XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

CAMILA BARRETO PINTO SILVA

FRANCISCO MATA MACHADO TAVARES

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

C755
Constituição e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP
Coordenadores: Camila Barreto Pinto Silva
Francisco Mata Machado Tavares – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN:
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

Apresentação

O Grupo de Trabalho dedicado à apresentação e discussão de pesquisas científico-jurídicas referentes à seara da imbricação entre constituição e democracia correspondeu à expectativa suscitada pela atualidade, dramaticidade e relevância do tema no atual contexto sócio-histórico global, pautado por transições, tensões e crises relacionadas a díade conformadora do constitucionalismo democrático, que emerge no Ocidente a partir do século XVIII e consolida-se como fundamento triunfante das nossas sociedades a partir da segunda metade do século XX.

A tensão entre a rigidez associada ao constitucionalismo e o dinamismo próprio à legitimação democrática da autoridade política é um tema tão instigante como onipresente no pensamento humanístico e nos conflitos sociais desde o século XIX. Os receios de Mill e Tocqueville em relação aos riscos de tiranias majoritárias, de um lado; e os clamores republicanos em favor de uma primazia das decisões coletivas para além das reservas constitucionais, de outro; pautaram boa parte da trajetória jurídico-política da modernidade em seu estágio posterior ao iluminismo. As vozes de Locke a ecoarem sobre o apreço liberal pelas normas que afastam do debate político as condições de possibilidade da sua própria existência, e de Rousseau a saudarem variantes contemporâneas de uma vontade geral entendida como soberana em seus próprios termos, ainda se entrecruzam em um debate contínuo e profícuo. Neste processo, tentativas de síntese ou de composição entre o primado republicano da democracia e a conquista liberal do constitucionalismo, a exemplo da tese habermasiana de equiprimordialidade entre as autonomias pública e privada, parecem apenas estabelecer uma efêmera trégua em uma saudável e instigante tensão constitutiva do constitucionalismo erigido em sociedade plurais, complexas, seculares e referenciadas no duplo valor daquilo que Constant definira como as liberdades moderna e antiga.

Este Grupo de Trabalho ocorre em um momento no qual a recorrente contenda entre liberais e republicanos afigura-se ínfima, diante de uma ameaça mais séria e fundamental ao constitucionalismo democrático: vivemos sob tempos em que democracias perecem globalmente e o primado dos direitos fundamentais ou de sua projeção universal em um sistema assegurador de direitos humanos fenece. A emergência de populismos não democráticos, a naturalização do desprezo às garantias fundamentais prescritas nas

constituições e a emergência de hegemonias que, antes de definidas por novas ou alternativas razões, negam a racionalidade enquanto fundamento da vida social, parecem por em risco os dois mais preciosos consensos da nossa civilização: constitucionalismo e democracia.

Nestes tempos dramáticos e intensos, a produção acadêmica vê-se desafiada e convidada a encontras categorias, métodos, teorias e fundamentos capazes, senão de apontar rotas de saída da crise, de permitirem sua mais adequada e analiticamente refinada compreensão. Esta missão, acredita-se, fora cumprida pelo conjunto de pesquisadores/as que apresentaram seus artigos jurídicos no Grupo de Trabalho sobre Constituição e Democracia. Três grandes eixos do debate, tal como abaixo explicados, asseguraram a completude e a consistência da produção científica trazida ao GT nesta edição do Encontro Nacional do CONPEDI.

Primeiramente, destacam-se os trabalhos referentes a temas situados na fronteira entre a filosofia, a teoria política e a teoria da constituição. Nesta seara, houve contribuições referenciadas em uma plêiade atualizada e consistente de referências, oscilantes da teoria luhmaniana dos sistemas ao pensamento heiddegeriano, sem que faltassem estudos referenciados na produção do Sul Global, em especial quanto ao Novo Constitucionalismo. A fundamentação, a coesão, os limites e os desafios para a difícil e necessária composição entre democracia e direitos fundamentais foram, nestes trabalhos, perquiridos em grau de compatibilidade com a dificuldade e urgência dos problemas impostos pelo momento histórico presente.

Em seguida, mencionam-se os artigos identificados com a temática da jurisdição constitucional ou, ainda mais amplamente, do processo constitucional. Em um mundo no qual fenômenos como judicialização da política e politização da justiça conduzem ao limite as ideias liberais de checks and balances, indicando na prestação jurisdicional que dá concretude aos ditames asseguradores de direitos fundamentais o preciso locus da fronteira entre democracia e constituição, os trabalhos souberam lidar com problemas de pesquisa e olhares teóricos dignos de contribuírem para o permanente avanço científico nesta questão.

Houve, ainda, artigos dedicados a estudos sobre direitos fundamentais sem os quais a cidadania democrática e a própria dignidade de pessoas que se engajam em uma comunidade jurídico-política na condição de jurisconsortes livres e iguais não poderia realizar-se. Assim, o tema dos direitos de pessoas com deficiência, a questão migratória e as políticas orientadas à garantia do direito fundamental à moradia foram trazidos à baila em produções que refletem a mais desejável combinação entre rigor científico e compromisso social da atividade acadêmica no campo jurídico.

A sessão de apresentação dos trabalhos refletiu a qualidade dos textos que o/a leitor/a lerá a a seguir e indicou que, sob os mais tormentosos tempos para a democracia e os direitos fundamentais, o campo jurídico brasileiro não esmorece e enfrenta, com seriedade e consistência, a tarefa de compreender e defender estes dois alicerces do mundo livre, racional e secular. Desejamos a todos/as uma boa leitura.

Prof. Dr. Francisco Mata Machado Tavares - UFG

Profa. Dra. Camila Barreto Pinto Silva - UNIMES

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL: FUNDAMENTOS E "TEORIA DA NULIDADE"

CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND PROCEDURAL LAW CONSTITUTIONAL: FOUNDATIONS AND "THEORY OF NULLITY"

Ingrid Paula Gonzaga e Castro [1]
Jeferson Moreira de Carvalho [2]

Resumo

O presente artigo visa apresentar um breve panorama sobre a proteção jurisdicional da Constituição, apresentando os conceitos de justiça e jurisdição constitucional, abordando seus principais os modelos e sistemas. Será apresentada, ainda, uma sucinta evolução histórica sobre controle constitucional, bem como seus fundamentos e a "teoria da nulidade". Por derradeiro, será abordado o surgimento dos Tribunais Constitucionais e suas funções no constitucionalismo contemporâneo.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade, Supremacia constitucional, Tribunais constitucionais, Proteção jurisdicional

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to present a brief overview about the judicial protection of the Constitution, presenting the concepts of justice and constitutional jurisdiction, addressing its main models and systems. It will also be presented a succinct historical evolution on constitutional control, as well as its foundations and the "theory of nullity". Finally, the emergence of Constitutional Courts and their functions in contemporary constitutionalism will be approached.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutionality control, Constitutional supremacy, Constitutional courts, Jurisdictional protection

[1] Doutoranda em Função Social do Direito Constitucional pela ALFA - FADISP, Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC-GO e Instrutora em autocomposição dos cursos do CNJ.

