



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



JANINI DE ARAÚJO LÔBO SILVESTRE

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO LEGISLATIVO
BRASILEIRO**

Dissertação de Mestrado

Recife
2018

JANINI DE ARAÚJO LÔBO SILVESTRE

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO LEGISLATIVO
BRASILEIRO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/ Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Constitucional.

Orientador: Professor Doutor Ivo Dantas.

Recife

2018

Catálogo na fonte

Bibliotecário Josias Machado CRB/4-1690

S587p Silvestre, Janini de Araújo Lôbo
Jurisdição constitucional do processo legislativo brasileiro. – Recife: O Autor, 2018.
153 f.

Orientador: Ivo Dantas.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2018.
Inclui referências.

1. Jurisdição. 2. Democracia. 3. Partidos políticos. 4. Tribunais constitucionais. 5. Brasil. [Constituição (1988)]. 6. Direito constitucional I. Dantas, Ivo (Orientador). II. Título.

342 CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ2018-28)

Janini de Araújo Lôbo Silvestre

“Jurisdição Constitucional do Processo Legislativo Brasileiro”

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife/Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de concentração: Teoria e Dogmática do Direito.

Orientador: Prof. Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti.

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa, em nível de Mestrado, e a julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: APROVADA.

Professor Dr. **Francisco Ivo Dantas Cavalcanti** (Presidente/UFPE).

Assinatura: _____

Professor Dr. **Luiz Henrique Diniz Araújo** (1º Examinador externo/FBV)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professor Dr. **Edilson Pereira Nobre Júnior** (2º Examinador interno/UFPE)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professor Dr. **Sérgio Torres Teixeira** (3º Examinador interno/UFPE)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Recife, 22 de fevereiro de 2018

Coordenadora Prof^a. Dr^a. **Juliana Teixeira Esteves.**

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus por todas as bênçãos concedidas, pelo milagre da vida, pela oportunidade de estar aqui e aprender das pessoas, aprender do Direito, aprender da vida, pela renovação dos ânimos a cada novo dia, pela renovação da esperança de um Mundo melhor para todos, através da graça, solidariedade, do compartilhar do conhecimento.

Agradeço a amizade e o carinho do meu querido orientador Ivo Dantas, pelo que me sinto verdadeiramente agraciada em tê-lo como mestre e amigo, ao mesmo tempo em que me sinto profundamente honrada.

Agradeço a cordialidade e gentileza dos professores que, sempre atenciosos, auxiliam no trilhar dessa caminhada, que, enquanto exemplos, inspiram a vida acadêmica, pelo que serei sempre grata ao Professor Luiz Henrique Diniz, ao Professor Sérgio Torres, ao Professor Edilson Nobre, ao Professor Everaldo Gaspar, ao Professor Alexandre Nunes de Araújo, ao Professor Marcos Nóbrega.

Agradeço a minha família, pelo apoio de todas as horas, e aos meus queridos amigos que, igualmente, estiveram comigo durante essa caminhada, e, bem ainda, incentivando e torcendo para a sonhada aprovação no processo seletivo do doutorado; não cometerei o equívoco de citá-los nome por nome, para não ser injusta, pois todos, em suas singularidades, contribuíram profundamente para esse resultado.

Agradeço, ainda, a Secretaria do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Recife, pela atenção sempre prestimosa e cordial.

RESUMO

A presente dissertação tem por escopo a análise do desenvolvimento dos Poderes estatais ao longo da construção do constitucionalismo e da formação do Estado Democrático de Direito, compreendendo a mudança de paradigma responsável pelo surgimento da Jurisdição Constitucional, qual seja, o paradigma da supremacia da lei para o paradigma da supremacia da Constituição. Considerando-se a evolução do princípio da separação dos poderes, essa se revelou como fundamental premissa pela qual se poderia racionalizar o exercício do poder estatal. A Europa traria a solução do Estado Misto como pressuposto de uma sociedade bem representada e como pressuposto para o *balance*. A América se valeria da solução do Estado Misto com o acréscimo de uma solução jurídica, consagrando o Poder Judiciário como guardião e intérprete da Constituição, no marco da Jurisdição Constitucional. Esse o caminho percorrido pela mudança de paradigma da supremacia da lei para a supremacia da Constituição, condição necessária para a existência da jurisdição constitucional. O exercício da jurisdição constitucional contém em si o problema da legitimidade para tanto, em razão da chamada dificuldade contramajoritária, já que implica na análise de atos emanados de instituições representativas. Mas em que medida as instituições representativas realizam seu mister? O problema do instituto da representação se revela com fundamental importância no estudo das democracias. Os tipos de democracia que serão desenvolvidos a partir do constitucionalismo moderno igualmente emergem com grande importância para a dinâmica da separação dos poderes, comportando diferentes soluções. Nesse sentido, como justificar a necessidade de jurisdição constitucional do processo legislativo, sob que perspectiva e necessidade? Eis o objetivo da presente dissertação, demonstrar essa necessidade, investigar as justificativas doutrinárias para tanto, analisando os principais modos de se resguardar a Constituição.

Palavras-chave: Jurisdição Constitucional. Supremacia Constitucional. Democracia. Separação dos Poderes.

