o poder de rever os atos dos Poderes constituídos, dos Poderes constituintes derivados, e por nenhum deles pode ter sua atuação revista;

Considerando que sua atuação da Jurisdição Constitucional encontra como limite objetivo apenas as normas constitucionais originárias (e mesmo assim, acaba definindo o exato alcance destas normas);

Considerando que contra as decisões da Corte não há recurso ou órgão revisor dentro do sistema constitucional;

Considerando que a resistência ao cumprimento das decisões da Corte terá a mesma natureza de golpe contra a ordem constitucional;

Considerando que a redução ou destituição da autoridade da Corte implica num novo arranjo constitucional, ou seja: numa nova ordem constitucional, possível apenas através de uma nova manifestação do Poder Constituinte Originário;

Considerando que as decisões da Corte revestem-se com força equivalente (se não mesmo superior!) à força das normas constitucionais originárias;

Diante de toda a fundamentação aduzida é que se acumula a densidade necessária para enunciar formalmente aquilo que já fora intuído por diversos autores, sem que tenham contudo aprofundado suas reflexões e seguido mais seriamente os indícios percebidos:

O controle abstrato de constitucionalidade é forma de manifestação do Poder Constituinte.

Por certo que tal afirmativa excede a visão da doutrina tradicional. Quando muito, no exercício da função de controle de constitucionalidade, a Corte Constitucional é carinhosamente batizada por Kelsen de “legislador negativo”, sem que sejam devidamente desenvolvidas as implicações de tal conceito. Um aspecto que parece ter escapado ao jus-filósofo austríaco se torna mais claro somente com o amadurecimento da teoria dos direitos fundamentais e com a tópica concretista. Diante de um conflito “aparente” de normas entre uma norma constitucional e outra infra, o julgador é levado a definir para o caso concreto o âmbito de cada uma. O contorno das normas, isto é seu alcance e seu núcleo essencial, torna-se razoavelmente maleável para ser moldado pelas mãos do intérprete, que não apenas interpreta, mas que concretiza (uma e outra), revelando (definindo) ele os (novos) contornos das normas para que não haja mais colisão. Ora amplia o alcance da norma constitucional, tendendo a conceder-lhe sua máxima eficácia, o que neste caso irá banir a norma com ela colidente; ora mantém a norma infra, entendendo que o âmbito de atuação da norma constitucional não a atinge. Assim, via de regra, ao atuar como legislador negativo, o concretizador atua também como verdadeiro constituinte positivo(!), e ao manter a validade da norma infra, pode ele estar agindo como um imprevisto constituinte negativo(!).

Dizendo ou desdizendo o direito, o Tribunal na verdade diz também a Constituição. Em tempo, o próprio termo Jurisdição Constitucional parece merecer alguma correção. Ao autor, não se trata apenas de *juris-dicere*, mas de *Constitutio-dicere*.

Se a constituição é aquilo que o Supremo Tribunal Federal diz que é, seus acórdãos então são declarativos ou constitutivos? Declarativos, responderá o constitucionalista tradicional. *Data venia*, a possibilidade de modulação de efeitos bem demonstra que tais pronunciamentos podem ser constitutivos. Por certo é uma zona cinzenta.

Quando o Tribunal revê entendimentos anteriores esse caráter constitutivo se faz mais evidente. O Tribunal age na continuidade do exercício do Poder Constituinte. A tarefa do Poder Constituinte estará sempre incompleta, sempre em construção. A letra positivada da Constituição ainda não é norma, é texto normativo. Só se faz norma quando concretizada.

Como enquadrar então o controle de constitucionalidade? Dentro da teoria Constitucional e da Teoria geral do Estado, a única maneira adequada que encontramos para explicá-la, a Jurisdição Constitucional, é como manifestação em solução de continuidade do Poder Constituinte Originário. Segundo Silveira :

“o fato de durante 170 anos de vida constitucional [nos Estados Unidos da América] terem sido poucas as emendas (22 ao todo) se explica por este outro fato: o de ter a Corte Suprema, nas conhecidas palavras de Woodrow Wilson, agido como se fosse ‘uma convenção constitucional contínua’, de modo que ‘quase se pode dizer que a Constituição é emendada todas as segundas-feiras, pela manhã, quando a Corte Suprema toma suas decisões.” (SILVEIRA, 1977, p.111)

Por certo não convém ao Tribunal Constitucional embriagar-se com tamanhos poderes. O mero testar de seus limites por si só já deslegitima o Guardião. Mais do que qualquer outro órgão, ele precisa reger-se pela justiça. Canotilho atenta para o