[2] Mestre e Doutor em Direito do Estado, pela PUC-SP, aperfeiçoado em Direito pela "Ecole Nationale de la Magistrature" - Paris, Desembargador e Presidente da Seção de Direito Público do TJ-SP.

INTRODUÇÃO

O exercício da jurisdição, como função do Estado, e expressão da sua soberania, é cometido aos órgãos constituídos pelo Estatuto Político Originário. Ao Estado, por meio dos órgãos jurisdicionais, compete a função de declarar o direito aplicável. Ao lado da jurisdição ordinária, caminha a jurisdição constitucional, cujo escopo é a defesa da Constituição e controle de constitucionalidade das normas. Para que isso ocorra, a depender do sistema adotado, existe uma definição de métodos capazes de instrumentalizar a atividade deste tipo de função.

Sem a intenção de esgotar o assunto, que é por demasiado longo, o presente trabalho tem como objetivo proceder a uma análise de alguns dos pontos mais importantes à jurisdição constitucional. Inicialmente, propomo-nos a discorrer sobre a Jurisdição Constitucional, que constitui um instrumento de defesa da Constituição, não a como um nome, mas da Constituição tida como expressão de valores sociais e políticos.

Em seguida trataremos dos modelos de justiça constitucional, históricos e fundamentos dos sistemas de controle constitucional, inconstitucionalidade das leis e a regra da "teoria da nulidade", Tribunais Constitucionais e suas funções.

Quanto à metodologia considera-se que a forma de abordagem é qualitativa devido realizar uma interpretação profunda sobre o problema. Os métodos, por sua vez, compreendem-se como descritivo por explicar o porquê dos fenômenos em questão.

Diante disso, o método é indutivo em razão dos objetivos serem criados de dentro para fora, em certa medida é também dedutivo, ao passo que, parte-se do geral para o específico. A pesquisa é bibliográfica, a partir de livros, periódicos, artigos em revistas especializadas, além dos veículos virtuais compatíveis.

1. JUSTIÇA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Justiça constitucional é a expressão que designa o conjunto de instituições e técnicas por meio das quais é assegurada a supremacia da Constituição ao mesmo tempo em que propicia a ampliação do conteúdo inserido na Constituição escrita por meio da

jurisprudência constitucional. [1]

A noção de justiça constitucional aparece em Hans Kelsen e Charles Eisenmann que a utilizam a partir do ano de 1928, já com o sentido que é dado nos dias de hoje. Para Kelsen a justiça constitucional é a garantia jurisdicional da Constituição (KELSEN, 1929, p. 84).

Assim, justiça constitucional consiste no conjunto de instrumentos criados com o objetivo de assegurar a supremacia formal da Constituição, princípio este que tem por decorrência o da compatibilidade vertical das normas do ordenamento jurídico, segundo o qual uma norma inferior só é válida se produzida de acordo com a norma superior que é o seu fundamento de validade.

Devemos pensar que a Constituição pode ser analisada sobre o prisma material e formal. A supremacia material decorre do fato da Constituição consagrar os fundamentos no estado de direito, atributo este que toda a Constituição tem. Já a supremacia formal decorrente da sua rigidez, se expressa na sua superioridade em relação às demais normas produzidas no interior do ordenamento jurídico, exigindo uma fiscalização por parte de determinados órgãos, e a existência de mecanismos aptos a invalidar os atos infraconstitucionais que não se conformarem com a lei maior.

Significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, que confere validade, e que todos os poder estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização dos seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais.

Deste princípio resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior, somente valerão se forem compatíveis com as de grau superior, que é a Constituição (SILVA, 2016, p. 47).

Segundo Eisenmann (1928, p. 217), justiça constitucional é uma espécie de justiça ou meio de jurisdição pela qual se examina aspectos das leis constitucionais. Ele completa esta primeira definição, distinguindo *justiça constitucional* e *jurisdição constitucional*, a segunda é o órgão pelo qual se exerce a primeira, propiciando em seguida a compreensão do sentido jurídico da justiça constitucional (é, em última análise, o processo de garantia da repartição entre a legislação ordinária e a legislação

[1] Os doutrinadores não são unânimes a respeito do que se entende sobre justiça e jurisdição

constitucional, assegurando-se o respeito à competência do sistema de regras ou órgão supremo de ordem estatal. Este elemento decisivo permite concretizar a existência de uma justiça constitucional.

De fato o controle de constitucionalidade das leis não é senão as técnicas à disposição da justiça constitucional. É a mais importante, no que diz respeito a um dos elementos da Teoria da Justiça Constitucional.

Ao longo dos últimos séculos é clara a ideia de que a norma produzida em desarmonia com a Constituição não é válida. A Constituição tem uma força normativa que o Hesse explica bem, superior às demais normas. Todas as normas jurídicas possuem força normativa, mas a da CF é superior, justamente por ela ter hierarquia formal e material acima das demais normas. Essa forca normativa tem um poder de transformar o Estado, a sociedade.

Nos dizeres do Professor José Afonso da Silva (2016, p. 48), a supremacia constitucional é pedra angular em que se assenta o edifício do moderno direito político, sendo a lei suprema do Estado.

Como requisitos fundamentais da jurisdição constitucional devemos ter em mente uma Constituição rígida (cujo processo de alteração é mais árduo, mais solene, mais dificultoso, *v.g.* art. 60, CF) e a atribuição de competência a um órgão que resolverá os problemas constitucionais, que variará de acordo com o sistema adotado.

Há, resumidamente, três grandes modelos ou possibilidades de executar a necessária tutela operacional da supremacia constitucional: a) Norte-Americano, concreto: o controle é exercido durante determinado processo jurisdicional desde que se pretenda com ele a resolução de algum ponto de direito para a solução de uma controvérsia intersubjetiva; b) Austríaco ou europeu-continental, abstrato: sofre variações decorrentes da particularidade do regime de cada país: independe da necessidade real de solução de um caso concreto; e c) Francês, preventivo: É considerado por muitos como o terceiro grande modelo de controle. Nele o Conselho Constitucional francês atua durante o processo legislativo, emitindo "decisões" obrigatórias para determinadas categorias de leis e, em outras hipóteses, podendo o mesmo conselho ser provocado por certas autoridades legitimadas.