ABSTRACT

The purpose of this dissertation is to analyze the development of State Powers along the construction of Constitutionalism and the formation of the Democratic State of Law, comprising a paradigm shift responsible for the emergence of Constitutional Jurisdiction, ie, Law Supremacy Supremacy of the Constitution, a change that causes different repercussions in the different legal systems, with several solutions for the protection of the Constitutions. Considering the evolution of the Principle of Separation of Powers, this proved to be a fundamental premise by which the exercise of State Power could be rationalized. Europe would bring the solution of the Mixed State as a presupposition of a well represented society and as a presupposition for the balance. America would use the solution of the Mixed State with the addition of a legal solution, consecrating the Judiciary as guardian and interpreter of the Constitution within the framework of the Constitutional Jurisdiction. This is the path taken by the paradigm shift from the supremacy of the Law to the supremacy of the Constitution, a necessary condition for the existence of constitutional jurisdiction. The exercise of constitutional jurisdiction contains in itself the problem of legitimacy, due to the so-called countermajoritarian difficulty of its exercise, since it implies the analysis of acts emanating from representative institutions. But to what extent do representative institutions perform their duties? The problem of the institute of representation is revealed with fundamental importance in the study of Democracies. The types of democracy that will be developed from Modern Constitutionalism also emerge with great importance for the dynamics of the separation of powers, implying different solutions. In this sense, how to justify the need for constitutional jurisdiction of the legislative process, under what perspective and need? This is the purpose of this dissertation, to demonstrate this need, to investigate the doctrinal justifications for this, analyzing the main ways of protecting the Constitution.

Keys-words: Constitutional Jurisdiction. Supremacy of the Constitution. Democracy. Separation of Powers.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	08
2	DA SUPREMACIA DA LEI À SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO: O NASCIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	10
2.1	Da Hierarquização do Direito no Desenvolvimento Constitucionalista: soluções sociais, morais e jurídicas para a separação dos Poderes.....	10
2.2	Breve análise da contribuição de Jeremy Waldron.....	24
3	DEMOCRACIA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	31
3.1	Considerações Iniciais.....	31
3.2	Principais Sistemas e Modelos de Controle de Constitucionalidade.....	32
3.2.1	Sistema Norte-Americano.....	40
3.2.2	Sistema Europeu.....	54
3.3	Democracia e Constitucionalismo: a dificuldade contramajoritária do Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade.....	63
3.4	Da tensão entre democracia e constitucionalismo e a evolução do princípio da separação dos poderes: uma proposta de diálogo.....	76
3.5	Das Condições de Legitimidade da Justiça Constitucional.....	81
4	PROCESSO LEGISLATIVO E REGIME POLÍTICO NO CONTEXTO BRASILEIRO.....	84
4.1	Questões Preliminares.....	84
4.2	Dos Partidos Políticos como Pressupostos Fundamentais do Exercício Democrático.....	87
4.3	Da Constitucionalização do Processo Legislativo Brasileiro.....	88
4.4	Da Jurisdição Constitucional do Processo Legislativo: breves notas introdutórias acerca da Justiça e da Jurisdição Constitucionais.....	96
4.5	Da Jurisdição Constitucional do Processo Legislativo no Ordenamento Jurídico Brasileiro e os Atos Interna Corporis.....	103
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	143
	REFERÊNCIAS	

1 INTRODUÇÃO

O nascimento da jurisdição constitucional tem sua razão de ser no surgimento das constituições como normas fundamentais dos ordenamentos jurídicos, e normas fundamentais de força normativa suficiente para se fazerem valer perante todas as demais. O processo de hierarquização do Direito acabaria por resultar no surgimento das constituições e a consequente necessidade de dispor de mecanismos de resguardo das disposições constitucionais.

Bem por isso é que o entendimento dos mecanismos de tutela da jurisdição constitucional se evidencia como imperioso para viabilizar a manutenção da suprallegalidade constitucional, resultando, assim, na manutenção da Constituição como pressuposto de todo ordenamento jurídico.

A tutela do devido processo legislativo se evidencia como mais um dos mecanismos que encontra justificação na necessidade de que a suprallegalidade constitucional não seja tão somente simbólica, mas encontre um ambiente de efetividade.

Da supremacia da lei à supremacia da Constituição, ocorre verdadeira mudança paradigmática nos ordenamentos jurídicos, que representará as condições determinantes para o surgimento dos sistemas de controle de constitucionalidade, propiciando o surgimento do controle político e do controle jurídico de constitucionalidade.

Os aspectos que diferenciam ambos emergem com fundamental importância para a compreensão do modo como os ordenamentos jurídicos observam a dignidade da legislação, e, mais que a dignidade da legislação, a dignidade da Constituição.

Nesse âmbito, o primeiro capítulo da presente dissertação se presta a analisar a mudança do paradigma da supremacia da lei para o paradigma da supremacia da Constituição, o que ocorrerá a partir de um processo de hierarquização do Direito, e em meio às buscas pela racionalização do Poder, num contexto da chamada depuração do que venha a ser o Poder político, e a divisão dos poderes estatais, o que se dá num contexto histórico de afirmação das liberdades, momento em que a lei se revela como um instrumento de contenção do Poder, conforme lições do professor Clémerson Clève. Daí o movimento constitucionalista ser identificado como a própria ideia de separação dos poderes, chegando autores como Boris Mirkin Guetzévitch a afirmarem o

constitucionalismo como a técnica das liberdades. Ao longo dessa histórica trajetória de mudança paradigmática, sobre a qual se reporta Paulo Bonavides, a partir das ideias de Zagrebelsky, é que surgirá a jurisdição constitucional. Nesse contexto, analisa-se a contribuição de Jeremy Waldron para a problemática manutenção da dignidade da legislação, tendo em vista que o referido autor trata de destacados teóricos modernos da legislação, oferecendo, ainda, aportes para a compreensão da separação dos poderes, concebida, sobretudo, nos primórdios do movimento constitucionalista.