“*poder de interpretação* do tribunal Constitucional. Através da conjugação de três fatores – primazia da constituição, primazia decisória em última instância , falta de cânones metódicos indiscutíveis – , o Tribunal impregna a interpretação de normas jurídicas, obrigando todos os operadores jurídicos a ter em conta a leitura que delas faz o órgão de controlo de constitucionalidade.”(CANOTILHO, 2003, pp. 1305-1306 – grifos no original)

Todo o exposto e as presentes considerações indicam que os avanços ocorridos na Jurisdição Constitucional brasileira fazem do Supremo Tribunal Federal...

## **9. Um Tribunal em mutação**

Diante das recentes evoluções no Controle de Constitucionalidade pátrio, iniciadas com a promulgação da Constituição de 1988, e continuada pelas emendas constitucionais 3/1993 e 45/2004, bem como pelo advento da Lei nº 9.868 de 1999 (ADI e ADC), da Lei nº 9.882 de 1999 (ADPF) e da Lei nº 11.417/2006 (súmula vinculante); diante da ampla legitimação para propor ações em sede de controle concentrado (CF Art. 103, incisos I a IX); diante da modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade (art.11 da Lei nº 9.882); diante do efeito vinculante e da eficácia contra todos previstos no art. 28 da Lei nº 9.868/1999 bem como no art. 10, §3º

da Lei nº 9.882/1999; diante da ampla gama de recursos hermenêuticos e técnicas de interpretações aplicadas pelo Supremo; diante da ampliação no universo dos objetos de controle pelo advento da ADPF; diante da liberdade dada à Corte para investigar além dos fundamentos contidos no Recurso Extraordinário; diante de tudo isso é impossível não concluir: a Jurisdição Constitucional teve incrivelmente ampliado seu papel na mecânica do Estado.

A teoria dos poderes implícitos indica que em face de novas competências, mais poderes para seu adequado desempenho lhe serão implícitos. É preciso buscar o correto *locus* da atividade de controle de constitucionalidade dentro da teoria geral do Estado. Por certo que ela não cabe mais nos estreitos limites do Judiciário.

Para Gilmar Mendes (1999), no sistema de 1967/69 o controle concentrado representava apenas um papel supletivo do controle difuso, em razão principalmente do monopólio da ação direta outorgado ao Procurador-Geral da República. Essa relação se inverteu após 1988.

“A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar de forma marcante, a legitimação para propositura de ação direta de inconstitucionalidade (CF art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.” (MENDES, 1999, p.78)

Mesmo antes de 1988, ao Supremo já lhe era reconhecida pela doutrina dessa acumulação de funções:

“O Supremo Tribunal Federal exerce, por força da organização federativa e da divisão de poder, dois papéis relevantes e absolutamente distintos: é órgão de cúpula do Poder Judiciário federal e é guarda da Constituição.” (DALLARI, 1977. p.161)

Por certo que o Tribunal preserva algumas competências típicas de órgão judiciário, mas agora o papel de controle abstrato lhe é central. Defende-se aqui a tese de que o Supremo descola de sua posição inscrita no Artigo 102 da Constituição da República para identificar-se como Corte Constitucional. Esse vôo consiste em verdadeira mutação constitucional, transcendendo o Órgão de seu *locus* constitucional formal.

Conforme todo o construído nestas breves páginas, impõe-se reconhecer também do exercício do Poder Constituinte pelo Supremo Tribunal Federal.

Há de surgir, inexoravelmente, neste ponto uma objeção acerca da legitimidade do Supremo para representar o Poder Constituinte: carência de base eleitoral. Rebatendo esta objeção, apresentam-se três argumentos principais:

Na teoria do Poder Constituinte, há uma modalidade de Poder Constituinte Originário que simplesmente outorga a Constituição. Trata-se de Poder Constituinte de fato, despido de quaisquer preocupações acerca de sua legitimação democrática ou base eleitoral. Assim percebe-se que a legitimação eleitoral não é elemento essencial à caracterização do Poder Constituinte Originário.

Como segundo argumento se apresenta a tarefa de proteger e garantir os direitos fundamentais, que constituem o centro pulsante das Constituições e sua principal razão de ser. São os direitos das minorias os que mais necessitam de proteção. Para garanti-los adequadamente, mesmo diante das flutuações ideológicas na composição da maioria política, exige-se um Guardião de natureza anti-majoritária.