2. HISTÓRICO E FUNDAMENTOS DOS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O constitucionalismo clássico foi a base sobre a qual o Direito Público se edificou. Foi ele que originou ou deu novos contornos a postulados presentes até hoje na Teoria Constitucional. A contenção do poder político, a teoria do poder constituinte, o princípio da separação dos Poderes e a afirmação da supralegalidade constitucional são apenas alguns destes princípios. A doutrina constitucionalista prefere falar em uma *pluralidade* de movimentos constitucionais em vez de falar em um único constitucionalismo.

A Constituição norte-americana de 1787 e a francesa de 1791 representam um momento decisivo na história constitucional do Ocidente por inaugurarem um novo conceito e uma nova prática constitucional (FIORAVANTI, 1999, p. 45). Antes dessas Cartas certamente podemos reconhecer a presença de movimentos constitucionais pré-modernos; contudo, nos conceitos de Constituição até então disponíveis não estava presente a nota de supralegalidade que os americanos a outorgaram.

Segundo Horst Dippel (2007, p. 134), findos quase dois séculos de vigência do constitucionalismo moderno, pouco conhecimento acumulamos sobre sua história. Passados tantos anos desde a afirmação da supralegalidade constitucional nos Estados Unidos, e depois de terem sido redigidas tantas obras sobre o tema, parece que estamos diante de uma história a ser escrita. As origens e a formação da cultura constitucional ainda não foram completamente conhecidas pelos estudiosos. Há, porém, alguns pontos sobre os quais há alguma concordância.

A partir das revoluções liberais, começaram a ser feitas constituições escritas e sentiu-se a necessidade de criar instrumentos para invalidar as normas que entrassem em conflito com a Constituição, pois esta já havia sido erigida a categoria de norma superior, fundamentando a validade das demais.

As ideias do abade Sieyès lançaram as sementes, no velho continente, para o reconhecimento da força normativa da Constituição. Retomando algumas ideias cunhadas do outro lado do Atlântico, o padre estabeleceu a distinção entre poder constituinte e poder constituído, salientando a ausência de limitações jurídicas oponíveis.

Referindo-se às leis constitucionais, Sieyès afirma que elas são fundamentais, posto que os corpos políticos que existem e atuam com base nelas não as podem afetar. A Constituição é obra do poder constituinte e, portanto, nenhum poder constituído pode alterar as condições da delegação. O abade ainda propôs a criação de um *Jury Constitutionnel*, ao qual caberia o dever de pronunciar-se sobre eventuais violações da

Constituição perpetradas pelas legislaturas.

Todavia, as ideias de Sieyès não repercutiram *prontamente* na afirmação da supremacia constitucional na Europa, nem na construção de um sistema apto a garanti-la. Como o Poder Legislativo ocupava uma posição especial na organização dos Poderes, a importância da Constituição em relação à lei era secundária. Havia uma desconfiança da magistratura e valorizam muito o principio da supremacia do parlamento.

A revolução francesa (1789) colocou o "povo" ou a "nação" como o fundamento da legitimidade do poder. Num primeiro momento isto conduziu à primazia da lei e não da Constituição, como se poderia imaginar. A lei, tida como expressão da vontade popular, conformava o ideal de racionalização do poder presente naquele momento.

A soberania popular se transmudou em soberania do Poder Legislativo. A lei, elaborada por representantes escolhidos pelo povo, constituía o reflexo da vontade geral.[2]

Neste contexto, a ideia de um documento superior, capaz de limitar os poderes de decisão das maiorias era visto como uma restrição à democracia, sendo, por isso, inaceitável.

Assim, diferentemente da experiência norte-americana, a experiência francesa não admitiu, nesta ocasião, a presença de uma Constituição rígida, vista como uma limitação ao poder do Parlamento. A esse respeito, o art. 28 da Declaração de Direitos do Homem e do cidadão, em sua versão de 1793, era explícito: "um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de mudar a sua Constituição. Uma geração não pode sujeitar às suas leis as gerações futuras".

Noutro vértice, a afirmação do valor jurídico-normativo da Constituição se deu, primeiro, nos Estados Unidos e, depois, na Europa. Enquanto, em 1803, Marshall defendia a tese da supremacia constitucional nos Estados Unidos, Napoleão publicava o Código Civil (1804), expressão máxima do Estado de Direito Legalista.

Na América, o estabelecimento da supremacia constitucional não se deu com o intuito de tutelar a superioridade de uma dada lei sobre as demais, mas sim com o fim

[2] Registre-se que Jean Jacques Rousseau (2002, p. 91-92) não admite, em sua obra, a possibilidade de representação: "Não se pode representar a soberania pela mesma razão que se não pode alienar; consiste ela essencialmente na vontade geral, e a vontade não se representa; ou é ela mesma, ou outra, e nisso não há meio termo; logo os deputados do povo não são, nem podem ser representantes seus; são quando muito seus comissários e nada podem concluir definitivamente. Não sendo a lei senão a mostra da vontade geral é claro que no poder Legislativo não pode o povo ser representado."

de tutelar a existência do novo Estado que então se formava: o Estado Federal.

A supremacia da Constituição fora afirmada, portanto, com o objetivo de proteger a União indissolúvel dos Estados independentes ante insurgências separatistas:

> "A criação do modelo constitucional francês foi antecedida, como se sabe, pela formação dos Estados Unidos que poucos anos antes discutiram a alternativa entre confederação e federação, estruturando o regime federal dentro de uma Constituição lacônica e deixando para os Estados-membros e suas respectivas constituições a regulamentação de diversos problemas. A velha Constituição quase inglesa quase não entrou naquela obra, fruto do racionalismo e das leituras clássicas dos *fathers*, mas o acendrado pragmatismo britânico entrou. Além, anote-se, da religiosidade puritana, de então para hoje estudada por tantos autores". (SALDANHA, 2006, p. 2)

O controle de constitucionalidade das leis não estava previsto na Carta Constitucional norte-americana. Em realidade, foi produto do experimentalismo realizado pela magistratura daquele país. Na Carta Magna, o artigo VI, seção segunda, dispunha apenas que a Constituição era a "*supreme law of the land*" e que, neste sentido, todos os Poderes, inclusive o Judiciário, estavam vinculados a ela.