No segundo capítulo, é tratada a relação existente entre democracia e constitucionalismo, já que, a priori, a democracia, ao se utilizar da técnica da vontade das maiorias, aparentemente se opõe à ideia de separação dos poderes com que se encontra identificado o constitucionalismo, na medida em que este representa limitações ao exercício do poder, mesmo que democrático. Analisa-se, ainda, o papel da jurisdição constitucional no resguardo da suprallegalidade constitucional, a partir dos clássicos sistemas norte-americano e europeu.

Finalmente, no terceiro capítulo, busca-se analisar a extensão da jurisdição constitucional sobre o processo legislativo brasileiro, e as situações justificadoras para tanto, bem como em que medida tal extensão se revela útil para a garantia democrática do processo legislativo, considerando a imunidade de que gozam alguns atos das casas parlamentares, concebidos, portanto, como atos *interna corporis*. A análise da extensão da jurisdição constitucional sobre os chamados atos interna corporis é feita a partir do estudo das investigações realizadas pela doutrina, a partir das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Nesse âmbito, para o desenvolvimento da presente pesquisa, utilizou-se o método da revisão bibliográfica, subsidiado por uma análise crítico-dialética dos entendimentos doutrinários consolidados acerca do controle de constitucionalidade das leis, somando-se à análise das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade preventivo das leis.

2 DA SUPREMACIA DA LEI À SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO: O NASCIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

“O direito é uma ideia prática, isto é, designa um fim, e, como toda a ideia de tendência, é essencialmente dupla, porque contém em si uma antítese, o fim e o meio. Não é suficiente investigar o fim, deve-se também saber o caminho que a ele conduz”.¹

2.1 Da Hierarquização do Direito no Desenvolvimento Constitucionalista: soluções sociais, morais e jurídicas para a separação dos Poderes

A história do Constitucionalismo relaciona-se com a autodeterminação política das sociedades, produzindo a racionalização do exercício do Poder, e, representando, inclusive, a busca do Estado pelo político (MALTEZ, 1999), pela maneira mais adequada de exercer o Poder. O Constitucionalismo, enquanto movimento, representa, sobretudo, a institucionalização do Poder a ser exercido em conformidade com o Direito, que, na Modernidade, terá formada as suas bases precípuas. A importância do constitucionalismo moderno e sua contribuição para o constitucionalismo contemporâneo é ressaltada por Horst Dippel (2005, p. 181), conforme adiante demonstrado:

“Hoy, a principios del siglo XXI, y después de más de doscientos años de constitucionalismo moderno, tenemos que admitir que nuestro conocimiento de su historia es casi inexistente. Aquel moderno constitucionalismo que apareció al final del siglo XVIII parece estar más allá de cualquier disputa. Las revoluciones Americana y Francesa constituyeron, de acuerdo con Maurizio Fioravanti, “un momento decisivo en la historia del constitucionalismo”, inaugurando “un nuevo concepto y una nueva práctica”.² Doscientos años más tarde, se da por supuesto que cada país en el mundo, con la excepción del Reino Unido, Nueva Zelanda e Israel, poseen una constitución escrita basada en el moderno constitucionalismo. Pero mientras nosotros reconocemos la aceptación global de un principio político, por singular que sea, y mientras que eruditos como Bruce Ackerman han acuñado el término “constitucionalismo mundial”, debemos admitir, y no sin dificultad, que apesar de McIlwain, Fioravanti, y numerosos otros académicos, definitivamente no sabemos cómo llegó a suceder todo esto”.

¹ IHERING, Rudolf Von. A luta pelo direito. Tradução José Tavares Bastos. Digitalização da primeira edição, 1909. Domínio Público.

O constitucionalismo moderno traz consigo alguns princípios de destacada importância, como, aliás, bem ressaltaria Dippel (2005, p. 181), para quem os princípios do constitucionalismo moderno teriam sido aqueles mesmos definidos por Carl von Rotteck, nos anos de 1830, e que comporiam a base do sistema constitucional, que inspiraram-se e inspirariam revoluções como a Revolução Americana e a Revolução Francesa, as quais teriam, segundo o referido autor, as mesmas bases teóricas, orientadas por princípios como o princípio do governo representativo, a limitação do poder governamental, a importância dos direitos humanos, a separação dos Poderes, evidenciando uma busca pela limitação dos poderes do Estado e a afirmação das liberdades individuais. Nesse sentido, leciona o autor:

“(…) Esos principios del constitucionalismo moderno fueron los mismos que Carl von Rotteck definió en los 1830s como el “sistema constitucional [...] tal y como ha evolucionado desde el inicio de la Revolución Americana y – más efectivamente en Europa – de la Revolución Francesa [y] – que es concurrente, completamente en teoría, y al menos de forma aproximada en la práctica – con el sistema de Staatsrecht puro, basado en la razón”. Sus principales principios fueron los derechos humanos, la separación de los poderes, el gobierno representativo, la limitación del poder gubernamental, la responsabilidad política y la independencia judicial. Los principios del constitucionalismo moderno tuvieron origen en la pregunta de cómo la libertad individual podría asegurarse permanentemente contra las intervenciones del gobierno, considerando las debilidades de la naturaleza humana. ¿Cómo podrían edificarse constituciones tomando en cuenta la experiencia histórica y política, así como la teoría política, el derecho y la filosofía?”.