Um terceiro argumento é a percepção de um mecanismo para-constitucional de legitimação direta, através da democratização dos processos de jurisdição constitucional pelo debate numa sociedade aberta de intérpretes (HÄBERLE, 2002), conforme já debatido no item 4.

Para completar o quadro, há de se notar que questionamentos também existem acerca da legitimidade do próprio Poder Constituinte originário. Na contundente crítica de Müller, a expressão “Poder constituinte do povo” em geral não passa de ilusionismo ideológico. (MÜLLER, 2004, p.104)

É claro que o Supremo Tribunal Federal não perde completamente sua natureza de órgão judiciário, haja vista que além do controle de constitucionalidade, acumula ainda muitas competências típicas de órgão judicial em sentido estrito (CF art. 102, I, b, c, d, e, f).<sup>11</sup> Essa acumulação de funções (tribunal de revisão e controle abstrato de constitucionalidade) não lhe veda o *status* em construção de Corte Constitucional.

---

<sup>11</sup> Nem mencionamos o controle difuso por via de Recurso Extraordinário, que hoje quase que se confunde com o próprio controle concentrado, como bem aponta Gilmar Mendes objetivando o controle incidental: “A Emenda Constitucional n. 45/2004 (Reforma do Judiciário) consagrou no art. 102, § 3º, da Constituição, o instituto da repercussão geral, segundo o qual “*no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-la pela manifestação de dois terços de seus membros*”. Tem-se mudança radical do modelo de controle incidental, uma vez de que os recursos extraordinários terão de passar pelo crivo da admissibilidade referente à repercussão geral. A adoção desse novo instituto deverá maximizar a feição objetiva do recurso extraordinário.” (MENDES, 2007, p. 1025)

Neste ponto cabe lembrar que nossa última Assembléia Nacional Constituinte tecnicamente consistia num Congresso Constituinte, haja vista não ter a Assembléia se dissolvido após a promulgação da Constituição, e de seus membros prosseguirem enquanto Congresso Nacional desempenhando as funções do Poder Legislativo, bem como a presença dos senadores ditos biônicos. Nada disso comprometeu seu *status* de Constituinte Originário.

Por certo o Tribunal não provoca mudanças formais no texto da Constituição, mas acorda decisões e edita súmulas com força de Constituição, não de lei. As decisões não se restringem às partes, mas apresentam eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. (Lei nº 9.882/1999 art 10, §3º ; Lei nº 9.868/1999 art. 28, parágrafo único; e CF art. 103-A)

Restam no ar duas perguntas:

O que impede que o STF passe a ser reconhecida como a Corte Constitucional que se tornou?

O que impede que as Cortes Constitucionais passem a ser reconhecidas como cortes constituintes que verdadeiramente são?

Inocência Mártires Coelho (2007) chega a afirmar que “porque estão fora e acima da tradicional tripartição dos poderes estatais; e, afinal, porque desfrutam de singular autoridade, os guardas da Constituição acabam constitucionalizando sua própria concepção de justiça”(p. 131). Em tempos em que tanto se fala e se ouve das mutações constitucionais, estamos diante da maior mutação de todas. O STF transmuda-se em Corte Constitucional, que se faz verdadeiro órgão constituinte quando reunido em sede de controle abstrato.

## **10. Conclusão**

Hans Kelsen, ao tratar da dinâmica jurídica trazida na obra *Jurisdição Constitucional*, já ressaltava a necessidade lógica do controle de constitucionalidade

---

A mesma conclusão se extrai das pelas repercussões típicas do controle objetivo que se extraíram do julgamento do HC 82.959 ao declarar (em controle incidental) inconstitucional a vedação à progressão de regime outrora prevista na Lei nº 8.072.

para que a Constituição seja norma efetivamente superior e não conviva com normas inferiores com ela incompatíveis. Assim, para que a Constituição seja realmente uma Constituição, é obrigatória a existência de um órgão permanente de controle de constitucionalidade. Exige-se tal solução de continuidade no desempenho de ambas as funções, típicas manifestações do Poder Constituinte. A exemplo da chama olímpica, o fogo do Poder Constituinte Originário não pode se apagar e cabe à Assembléia passar a tocha às mãos de um Guardião por ela eleito. Tal passagem não é facultativa, é obrigatória, sob pena de morte da Constituição em sua força normativa. Descuido assim conduziria a Nação diretamente àquela conformação descrita por Lassale em que a Constituição faz-se mera folha de papel inócua diante da atuação dos fatores reais de poder.