Contudo, parece-nos indispensável fazer algumas considerações sobre os fatos mais relevantes que antecederam a clássica sentença do juiz Marshall no caso *Marbury v. Madison (*nos EUA, após a CF 1789, começou a se desenvolver o modelo de controle difuso).

Apesar da brilhante exposição feita pelo juiz Marshall, não se pode afirmar que o mérito da afirmação do controle judicial da constitucionalidade das leis nos Estados-Unidos seja todo seu. A edificação do *judicial review* decorreu de um amadurecimento doutrinário e jurisprudencial, impulsionado por fatores políticos e sociais bem particulares que levaram aquele país a atribuir um valor especial a sua Constituição.

Mesmo antes da independência das treze colônias é possível encontrar antecedentes do *judicial review of legislation*. Muitas das colônias norte-americanas eram regidas por cartas ou estatutos da coroa inglesa, as quais estabeleciam regras que deveriam ser compulsoriamente observadas pelos colonos americanos.

É bem verdade que havia assembleias locais autorizadas a editar suas próprias leis. No entanto, esta legislação não poderia contrariar o disposto nas leis do reino da Inglaterra. Caso as leis locais fossem desarrazoadas ou contrárias à vontade do Parlamento inglês, os juízes deveriam negar-lhes aplicação.

Acrescente-se que:

> A existência do Comitê Judiciário do Conselho Privado, na Inglaterra, é uma forma de controle de constitucionalidade que foi difundida nas colônias americanas, através da prática do Comitê Judiciário do Conselho Privado (*Privy Council*), emanação do Conselho do Rei que podia invalidar as leis

> das Assembleias Coloniais contrárias ao direito da mãe pátria. Este mecanismo prefigura uma espécie de controle jurisdicional de conformidade com a legislação que destaca as relações com a norma reputada superior. (BARACHO, 2004, p. 3-4)

Com a proclamação da independência, as velhas cartas outorgadas foram substituídas pelas Constituições dos Estados independentes, e o mesmo raciocínio que justificava a não aplicação das leis locais contrárias às leis inglesas pôde ser invocado para legitimar o controle normativo em face da Constituição do Estado (MELLO, 1980, p. 253).

> Foi o que aconteceu em 1780 em Nova Jersey (*Holmes v. Walton*), em 1782 na Virgínia (*Commonwealth v. Caton*), em Nova York (*Rutgers v. Waddington*) no ano de 1784, em Rhode Island (*Trevitt v. Weedon*) em 1786 e na Carolina do Norte em 1787, no caso *Bayard v. Singleton*. Todavia, insta destacar que há autores que contestam a autenticidade de tais julgados, vistos como precedentes do controle de constitucionalidade norte-americano. "*Tales son los nueve supuestos precedentes de judicial review anteriores a la Constitución Federal. En su mayoría imaginarios, son en su conjunto insignificantes como base de la que inferir que el derecho de control de constitucionalidad de las leyes por los jueces fue considerado, en general y en todos los Estados, como un usual incidente del Judicial Power. Por el contrario, esos casos demuestran que tal derecho, allí donde fue reivindicado fue muy discutido, que fue reclamado en solo unos pocos Estados, y que en ninguno fue firmemente establecido*. (ACOSTA SÁNCHEZ, 1998, p. 98-99).

Conclui Monia Henning Clarissa Leal:

> A grande contribuição americana será, então, a de plasmar em uma Constituição escrita esse parâmetro normativo superior que decide a validez das leis do Parlamento, o que faz com que a noção de soberania do órgão legislativo ordinário desapareça automaticamente [...]". (2007, p. 20).

Tais fatos marcam o início de um grande processo que teve sua eclosão com a sentença do juiz Marshall no caso *Marbury v. Madison* – sentença na qual foi declarada a inconstitucionalidade de uma lei federal. O mérito deste precedente foi o de esclarecer, desde aquele momento, que o poder de declarar nulos os atos contrários a uma Lei Superior é consequência direta do poder de interpretar as leis. O juiz americano é um juiz da *common law*, ao qual é reconhecido, desde cedo, um amplo poder.

Como se sabe, o caso que acabou por se tornar paradigmático para o constitucionalismo moderno não era, em si, complexo. O Presidente John Adams articulou-se com o Congresso com o objetivo de conservar sua influência política no Poder Judiciário. Fora, então, editada uma lei que criava 42 cargos de juiz de paz. Adams, no final do seu mandato, nomeou vários correligionários seus para os cargos de juiz de paz, na tentativa de manter a presença dos federalistas nos tribunais do país. As últimas nomeações foram confirmadas pelo Senado no último dia de gestão do governo

Adams, motivo pelo qual os magistrados nomeados ao fim da sua administração foram denominados "*midnight judges*".

Contudo, o Secretário de Estado do Presidente, John Marshall (que seria nomeado por Adams para o relevante cargo de *Chief Justice*) encarregado de entregar os títulos de posse aos magistrados, não teve tempo hábil para efetivar os atos de investidura dos juízes.

Com o fim do governo Adams, Thomas Jefferson assume a presidência dos Estados Unidos e nomeia Madison para o cargo de Secretário de Estado, ordenando a ele que não efetuasse a entrega dos títulos de posse assinados pelo presidente anterior. A querela se deu quando um dos magistrados não empossados decidiu impetrar um *writ of mandamus* requerendo que fosse assegurado seu direito de receber posse. Jefferson queria, sobretudo, que tais juízes não fossem nomeados e, para isso, tratou logo de articular a revogação da Lei Judiciária de 1801 que criou os cargos de juiz em questão.

Foi nesse ambiente de profunda instabilidade política que Marshall decidiu a questão, negando aplicação à seção 13 do *Judiciary act*, sob o argumento de que tal disposição ampliava as competências da Suprema Corte americana, as quais estavam taxativamente enunciadas na Constituição Federal.

Não se pode olvidar o elemento político que motivou a decisão do juiz da Suprema Corte. Recorda Leda Boechat Rodrigues (1958, p. 39) que:

> "[...] ao declarar inconstitucional o art. 13 da Lei Judiciária de 1789, visava Marshall fim meramente político, mostrando, através da discussão de mérito, haver Jefferson cometido uma ilegalidade, mas faltava à Corte, por uma questão preliminar, de falta de jurisdição, competência para corrigi-la."