Nesse estabelecimento de um Direito como pressuposto do exercício de um Poder, surgem as primeiras Constituições, marcadas pela concepção de existência de um Direito anterior a todo e qualquer Poder (MATTEUCCI, 1998), qual seja, o Direito Natural, o qual, revelando-se como limite frente ao Estado, representaria um direito preexistente a sua própria declaração e reconhecimento, não sendo um produto de um órgão legislativo especialmente designado para sua criação.

Os auspícios constitucionalistas se desenvolvem num contexto marcadamente jusnaturalista, e também liberal, mas, sobretudo, não obstante o contexto liberal – e por isso preocupado com a afirmação dos direitos individuais – desenvolve-se em meio a teorias voltadas para a afirmação de uma soberania popular, da qual emanaria o Poder. Percebe-se, portanto, a convivência do sentimento de reconhecimento de um direito individual, e por isso mesmo uma visão não orgânica da sociedade (BOBBIO, 1986), mas

também um sentimento de compreensão da sociedade enquanto coletividade, enquanto povo detentor do poder político.

O papel do constitucionalismo no reconhecimento dos direitos dos indivíduos numa Carta Constitucional convive com a ideia de autodeterminação política da sociedade. Autodeterminação individual e autodeterminação coletiva passam a conviver, e, por isso mesmo, autores como Bruce Ackerman (2006), norte-americano, dedicado ao estudo dos fundamentos do Direito Constitucional, iriam afirmar a existência de uma Democracia Dualista, no sentido de que o exercício da democracia seria compartilhado pela coletividade, em circunstâncias de autodeterminação política, e pelos governantes/representantes, para o exercício de atividades mais corriqueiras.

Considerando a impossibilidade do exercício da democracia nos moldes da Grécia Antiga – que apregoava o exercício de uma democracia direta (DANTAS, 2011) –, a ideia de representação emerge com força, encontrando em teóricos como Rousseau as ideias contratualistas, que explicariam a conformação do Estado nos moldes à época configurados, reconhecendo-se, entretanto, o povo como a fonte precípua do Poder, e, sobretudo, considerando cada indivíduo na sociedade como aquele que cede parcela de sua liberdade em prol da convivência coletiva. Surge, aí, a ideia de uma necessária instituição para o exercício do mister da representação, e que encontraria no exemplo inglês um de seus maiores expoentes, especialmente em razão da formação da Monarquia Constitucional que ali se erige, e que faria estudiosos como Montesquieu analisarem o sucesso do sistema parlamentar inglês, marcado pela representação social, dividido em Câmara dos Lordes – caracterizada pela sucessão hereditária – e a Câmara dos Comuns, eletiva. Quanto às ideias de Rousseau, leciona Magalhães, a partir dos ensinamentos de Kosseleck (1999, p. 517):

“Rousseau, o primeiro dos democratas modernos, apresenta-se com a seguinte questão: A condição de liberdade é que cada um só obedeça a si mesmo. O monarca não representa a vontade da sociedade, esta é representada pela vontade geral. Mas esta vontade geral, que é agora soberana, é, entretanto, invisível. Se todos são soberanos, a sociedade é estatizada. Mas esta totalidade racional só o é em aparência, pois cada cidadão só adquire liberdade quando participa da vontade geral, mas como homem ele não sabe quando e como seu eu interior coincide com esta vontade geral, pois o homem individual se engana, enquanto a vontade geral nunca pode se enganar”.

A supremacia do Parlamento Inglês, levada a cabo pela Revolução Gloriosa (1648), encontrava, entretanto, alguns óbices que já poderiam ser apontados como um

princípio de controle de constitucionalidade, embora a Constituição inglesa fosse basicamente principiológica (WACHOWICZ, 2000, p. 67). O fato de existirem algumas leis impeditivas do extremado livre arbítrio parlamentar implicava na existência de normas que gozavam de maior prestígio quando comparadas às demais, evidenciando, portanto, um nascedouro de hierarquização das leis.

Nesse sentido, alguns documentos representariam limitações a livre atuação do Poder Legislativo inglês, e que, por isso, poderiam ser consideradas limitações constitucionais, embora não estivessem contidas numa Constituição escrita. Documentos como o Agreement of the People, datado de 1648, o Instrument of Government de 1653, além de tentativas de estabelecer uma Constituição escrita, representam verdadeiros limites opostos a atividade legislativa parlamentar (VIVEIROS, 2015, pg. 66). Analisando as disposições do artigo 9º do Agreement of the People de 1648, já se vislumbra uma hierarquização de leis, no sentido de que seriam nulas todas disposições normativas que atentassem contra as liberdades ali declaradas e consagradas, dispondo que nenhum parlamento teria liberdade para modificar os direitos ali dispostos, sob pena de traição (VIVEIROS, 2015, p.66). Essa proteção conferida pelo Agreement of the People e pelo Instrument Of Government seria, em grande parte, produto da influência de Edward Coke, mas não perdurariam por muito tempo, especialmente em razão da revolução Gloriosa e a consagração do Bill of Rights (1689), que iria conter disposições contrárias ao Agreement of the People, e, bem ainda, contrárias ao Instrument of Government, de modo que o common law sofreria restrições diante da vitória da supremacia parlamentar inglesa, especialmente por ser ele visto com certo receio pelo Parlamento, conforme lições de Viveiros (2015).