O exercício da função de Jurisdição Constitucional é exercício do Poder Constituinte.

E Poder Constituinte verdadeiramente o é, numa nuance, é claro, distinta do chamado constituinte originário. Mais: diante de todo o exposto conclui-se que a Jurisdição Constitucional guarda muito mais proximidade e semelhança com o Poder Constituinte originário que com o derivado, e que sua atuação fica mais distante ainda daquelas competências atribuídas aos poderes constituídos.

É mais coerente classificar o Poder do Guardião como subespécie do Poder Constituinte em sentido amplo, ao lado do Poder Constituinte originário do que tentar enquadrá-lo artificialmente como qualquer das outras hipóteses neste ensaio aventadas e descartadas.

O Poder Constituinte manifesta-se legitimamente de duas formas: originária – pelo ato de promulgação da Constituição, tarefa cumprida pela Assembléia Nacional Constituinte; e Concretizadora – pelos atos da Corte Constitucional em sede de controle abstrato de constitucionalidade ao longo do tempo. Mais que mutação constitucional, estamos diante de mutação constituinte.

“A constituição de si mesmo não se faz por meio da redação e subscrição de um papel chamado ‘Constituição’. Uma associação se constitui realmente pela práxis, não pelo diploma; não por meio de sua entrada em vigor, mas pela vigência: diariamente, na duração histórica.” (MÜLLER, 2004. p.26)

A visão de Poder Constituinte aqui apresentada amolda-se perfeitamente às reflexões de Friedrich Müller, na cátedra da tópica concretista:

“à medida que quisermos nos ater a essa versão do ‘poder constituinte’: o ‘cerne’ no texto da Constituição é formado, num primeiro momento, por textos de normas; uma Constituição enquanto diploma só pode conter textos de normas (artigo 79, inciso III, alínea 1 e artigo 20 da LF). Mas já que estes textos de normas devem fornecer o critério de aferição de legitimidade, eles legitimam somente à medida que a práxis constitucional se coaduna *realmente* com eles.

Assim considerando, o poder constituinte *conteudístico* retroage. Transforma-se, de conjuração holística da unidade da constituição, de apaziguamento ideológico do povo *em prol* de um exercício não-perturbado (porque necessariamente legítimo, conforme se alega) do poder do Estado, em critério de aferição operacionável *contra* o poder real do Estado.” (MÜLLER, 2004, p.104 – grifos no original)

Promulgação do texto magno e práxis da jurisdição constitucional fazem-se atividades complementares interdependentes e obrigatórias. Eis a tarefa do Constituinte Originário: produzir uma Constituição em sentido estrito, efetivamente superior no campo jurídico e estável no político. Nos ensinamentos de Paulo Bonavides:

“Por esse entendimento, ainda desvinculado de seu órgão histórico – a assembléia constituinte – esse novo poder constituinte originário, qual estamos a teorizá-lo, não desampara a Constituição depois de feita, antes a acompanha e modifica, posto que não tenha titularidade definida, ou careça da racionalidade do momento constituinte ou haja tomado ocasionalmente configuração difusa. Diante da lentidão com que atua, só é possível perceber-lhe a presença invisível quando se constatam as transformações já operadas na Constituição sem a interferência do poder constituinte derivado.

Não é o jurista profissional, de formação positivista, que descobre a variedade do poder constituinte em tela, senão aquele que, dotado de ampla visão sociológica, vislumbra nos acórdãos das cortes constitucionais o exercício de um tal poder constituinte, anônimo, silencioso, mas sumamente eficaz.” (BONAVIDES, 2000. p.163)

Depois de tanto investigar e refletir e navegar no emaranhado de constitucionalismo ainda incerto, um naufrago pode finalmente encontrar algum repouso em tais escritos. Por duvidosas, improváveis ou absurdas que parecessem nossas teses a princípio, as palavras do mestre indicam que o caminho deve estar mesmo certo.

## 11. Teses

1 - A jurisdição constitucional, ainda que exercida por órgão que formalmente pertence ao Poder Judiciário, é uma função que não pode ser caracterizada como atividade judicial. Isso porque distinto é seu objeto; porque a Corte precisa ponderar reflexos econômicos, sociais e políticos para além dos aspectos meramente jurídicos, e para tanto se utiliza nas decisões de técnicas não judiciais.

2 - A Jurisdição Constitucional controla a atuação dos Poderes Constituídos, o que faz crer que, numa hierarquia constitucional, tal atividade encontra-se num patamar acima das atividades regulares dos três Poderes Constituídos.