Em apertada síntese, a dinâmica para o controle segundo Mashall se fundamentaria nas seguintes premissas: O dever do Judiciário é aplicar a lei; Se há duas leis contraditórias, a aplicação de uma delas exclui a aplicação da outra; A Constituição é a lei suprema e define quais outras normas são juridicamente válidas; A supremacia da Constituição implica que, nos casos de conflito entre a Constituição e uma lei ordinária, esta última deixa de ser válida; Se a premissa 4 não fosse verdadeira, o legislador ordinário poderia modificar a Constituição por meio de lei ordinária, o que significaria que a Constituição deixaria de servir como limitadora da ação do legislador ordinário; O legislador ordinário é limitado pela Constituição; Se uma norma não é válida, não tem força vinculante. Conclusão: se uma lei ordinária é contrária à Constituição, ela não vincula o Poder Judiciário e o judiciário pode afastar a sua aplicação.

Sobre o controle austríaco ou europeu continental, Luis Roberto Barroso (2016, p. 34) ensina que foi idealizado por Hans Kelsen, e materializado na Constituição austríaca de 1920. Adotando a teoria da anulabilidade, era concentrado e abstrato. Esse modelo rapidamente é adotado por diversos países do sistema da *common law*, pois suas decisões, em regra, terão efeitos *erga omnes* e vinculantes, reconhecendo a nulidade ou anulando a norma que não se harmonize com a Constituição. Este modelo será retomado na sessão três.

Dos países ocidentais, a França, por razões históricas, foi o país que mais teve dificuldades em aceitar o controle de constitucionalidade, e, quando o fez, adotou um modelo de controle com tantas peculiaridades em relação aos controles europeu e americano.

O controle de constitucionalidade das leis tem efeitos políticos e confere ao órgão que o exerce precipuamente uma posição de preeminência no Estado. Logo, aqueles que adotam tais modelos julgaram mais adequados e aconselháveis cometê-lo a um corpo político, normalmente distinto do Legislativo, do Executivo e do Judiciário. Deixam assim de confiá-lo aos tribunais.

O país onde tal controle primeiro floresceu foi a França, que o viu nascer da obra de um dos principais entusiastas da Revolução Francesa: o jurista Sieyès.

Enquanto para os americanos a consolidação da supremacia da Constituição era uma decorrência da necessidade de estabilização da unidade nacional, para os franceses qualquer imposição de limites ao legislador constituía limitação da própria democracia, sendo por isso mesmo inaceitável.

Os excessos dos juízes no período pré-revolucionário causaram grande desconfiança dos franceses em relação ao Judiciário. A soberania do parlamento simbolizava a força da vontade do povo, que definia suas próprias leis, não cabendo ao Judiciário a apreciação da vontade popular.

Observando o constitucionalismo norte-americano, não podemos deixar de traçar paralelos entre ele a experiência constitucional desenvolvida na Europa continental, mais especificamente a desenvolvida na França. A revolução francesa não tinha os mesmos propósitos da revolução americana. Enquanto esta objetivava a independência dos Estados Unidos e a formação de uma nova forma de Estado, capaz de facilitar o equacionamento de problemas comuns às ex-colônias, a revolução francesa intentava modificar a base de legitimidade que sustentava o poder político. Não se almejava construir um novo país, mas realizar mudanças nas relações de poder.

Após diversas tentativas, só em 1946 foi efetivamente instituída a fiscalização constitucional, com a criação do Comitê Constitucional, órgão político, mantido, com algumas modificações, pela vigente Constituição de 1958, que passa a denominá-lo Conselho Constitucional, composto por nove ministros. Órgão de natureza política, diverso do Poder Judiciário, com atribuição precípua de analisar a constitucionalidade das leis.

Os membros do Conselho Constitucional são políticos, indicados diretamente pelo presidente da República, pelo presidente da Assembleia Nacional e pelo presidente do Senado; é uma tentativa de conciliação entre a tradição francesa de soberania parlamentar e uma eventual necessidade de controle; decide como órgão político, sem que haja grandes motivações, e tem em geral no máximo um mês para decidir.

Obrigatoriedade do controle depende do tipo de norma: é vedado o controle quando o povo adota a lei por via de referendo; quando se tratar de leis orgânicas ou de regimentos da Assembleia Nacional ou do Senado, o controle passa a ser obrigatório; e, enfim, nos demais casos, não se tratando de lei ratificada por referendo ou de leis orgânicas ou de regimentos da Assembleia Nacional ou do Senado, o controle é facultativo.

O art. 41 da Constituição francesa prevê um controle preventivo a ser realizado pelo Conselho Constitucional durante o procedimento legislativo. É preventivo porque ainda não existe espécie normativa em vigor, encontrando-se em processo de deliberação. Poderá, neste caso, o Conselho Constitucional, desde que provocado pelo Presidente de qualquer das Casas Legislativas, analisar a constitucionalidade do projeto de ato normativo.

Também pode ocorrer o controle em face de um ato normativo já votado e aprovado, desde que não tenha sido promulgado.

Em qualquer caso, deverá o Conselho se pronunciar no prazo de um mês, salvo no caso de pedido de urgência pelo Governo, quando o prazo passa a ser de oito dias. Durante esse período, fica suspenso o prazo para a promulgação da lei impugnada.

É obrigatório para leis complementares e facultativo para leis ordinárias, as quais, após publicação, permanecem sem eficácia por trinta dias, após esse prazo, se não houver alegação de inconstitucionalidade, a lei passa a ter eficácia. O controle exclusivamente *a priori* é a característica marcante e inovadora do modelo francês.

Não há, em nenhuma hipótese, controle após a decisão, sempre prévia, do Conselho. Deste modo, o modelo francês preza pela segurança jurídica, a lei só tem

eficácia após passar pelo controle do Conselho Constitucional. Antes da promulgação, as leis são enviadas a esse conselho que declara ou não a sua constitucionalidade, e essa decisão vincula as autoridades administrativas e judiciárias.

O Poder Judiciário, desta forma, não detém competência para o controle, abstrato ou difuso, de constitucionalidade, na França, sendo essa competência exclusiva do *Conseil Constitutionnel*, órgão político e autônomo, não vinculado ao Executivo, Legislativo ou Judiciário.

2.1 A inconstitucionalidade das leis e a regra geral da "teoria da nulidade". Sistema austríaco *versus* sistema norte-americano: anulabilidade *versus* nulidade

A maioria da doutrina brasileira acatou, inclusive por influencia do direito americano, a caracterização da teoria da nulidade ao se declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, afetando o plano da validade. Reconhece-se uma situação pretérita qual seja o vicio congênito, de nascimento do ato normativo em razão do vicio formal ou material em relação a noção de bloco de constitucionalidade[3] ou paradigma de controle. A doutrina tradicional já se manifestava nessa linha destacando-se os ensinamentos de Rui Barbosa (1893, p. 41), Alfredo Buzaid (1958, p. 201) e Francisco Campos (1942, p. 430-431).