Quanto à formação da ideia de lei fundamental, a ser diferenciada de outros corpos normativos, no caso francês comenta Viveiros (2015, p.66), que, desde 1576, haveria, na França, uma formação de conceito de leis fundamentais do Reino, embora, até 1789, nenhum corpo normativo até então tenha sido considerado uma Constituição. Essas leis fundamentais do Reino, explica o autor, seriam compostas pelos costumes, mas nunca chegaram a ser consideradas como Constituições não escritas. A origem do conceito de leis fundamentais, na França, estaria fundada na doutrina do pacto, originário entre o Rei e o povo, razão pela qual teria o Rei de se submeter às leis, de modo que se observa uma ligação direta entre a doutrina do pacto social e a construção da concepção de leis fundamentais, segundo lições do referido autor, bem como de Nicola Matteucci (1998).

Nesse sentido é que Acosta Sanchez já vislumbrará um precedente indubitável de controle de constitucionalidade realizado pelos tribunais superiores franceses, conforme lecionará Viveiros (2015). Interessante atentar para o fato de que os Parlamentos, na França, desempenhariam o papel de verdadeiros Tribunais. Assim, Sanchez entenderá a prática francesa como um importante antecedente do judicial review norte-americano (VIVEIROS, 2015). Um exemplo de lei fundamental francesa seria o direito de registro dos editos do Rei pelos Tribunais, que representaria uma forma de controle judicial sobre a legislação do Rei, direito esse que, posteriormente, seria suprimido pelo Rei Luis XIV, para, depois de sua morte, ser restaurado, em 1715, quando, então, os Parlamentos passam a ser novamente depositários das leis fundamentais do Reino (Sanchez, apud Viveiros, 2015, p 66).

Nesse ínterim, explica Viveiros (2015, p.67) que os Altos Tribunais franceses (Parlamentos) do século XVIII seriam os únicos órgãos com competência para controlar os atos do Rei, o que, para o referido autor, evidenciaria uma tentativa de instituir uma forma de jurisdição constitucional. Entretanto, esses auspícios de jurisdição constitucional seriam combatidos com veemência, por exemplo, por Robespierre. Nesse sentido, as lições de Viveiros (2015, p.68):

“Pero la actitud obstruccionista de los Parlements derivó en un “horror a la jurisprudencia”: el término “jurisprudencia – diría Robespierre – debe borrarse de nuestra lengua [...]. En un Estado que tiene una Constitución, una legislación, la jurisprudencia de los tribunales no es otra cosa que la ley”. Dicho y hecho, afirma López Ulla: “el poder de los Parlements quedó suprimido por la ley de 16 y 24 de agosto de 1790, año en el que se creó el Tribunal de Casación, institución que, dependiente del Poder Legislativo – por tanto de naturaleza política – surgió con el principal objeto de controlar y prevenir cualquier actividad judicial creadora de derecho, protegiendo a la ley en su sentido más jacobino y roussoniano, y velando porque los jueces se limitaran a cumplir el papel de poder neutro que Montesquieu les había asignado”.

Havia, por assim dizer, uma vantagem entre a França e a Inglaterra no tocante a institucionalização da prática do registro. Nesse sentido, Viveiros (2015, p. 68) continua:

“Sin embargo, el precedente francés de la judicial review, para Acosta Sánchez, aventaja a los presuntos precedentes ingleses en un punto relevante: mientras en Inglaterra no puede tenerse en pie la tesis de una actuación de los tribunales hacia un cierto control de las leyes del Parlamento, sino que sólo se registra la polémica doctrina de Coke en el XVII y el vago casuismo del XVIII, en Francia goza de una cierta institucionalización la práctica del registro judicial de las normas dictadas por el rey”.

Nesse sentido, então, a análise do nascimento da jurisdição constitucional tem sua razão de ser especialmente devido ao início da diferenciação da dignidade das leis. Aos poucos, as leis adquirem dignidades diferentes. Teorias como as contratualistas e as ideias do pacto social irão subsidiar a formação da ideia de hierarquização.

Muito embora os contextos históricos acima referidos contribuam para a hierarquização das leis nos ordenamentos jurídicos, formando, portanto, as bases jurídicas para a construção de uma Constituição e a decorrente necessidade de uma jurisdição constitucional, a instituição de uma Justiça Constitucional na Europa apenas se formará um século depois da construção do judicial review norte-americano. Na França, por exemplo, no ano de 1795, Sieyès irá propor a criação de uma instituição política para realização do controle de constitucionalidade das leis, qual seja, o *Jurie Constitutionaire* (VIVEIROS, 2015).

Montesquieu, ao analisar a Monarquia Constitucional inglesa, e o seu sistema parlamentar, voltaria os olhos para a conformação dos Poderes naquele Estado. Tratando da temática, o jurista liberal italiano, Nicola Matteucci (1998), afirmaria que a separação dos Poderes pensada por Montesquieu traria soluções muito mais sociológicas (o Estado Misto) que propriamente jurídicas, já que encontraria amparo muito mais na representação social equilibrada como mecanismo de contenção de poder, que propriamente soluções jurídicas de controle.

O fato é que, seja por meio de soluções jurídicas, seja por meio de soluções sociológicas, a Inglaterra do século XVIII, fruto dos ideais revolucionários perpetrados na Revolução Gloriosa – cujo auge está justamente na ascensão do Parlamento –, é o objeto sob o qual Montesquieu erige sua matriz teórica da separação dos Poderes políticos, num contexto próprio no qual o Constitucionalismo seria identificado com a separação de poderes em si mesma considerada.

A história do Constitucionalismo coincide com a própria história da organização dos Poderes, e, conforme antes mencionado, o contexto do liberalismo forma o ambiente propício para a afirmação das liberdades, que comporão a chamada primeira geração dos Direitos, configurando verdadeiro pilar sobre o qual se assentarão as futuras gerações de direito.