3 - Da mesma forma, a Jurisdição Constitucional controla a atuação do Poder Constituinte derivado, tanto do decorrente como do reformador, implicando na mesma suposição anterior, de que tal atividade encontra-se em um patamar acima na hierarquia constitucional.

4 - Se a atividade de jurisdição constitucional se encontrasse legitimada somente na Constituição, isso que conferiria à Corte um *status* de Poder Constituído. Acontece que essa legitimação transcende o texto constitucional. Deriva da própria lógica do Sistema Constitucional a necessidade e obrigatoriedade da existência de um órgão a que se confira a jurisdição constitucional.

5 - A manutenção da ordem constitucional se dá em dois níveis: no sistema de freios e contrapesos operado reciprocamente entre os Poderes constituídos e no controle de constitucionalidade operado unidirecionalmente pela Corte Constitucional. Quando o sistema de freios e contrapesos não funciona a contento, a Jurisdição Constitucional se faz mais importante.

6 - A decisão em sede de jurisdição constitucional não pode ser objeto de correição por órgão que não a própria Corte, senão através de uma ruptura com a ordem constitucional. A estabilidade da Constituição será diretamente proporcional à prudência e à força do órgão incumbido da Jurisdição Constitucional.

7 – As características do Poder Constituinte Originário – inicialidade, ilimitabilidade, incondicionalidade e autonomia – estão de certa forma todas presentes na atividade de Controle de Constitucionalidade.

8 – Tudo isso leva a concluir que: O controle de constitucionalidade é forma de manifestação do Poder Constituinte, complementar à manifestação na forma originária.

9 – Ao assumir o Controle de Constitucionalidade como função precípua, exarando decisões com repercussão *erga omnes* e efeito vinculante, diante da ampla legitimação para provocar o controle abstrato conferida pela Constituição de 1988, da ampla gama de atos a ele submetidos, e da leal submissão dos Poderes Constituídos à força de suas decisões, o Supremo Tribunal Federal transcende a condição de cúpula do Judiciário para se afirmar como verdadeira Corte Constitucional.

10 – Uma renovação na teoria do Poder Constituinte implica no reconhecimento de três nuances em sua manifestação: A primeira seria a tradicional manifestação quando da criação do texto constitucional por uma Assembléia Constituinte (Poder Constituinte originário); a segunda consiste numa usurpação possível em face dos limites da mecânica constitucional (Poder Constituinte impróprio); e a terceira numa manifestação diferida no tempo, relacionada à guarda e à concretização da ordem constitucional, exercida pelo órgão de Jurisdição Constitucional (Poder Constituinte de guarda).

## **Referências bibliográficas**

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2004. p.47

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris editor, 2002.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional** São Paulo: Martins fontes, 2003.

MELLO, José Luiz de Anhaia. **Da separação dos Poderes à guarda da Constituição: as Côrtes Constitucionais**. São Paulo: RT, 1968.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia - 1ª parte**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; Inocêncio Mártires Coelho; Paulo Tonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: garantia suprema da Constituição**. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo**. Tradução Peter Naumann. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2ª ed. Tradução Peter Naumann. – São Paulo: Max Limonad, 2000.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1989.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SILVA, Luiz Fernando Martins da. **Anotações sobre o "amicus curiae" e a democratização da jurisdição constitucional.** Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6358>, acessado em 19/10/2007

SILVEIRA Alípio. **A Suprema Corte na Remodelagem da Democracia Americana.** *in* O Poder Judiciário e a Constituição. Porto Alegre: AGE, 1977.

SOUZA, Braz Florentino Henriques de. **Do Poder Moderador.** Brasília: UnB, 1978.

## Sumário

Resumo .....	1
Introdução .....	2
1. Da Jurisdição Constitucional diante das Funções do Estado.....	3
1.1. Da natureza do órgão de controle .....	8
2. Dos Poderes constituídos.....	11
3. Do Poder Constituinte Derivado .....	13
4. Legitimação múltipla.....	14
5. Freios, contrapesos e controle de constitucionalidade .....	18
6. Da irrecorribilidade das decisões à estabilidade constitucional .....	20
7. Das características típicas do Poder Constituinte.....	21
7.1. Inicialidade .....	22
7.2. Incondicionado, ilimitado e autônomo .....	24
8. Poder Constituinte originário e controle de constitucionalidade.....	27
9. Um Tribunal em mutação .....	29
10. Conclusão .....	32
11. Teses .....	35
Referências bibliográficas .....	37