Cappelletti (1992, p. 115), a descrever o sistema norte americano observa que:

> "...a lei inconstitucional, porque contraria a uma norma superior, é considerada absolutamente nula (*null and void*) e, por isso, ineficaz, pelo que o juiz, que exerce o poder de controle, não anula, mas, meramente, declara (preexistente) nulidade da lei inconstitucional.

Contra esse entendimento destaca-se a teoria da anulabilidade da norma inconstitucional, defendida por Kelsen e que influenciou a corte constitucional austríaca.

Ainda segundo Cappelletti (1992, p. 116), no sistema austríaco, diferentemente do sistema norte americano da nulidade, "(...) a corte constitucional não declara uma

[3] O parâmetro é constituído não só pela Constituição escrita e posta, mas também pelas leis com valor constitucional formal (emendas à Constituição e os tratados internacionais sobre diretos humanos aprovados no moldes do art. 5º, paragrafo 3º), pelo conjunto de preceitos e princípios decorrentes da Constituição, inclusive implícitos e ainda, ampliativamente segundo alguns autores, a ordem global constitucional, que abarcaria os valores suprapositivos.

nulidade, mas anula, cassa (*aufhebt*) uma lei que ate o momento em que o pronunciamento da corte não seja publicado, e valida e eficaz, posto que inconstitucional.

Na linha da teoria da anulabilidade da lei inconstitucional eficácia a partir da decisão, no Brasil em sede doutrinaria e minoritária, destacam-se Pontes de Miranda e Regina Nery Ferrari.

A confrontação dos sistemas pode ser assim resumida: no sistema austríaco de Kelsen a decisão tem eficácia constitutiva (caráter constitutivo-negativo), o vício de inconstitucionalidade é aferido no plano na eficácia, os efeitos da declaração são *ex nunc* (prospectivos), lei inconstitucional é ato anulável, provisoriamente valida, produzindo efeitos até a anulação. Já no sistema norte-americano, de Marshall, a decisão tem eficácia declaratória de situação preexistente. Por regra, o vicio de inconstitucionalidade é aferido no plano da validade, os efeitos da declaração são *ex tunc* (retroativos), a lei inconstitucional é ato nulo, ineficaz e, portanto, desprovido de força vinculativa, sendo que a invalidação é *ab initio*, atingindo-a no berço.

Na visão de André Ramos Tavares (2012, p. 256), é preciso entender que o controle ou é concentrado ou é difuso, não aceitando o referido autor um modelo misto, defendendo que eles não podem ser simplesmente conjugados entre si. Ele defende que a mistura, união de ambos, é uma contradição, pois ou um grande número (eventualmente todos, como no Brasil) de órgãos judiciais pode fazer o controle, e ele será difuso, ou apenas um específico órgão (STF), caso em que será concentrado. Está, pois, incorreto falar em modelo misto, sem maiores explicações.[4]

Na hipótese de controle difuso, o Supremo Tribunal Federal também o realizará por estar inserido no contexto dos diversos órgãos que são habilitados a reconhecer (difusamente e para o caso concreto) a inconstitucionalidade. Isso ocorre, naquela instância suprema, mediante a propositura de recurso extraordinário.

Na hipótese de controle concentrado, o STF recebe ações diretas, propostas por determinados legitimados, decifrando em tese (embora com possibilidade — por vezes necessária — de apoio fático) o problema da inconstitucionalidade.

[4] Nesse mesmo sentido parece posicionar-se o ilustre constitucionalista peruano GARCÍA BELAUNDE, quando adverte em sua obra que a conjugação de modelos históricos externos, que coexistem em sua singularidade, é um modelo que seria equivocado considerar como um modelo misto. Na terminologia do autor, tem-se, no caso, um modelo dual ou paralelo. Para entender o modelo brasileiro atual (que, neste ponto, é muito próximo do português), valem as seguintes colocações (*Derecho Procesal Constitucional*, p. 132-3).

Assim, o STF, no Brasil, tanto realiza o controle concentrado como o controle difuso. Por isso, pode-se dizer que, no Brasil, o modelo é *combinado.*

Não se pode olvidar que no Brasil existe uma forte tendência de abstrativização, *v.g,* súmula vinculante; repercussão geral para a admissão de RE; Incidente de Resolução de demandas Repetitivas (IRDR - Art. 976 do CPC); Precedentes vinculantes (Art. 927 do CPC); possibilidade se se dar efeitos ultra partes ou erga omnes no mandado de injunção (Art. 9º da lei 13.300/17); indicando que as decisões do Supremo Tribunal Federal devem servir a todos (verticalização) e que os efeitos da decisão nos casos concretos estariam se aproximando do *binding effect* (efeito vinculante) do *stare decisis* (precedente) do *commom law.*

A ideia principal é a extensão dos efeitos do controle abstrato ao controle concreto: as decisões do STF, no controle concreto, possuam os mesmos efeitos das decisões no controle abstrato - RE no 197.917 (Mira Estrela –SP – Tinha 11 e tinha que ter 9- onde se decidiu sobre o número exato de vereadores por Município); HC 82.959 e RCL 4.335 (vedação da progressão do regime nos crimes hediondos); MIs 670, 708 e 712[5].

3. TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

Mesmo contrapostos em suas origens, em seus fundamentos, em suas lógicas e, principalmente, em suas histórias, podem ser apontados elementos comuns ao sistema norte-americano e austríaco de controle de constitucionalidade dos atos públicos. Um dos pontos de convergência entre estes modelos é o fato de o controle de constitucionalidade representar expressão do constitucionalismo.

Convém retomar, preliminarmente, o conceito de "jurisdição". Consoante prelecionava CHIOVENDA (1998, p. 301) "(...) a jurisdição consiste na atuação da lei mediante a substituição da atividade de órgãos públicos à atividade de outros, seja no afirmar a existência de uma vontade das leis seja em torná-la posteriormente efetiva".