Na Inglaterra, está o berço do liberalismo, que encontra em autores como Locke um de seus maiores expoentes, cujas obras se comprometerão, em pormenores, a distinguir os diversos poderes presentes na sociedade, numa busca pela depuração do que venha a ser o Poder Político, em razão de especialmente à época (Europa do setecentismo) muitas vezes se identificar o Poder Político com o Poder Religioso, como, também, existir verdadeira associação entre o Poder Político e o Poder Patriarcal, uma associação que seria feita por autores como Filmer, cuja obra se encarregaria de demonstrar a origem divina dos direitos do Rei, obra esta que seria totalmente contestada pela doutrina de Locke, conforme lições de Matteucci. Se em Filmer o direito do Rei sobre os súditos se equipararia ao Poder do Pater Famílias sobre a prole e os bens, Locke aponta as diferenças existentes entre os poderes do Monarca e aqueles exercidos pelo *Pater Familias*. No mesmo seguimento, contrapondo Filmer, também as ideias de Sidney (MATTEUCCI, 1998).

O contexto do constitucionalismo inglês se evidencia de maneira especial, pois consagra a Monarquia Constitucional, o que, a princípio, poderia soar estranho, já que a concepção de uma monarquia limitada naquele contexto europeu teria, inclusive, um carácter vanguardista, considerando-se, sobretudo, as monarquias absolutistas existentes em Estados como a França, por exemplo. A Monarquia Constitucional inglesa e o jogo político das instituições chamariam atenção na Europa, e a fórmula “mágica” do Estado Misto revelaria uma solução para a crise dos Poderes (MATTEUCCI, 1998).

A solução do Estado Misto viria da própria Inglaterra, e representaria mais um produto do esforço político de afirmação do Parlamento frente a Monarquia, Parlamento esse que teria uma atuação bastante oscilante, haja vista, especialmente, inúmeras tentativas de imposição de subordinação por parte da Monarquia, a exemplo das sucessivas dissoluções do Parlamento, somadas a momentos de prestígio dessa instituição, como será possível observar na culminância da famosa Revolução Gloriosa de 1688, revolução essa que poderia, em poucas palavras, ser resumida em vitória do Parlamento.

O jogo político inglês, entretanto, contém problemas bastante atuais. Traços característicos evidenciados no comportamento político das instituições daquela época se evidenciam, inclusive, ainda hoje, mesmo em regimes parlamentares. É na Inglaterra de 1600 que se assistirá à formação dos primeiros partidos da história, partidos esses que,

para além de representarem uma ideologia, representavam interesses bastante particulares, motivo pelo qual não seria possível afirmar, no constitucionalismo inglês, a verdadeira representação dos extratos sociais, muito embora a formação do Parlamento Inglês contivesse os Lordes e os Comuns, e, numa atuação conjunta, evidencia-se o Poder de veto do Monarca referente às deliberações legislativas do Parlamento (MATTEUCCI, 1998).

Eis a fórmula do Estado Misto, que refletiria, depois, nas chamadas Constituições Mistas. O Estado Misto consistiria, portanto, numa composição heterogênea do Parlamento, no qual restariam representadas as classes sociais, isto é, a burguesia ascendente e a tradição da nobreza. Outras não são as palavras de Matteucci (1998). Essa seria a conformação da Democracia na Inglaterra, irradiando sua influência para a Europa, e, obviamente, para as colônias inglesas na América. A fórmula do Estado Misto comporia o famoso *balance* inglês. Esse seria o auge num momento de sucesso do liberalismo, o que faz autores como Matteucci e Bobbio analisarem as relações existentes entre Liberalismo e Democracia, sendo, inclusive, de autoria de Bobbio obra denominada Liberalismo e Democracia. É no Estado Liberal que se formam as bases da Democracia Moderna, diametralmente oposta a democracia da Grécia Antiga, posto que baseada na ideia de Representação.

O problema da representação é um problema profundamente ligado à origem do Poder. A partir do momento em que se reconhece no povo a fonte do Poder Político, juntamente com a consciência de impossibilidade do exercício da democracia direta em sua integralidade, o instituto da representação emerge com especial força. Por isso mesmo, grande será o sucesso das teorias contratualistas. Elas surgem num momento de não mais fundamentação do Poder numa origem divina, como uma tentativa, bem-sucedida, de secularização do Poder, e secularização do Estado, muito embora a política inglesa estivesse profundamente atrelada à disputa religiosa, protestante (majoritária), especialmente anglicana, em contraposição a Católica (minoritária).

Na Inglaterra, ideologia política e ideologia religiosa mesclavam-se, e refletiam, inclusive, nas disputas partidárias entre os clássicos Tory e os Whig, os primeiros partidos políticos da história e do Parlamento inglês, que oscilavam entre diversos interesses, não propriamente sociais, senão, sobretudo, particulares, como, por exemplo, os Tory, partido predominantemente composto por proprietários latifundiários, cuja luta política se

voltava para a diminuição de tributos, justamente em razão dos bens de que eram possuidores (MATTEUCCI, 1998). Claro, portanto, o interesse que os movia.

A respeito do contexto contratualista existente à época, e a perspectiva de alguns partidos políticos, leciona Gabriel Bertin (2007, p. 67-68):

Algumas vertentes do partido Tory, defensor de irrestrita obediência passiva, em que pese ter maior simpatia de Hume, representam a superstição, pois o supersticioso aceita a existência de poderes inerentes à natureza das coisas, inclusive a existência de uma hierarquia natural, que o faz aceitar ser o poder monárquico a única forma de autoridade derivada do direito divino. Algumas facções do partido Whig representam o entusiasmo, personificado pelo contratualismo. Para os entusiastas, o autogoverno é o único que possui legitimidade. Assim, defendem teorias contratualistas porque dependem do consentimento e favorecem a proteção dos direitos e liberdades individuais, em maior ou menor grau.

O que chama bastante atenção no constitucionalismo inglês diz respeito especialmente a própria conformação dos Poderes e a solução do *balance* através do Estado Misto, mas, para além disso, a importância dada ao direito costumeiro, o common law, e que representaria verdadeiro freio à atividade criativa do Legislativo. O Parlamento configuraria uma vitória da proposta do Estado Misto, mas não representaria necessariamente a vitória social, que buscava, sobretudo, afirmar a força do common law, que encontraria um de seus maiores defensores em Edmund Burke, político conservador moderno. Fato é que a vitória do Parlamento nem sempre representaria a vitória da common law, enraizada na tradição inglesa, muito embora Matteucci comprove que raríssimas foram as vezes em que o direito costumeiro fora desrespeitado, mesmo em épocas de crises institucionais, a força da tradição falava mais alto.

A Monarquia Constitucional inglesa, assim, representaria um importante passo em direção ao Estado Democrático de Direito, numa busca que duraria mais três séculos de dedicação doutrinária e política. O contexto liberal proporcionaria um exercício mais legítimo do Poder político. O direito à liberdade conformaria a maior expressão do liberalismo, sendo compreendido de forma tripartite, o direito à liberdade abarcaria o direito à vida, à propriedade, e à própria liberdade. O exercício legítimo do Poder se daria, justamente, na medida em que fossem observados esses direitos.

As disputas parlamentares pelo poder e a sua afirmação frente à coroa inglesa traria, por conseguinte, a formação do Parlamentarismo em bases mais sólidas. Precedido pelo Estado Misto, o sistema parlamentar se espelharia por toda Europa, dado o sucesso

inglês. Entretanto, a conformação do constitucionalismo inglês implicaria num tipo diferente de Constituição, distando das Constituições que se formariam em outras localidades da Europa, e, especialmente, da América.

A Constituição inglesa configurava-se como uma Constituição basicamente principiológica, cuja força seria o direito costumeiro, razão pela qual sua mecânica de resguardo se diferenciaria de toda aquela que posteriormente se formaria na Europa, e, bem ainda, na América, a qual, muito embora de tradição da common law, produziria uma Constituição rígida, conforme lições de Calmon de Passos, tão rígida que até os dias atuais ainda é a mesma Constituição de 1787, acrescida, claro, de suas emendas e precedentes vinculantes.

Na Inglaterra seria possível afirmar a precedência da Lei à Constituição, dada a força do common law, o que de per si não representaria violação à Constituição, especialmente em razão do tradicionalismo do direito costumeiro, e considerando-se, sobretudo, o caráter principiológico da Constituição inglesa. Contudo, não obstante, seria possível vislumbrar na doutrina inglesa, inclusive nas obras de Locke, uma diferença entre os Poderes Constituintes e os Constituídos, em razão especialmente da doutrina jusnaturalista e as doutrinas construtualistas, as quais apontariam no direito natural o pressuposto de qualquer exercício do poder frente ao arbítrio estatal de suas instituições (MATTEUCCI, 1998).

Se o constitucionalismo inglês seria marcado pela supremacia da Lei e pela flexibilidade de sua Constituição, na América uma realidade diversa despontaria, marcando a supremacia da Constituição. O contexto norte-americano sofreria a influência das ideias liberais e vanguardistas da Europa, o que impulsionaria a revolução americana e, bem ainda, a independência das treze colônias, que necessitariam de uma Constituição para o fortalecimento da federação que ali se almejava (FILHO, 2008). Esse seria o objetivo dos chamados Pais Fundadores, uma tentativa, bem-sucedida, de convencer os Estados americanos a ratificarem a Constituição, evitando males como a fragmentação e a invasão de novos povos conquistadores, conforme lições de Matteucci.

A federação seria, definitivamente, a solução para o problema da fragmentação, e implicaria o fortalecimento da união, com o mantimento da independência. Nesse sentido se orientaram os esforços de John Adams, que futuramente viria a ser Presidente daquela nação, Alexander Hamilton, John Jay e James Madison. Estes três últimos seriam autores

de 85 artigos destinados à população, no intuito de convencê-la da necessidade da federação e de uma Constituição unificadora (GARGARELLA, 2012). Esses artigos seriam reunidos numa obra denominada O Federalista. Os artigos escritos por Madison e Hamilton teriam uma exposição mais voltada para a política interna do país (MATTEUCCI, 1998). Os artigos do federalista, dado público alvo, seriam marcadamente artigos mais populares, menos eruditos, o que já não seria o caso da obra de John Adams, que iria buscar na doutrina europeia os fundamentos para o constitucionalismo norte-americano (MATTEUCCI, 1998).

O contexto constitucionalista norte-americano traria soluções novas para a organização dos poderes estatais, embora estivessem baseadas na solução tripartite de Montesquieu, sua inovação residiria, sobretudo, na afirmação de uma solução propriamente jurídica como mecanismo de controle dos poderes. O balance (Estado Misto) é de origem inglesa, mas a solução jurídica é norte-americana. É na América que se formará um novo modelo democrático e constitucional. É na América que será afirmado o Poder Judiciário como tutor maior da Constituição e é na América que será afirmada a cláusula de supremacia Constitucional, originando a chamada Democracia Constitucional mencionada por Matteucci.