A jurisdição, como se sabe, desenvolveu modernamente a vertente de controle da constitucionalidade dos atos normativos do Estado, deixando o clássico conceito de apenas "dizer o Direito para o caso concreto". O controle da constitucionalidade no

[5] O efeito reconhecido nestes casos foi *erga omnes.*

modelo idealizado por Hans Kelsen para a Constituição austríaca de 1920, praticado pelos tribunais constitucionais, desenvolve-se em abstrato, sem qualquer referência a um caso concreto. Trata-se, contudo, em muitos países, de atividade que se pode dizer jurisdicional.

É comum o emprego da expressão "jurisdição constitucional" para designar a sindicabilidade desenvolvida judicialmente tendo por parâmetro a Constituição e por hipótese de cabimento o comportamento em geral e, principalmente, do Poder Público, contrário àquela norma paramétrica.

A proteção da Lei Maior, em especial contra o próprio legislador, representa um dos consectários do constitucionalismo, tendo sido atribuída essa missão a uma das instituições constitucionais, no caso brasileiro, o Poder Judiciário, e com particular deferência ao Supremo Tribunal Federal. A compreensão acerca do exercício da jurisdição tem sido comumente alargada, em muitos países, para açambarcar o referido controle das normas infraconstitucionais.

É importante ressaltar que a inconstitucionalidade, por mais flagrante que possa parecer, necessita ser devidamente certificada por órgãos oficiais, para que possa pacificar-se o entendimento sobre as leis válidas e em vigor.

A detecção e extirpação da inconstitucionalidade podem ocorrer pelo Poder judiciário, originalmente o primeiro ao qual se incumbiu essa atribuição na América. Também pode ocorrer por meio de órgão técnico especifico, fora da estrutura do Judiciário, como vimos no modelo francês.

Não podemos negar que a jurisdição constitucional integra o conjunto de mecanismos a serviço da limitação à ação dos poderes constituídos. O surgimento da jurisdição constitucional se insere, então, no contexto do constitucionalismo moderno.

A universalização dos Tribunais Constitucionais foi seguida pela modificação do perfil destes órgãos. Se antes o controle de constitucionalidade se perfazia pela simples comparação de dois textos normativos abstratamente, hoje as Cortes Constitucionais são chamadas a atuar paralelamente ao legislador, seja proferindo sentenças aditivas ou substitutivas ou desenvolvendo formas de adaptar a obra do legislador, harmonizando-a à Constituição. Parece-nos difícil, nos dias de hoje, conceber as Cortes Constitucionais como meros legisladores negativos.

Nas palavras de Dominique Rousseau (2002, p. 79) o século XIX foi o século dos Parlamentos e o século XX foi o século da justiça constitucional. A aceitação desta instituição no mundo ocidental foi amplíssima. A justiça constitucional representa um

"freio" oposto às maiorias, uma proteção dos direitos humanos consagrados na Lei Fundamental frente aos excessos dos Parlamentos.

A proteção sempre foi um fim perseguido pelo homem. O controle de constitucionalidade não é senão um reflexo da necessidade de proteção, tão familiar a todos nós. Talvez por isso Cappelletti (1984, p. 45) afirme que "a necessidade de impor um limite ao próprio legislador, e de torná-lo efetivo através de um controle judicial, é uma necessidade profundamente radicada na história, mesmo antiga, da civilização humana".

O constitucionalismo evoluiu e, com ele, também evoluíram os conceitos subjacentes à ideia de jurisdição constitucional. Os Tribunais Constitucionais se expandiram pelo mundo, o que fez com que muitos autores os considerassem indispensáveis a qualquer país que se afirmasse como Estado Democrático de Direito.

3.1 Funções dos Tribunais Constitucionais

Era comum considerar como função única dos Tribunais Constitucionais de matriz kelseniana a realização do controle de constitucionalidade das leis. Desde sua criação austríaca, os tribunais constitucionais não só ascenderam a um posto importante em diversos Estados como também assumiram e desenvolveram, paralelamente ao controle de constitucionalidade, outras relevantes tarefas constitucionais.

Evidentemente que, numa visão reducionista (que não permite bem compreender o fenômeno em sua integralidade), a função do Tribunal Constitucional pode ser considerada como sendo, exclusivamente, a de curador da Constituição. Contudo, realizando uma análise mais profunda do que significaria essa função única na atualidade, será possível ultrapassar a velha noção de controle da constitucionalidade, para abarcar outras igualmente relevantes.

Assim é que podem ser elencadas, para fins de estudo, as seguintes categorias funcionais fundamentais (TAVARES, 2006, p. 30-35):

> (...) (i) interpretativa (e de enunciação): Basicamente, a função interpretativa estará sempre presente, porque qualquer análise a partir da Constituição demanda a definição interpretativa exata do comando constitucional sob apreço. (ii) estruturante: A função estruturante será aquela destinada à manutenção da organização (estrutura) do ordenamento jurídico. Envolve questões técnicas de hierarquia voltadas para a normalização do sistema normativo (iii) arbitral: Da mesma forma que a função estruturante, realiza o acertamento dos conflitos do sistema. A perspectiva de cada uma é, porém, totalmente diversa. A função arbitral envolve questões exclusivamente de competência. Considera-se exercício de função arbitral apenas na hipótese de

> se reportar o Tribunal Constitucional à atuação normativa ou material dos "poderes", procurando solver os eventuais conflitos que surjam, fundamentada exclusivamente na preocupação de superar o atrito entre entidades constitucionais. A escolha do termo "arbitral" leva em consideração a proximidade dessa função com a ideia de "mediador". O Tribunal Constitucional resolve as divergências sobre a repartição de "poderes" entre autoridades ou órgãos do Poder, em função "análoga à de um árbitro que resolva os conflitos" (iv) governativa: A função governativa estará presente no desenvolvimento de muitas das funções anteriormente elencadas. Ela ocorre especialmente a partir do momento em que as Constituições passaram a incorporar normas programáticas (matérias até então constantes apenas dos programas de Governo), com postulados a serem perseguidos e implementados pelos Governos, o que "constrangeu" o Tribunal Constitucional a trabalhar também nessa seara. (v) legislativa *stricto sensu*: Por fim, pode haver, em alguns modelos, uma função legislativa típica atribuída ao Tribunal Constitucional."

No Brasil, anteriormente a 1988, o STF, por exemplo, recebeu a competência para iniciativa legislativa das ações de sua competência originária. A EC 45/2004 trouxe ao STF a possibilidade de edição de súmulas vinculantes e previu a repercussão geral no RE. Também em relação às chamadas omissões normativas inconstitucionais, poderia se cogitar de o Tribunal Constitucional desempenhar, ainda que temporariamente, uma competência legislativa, colmatando a lacuna legislativa indesejável, até que o Parlamento supere sua inércia inicial, como podemos ver com a adoção da corrente concretista na lei 13.300/16:

> Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:
> I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;
> II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.
> Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I do **caput** quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma.
> Art. 9º A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora.
> § 1º Poderá ser conferida eficácia **ultra partes** ou **erga omnes** à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração.
> § 2º Transitada em julgado a decisão, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator.

O neoconstitucionalismo, ou constitucionalismo contemporâneo, tem trazido novas funções aos Tribunais Constitucionais e Supremas Cortes, para muitos gerando um ativismo judicial excessivo ou uma ditadura constitucional, demonstrando a dinamicidade da justiça constitucional e a permanente necessidade de discussão sobre seu aperfeiçoamento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste estudo verificamos que existem três principais modelos ou possibilidade de executar a tutela constitucional. No que tange ao modelo americano, a procura por seus elementos identificadores deve ser analisada pela caracterização do sistema de *Judicial Review*.

Insta destacar que, não obstante a Constituição Americana de 1787 não tenha previsto a ideia de judicial *review of legislation*, a sua matriz era jusnaturalista. Em razão disso ela era vista como Lei Fundamental, como Carta que contém os direitos fundamentais para o desenvolvimento do homem e, por consequência, proíbe a sua negação e violação pelo poder estatal, inclusive pelo Legislativo.

Assim, não obstante a separação dos poderes, o constituinte americano temia o arbítrio do legislador de modo que, embora não o tenha expressamente previsto, provavelmente apostaram na potencialidade lógica do texto constitucional para fazer brotar, no âmbito doutrinário e jurisprudencial, o poder judicial de revisão da constitucionalidade das leis. Além disso, no direito americano vemos presente a regra do *stare decisis* (precedente) e a força da jurisprudência no *commom law*. A este efeito vinculante dá-se o nome de *binding effect*. Como as decisões no sistema *common law*, embora difusas, são extensivas a todos.

De outra mão temos o sistema austríaco ou continental europeu, aonde não era possível o questionamento da constitucionalidade de lei, que consistia pressuposto à resolução do litigio pendente em outros juízos ou tribunais. Deferiu-se legitimidade para pedir o controle aos governos estaduais e federal, respectivamente em relação às leis estaduais e federais, não sendo necessário para tanto invocar qualquer violação a situação subjetiva, cabendo à Corte analisar em abstrato a constitucionalidade das leis sem qualquer vinculação a um caso concreto.

Faltava, em outras palavras, o controle concreto das normas. Em razão disso logo surgiu o sentimento de que a Corte atuava em âmbito muito limitado, podendo deixar sem proteção direitos individuais, que poderiam ser violados por normas inconstitucionais, uma vez que os governos federais e estaduais tinham apenas a faculdade de pedir a declaração de inconstitucionalidade.

A reforma constitucional austríaca de 1929 conferiu à corte suprema e à corte administrativa o poder de requerer à corte constitucional o exame da constitucionalidade de lei cuja validade fosse prejudicial à solução de litigio levado ao seu julgamento.

Por derradeiro, temos o modelo francês, eminentemente preventivo. Nele, basicamente, o Conselho Constitucional francês atua durante o processo legislativo, emitindo "decisões" obrigatórias para determinadas categorias de leis e, em outras hipóteses, podendo o mesmo conselho ser provocado por certas autoridades legitimadas.

Noutro giro, percebemos que à medida que o constitucionalismo se desenvolveu, os conceitos e elementos ligados á ideia de jurisdição constitucional também se expandiram, dentre o que se inclui os Tribunais Constitucionais.

A principal função de um Tribunal ou Corte constitucional é zelar pela correta interpretação e aplicação da lei maior, todavia, não podemos olvidar que existem outras, não menos importantes, quais sejam: função interpretativa, função estruturante, função arbitral, função governativa e função legislativa *stricto sensu*.

O tribunal constitucional, por não ter a competência de criar leis, atuaria como um "legislador negativo", extirpando as normas declaradas inconstitucionais do ordenamento jurídico.

Nessa esteira, o neoconstitucionalismo vem permitindo a cada Estado delinear seu próprio modelo de jurisdição constitucional, entre as omissões do passado em controlar normas inconstitucionais e os exageros contemporâneos, de tribunais constitucionais que legislam positivamente, para alguns, excessivamente. A busca pela concretização e imperatividade dos ideais constitucionais se mostra dinâmica em cada modelo estatal, descortinando um rol de possibilidades de aperfeiçoamento da justiça constitucional e construção de verdadeiros mecanismos de efetivação de valores conformadores da vontade do povo.

REFERÊNCIAS

BARACHO. José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da justiça constitucional.** Revista do Tribunal de Constas do Estado de Minas Gerais. Edição 2005_01_18_0001.2xt de 02 – Ano. Disponível em: <www.tce.mg.gov.br/revista>. Acesso em 03/03/2016.

BARBOSA, Rui. **Actos inconstitucionais do congresso e do executivo ante a justiça federal**. Companhia Impressora : Brasília. 1893.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília**, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24/03/2018.

BUZAID. Alfredo. **Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro**, São Paulo: Saraiva, 1958.

CAMPOS, Francisco. Direito constitucional. 1942. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:rede.virtual.bibliotecas:livro:1942;000038333>. Acesso em> 12/03/2018.

CAPPELLETTI, M. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil.** Traduzido por Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 1998. v. II. 472 p. Tradução do original italiano: Instituzioni di Diritto Processuale Civile.

DIPPEL, Horst. **História do Constitucionalismo Moderno: novas perspectivas.** Tradução Antonio Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

EISENMANN, Charles. ***La Justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche***, Paris, 1928.

FIORAVANTI, Maurizio. ***Costituzione***. Bologna: Il Mulino, 1999.

KELSEN, Hans. ***La garantie juridictionnelle de la Constitution*** (la justice constitutionnele), (1929), trad. it. em Kelsen, La giustizia costituzionale, Milano, 1981.

LEAL, Monia Henning Clarissa. **Jurisdição Constitucional Aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Teoria das Constituições rígidas.** 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social.** São Paulo: Martin Claret, 2002.

SALDANHA. Nelson. **Direito constitucional e filosofia: uma avaliação em perspectiva histórica.** Disponível em: http://constitutio.tripod.com/id25.html. Acesso em: 15/12/2018.

TAVARES. André Ramos. Teoria da Justiça Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Justiça constitucional e suas fundamentais funções.** *In* Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 43 n. 171 jul./set. 2006.