Interessante análise faz Roberto Gargarella (2012) acerca do momento histórico que marcara os primeiros passos norte-americanos em direção à Democracia Constitucional, cujo contexto explicaria a origem da temeridade do Judiciário quanto às instituições majoritárias. Segundo lições do autor, o temor do Judiciário norte-americano quanto às instituições majoritárias, além de se fundar no exemplo do Parlamentarismo inglês e nas ideias de Edmund Burke – político britânico, do partido conservador Whig, que apregoava respeito aos colonos, tinha sua razão de ser especialmente no contexto social-econômico que sucedeu à independência das treze colônias.

Explica Gargarella que as promessas de um país próspero e rico não teriam se cumprido, e os pequenos produtores camponeses, que participaram diretamente na luta pela independência, haviam gasto tudo o que possuíam em busca desse ideal, mas, no entanto, seria a classe que mais sofreria os efeitos de uma crise econômica e inflacionária. O número de execuções judiciais sobre esses pequenos produtores cresceria rapidamente no período pós-revolução. Procura, então, essa parcela social as assembleias legislativas, protestando pela autorização de emissão de títulos para o pagamento das dívidas aos

bancos, pedidos esses atendidos por várias assembleias, mas que provocariam a insatisfação dos banqueiros, que se negariam a recebê-los, contestando-os em sede judicial. A popularidade de muitas assembleias legislativas norte-americanas cresceu consideravelmente, afirma Gargarella, sobretudo devido ao fato de atenderem aos reclamos sociais de uma população que começara a pressionar o Judiciário local a fim de que fossem aceitos, pelos credores, os títulos de crédito cuja emissão havia sido autorizada pelo legislativo. Grande foi o número de processos judiciais e o número de assembleias que autorizaram a emissão de títulos de créditos, e o consequente aumento da popularidade da instituição representativa. O Judiciário norte-americano fora profundamente pressionado. A origem temerária das instituições majoritárias norte-americanas nasce desse receio, que não encontrará no Judiciário um aliado, o que levará Gargarella a afirmar o viés mais elitista da formação do Judiciário norte-americano.

Nesse contexto norte-americano, temendo a fragmentação social, autores políticos como Madison empreenderiam um verdadeiro esforço pela manutenção da unidade, ameaçada, sobretudo, pelo risco das subversões, dado o contexto calamitoso que marcara aquele cenário. Interessante será a contribuição de Madison para a afirmação da necessidade de unidade, e análise que faz acerca da diferenciação entre facções e partidos políticos, demonstrando que partidos políticos contribuiriam para o sucesso da representação democrática, ao passo que a formação das facções proporcionaria a fragmentação. Quanto à diferença entre partidos políticos e facções, analisando os ensinamentos de Madison, leciona Matteucci (1998, p. 213):

“El discurso es desarrollado por Madison, que ofrece una definición muy restrictiva de la facción – persigue fines contrarios a los derechos de los otros ciudadanos o al interés nacional – que permite el reconocimiento del partido, como grupo político opuesto a la facción, y la valoración positiva de los conflictos políticos entre los partidos. E esto aflora por todo el Federalist. Madison muestra cómo es inevitable que en una democracia las decisiones sean tomadas no con base en principios de Justicia, sino en virtud del poder de las facciones, que conculcan los derechos de las minorías e desatienden los intereses permanentes de la comunidad. Pero para remover las causas de las facciones es necesario destruir la libertad, que es su verdadero alimento; un remedio insensato, ya que la libertad es esencial para la vida política. Además, no existe una razón infalible, y cada uno interpreta de manera diferente el bien de la comunidad, impulsado por el amor propio, por las convicciones, por la educación, y, sobretudo, por los propios intereses: la causa más común del sectarismo reside en la desigual distribución de las riquezas, por lo que es inevitable la lucha entre propietarios y no propietarios, acreedores y deudores, agricultores e industriales. En definitiva, la sociedad está internamente

diversificada y si autointerpreta de manera diversa; pero es dañino para todos destruir estas cualidades individuales. Por tanto, más que sobre las causas, será bueno actuar sobre los efectos, controlando-los, salvando el interés público y los derechos de los particulares del peligro de las faciones, si atacar la praxis democrática. Cómo? Impidiendo que la pasión o el interés prevailecan en la mayoría, mediante la ampliación de la órbita política; o, bien, impidiendo que tal mayoría pueda llevar al cabo sus medidas opresivas, ya sea a través del sistema representativo, contraponiendo la república a la democracia, ya sea a través del gran Estado, contraponiendo la gran república a la pequeña, tanto mediante la estructura federal y un gobierno equilibrado, como a través del reforzamiento del poder judicial”.

As justificações americanas no desenvolvimento de seu constitucionalismo tem sua razão de ser no próprio pensamento político inglês, cujas bases estão no século XVII, ou seja, nos anos de 1600, influenciados sobremaneira pelos pensamentos de Coke e de Locke, que se mostram como doutrinas complementares, das quais o constitucionalismo norte-americano se valerá, para apoiar a força do direito costumeiro e, portanto, sua tradição, bem como a universalidade que permeará o pensamento de Locke, um teórico propriamente jusnaturalista. As duas doutrinas unidas adquirem importante força na América, e se complementam no sentido de positivação do direito natural, a fim de garantir-lhe mais força. O jusnaturalismo proporciona a universalidade ao direito, e o positivismo garante-lhe a eficácia. Nas palavras de Matteucci (2010, p. 68-69):

“Le giustificazioni costituzionali delle rivendicazioni americane si ritrovano tutte nel pensiero politico inglese del ’600, da Coke a Locke; e con questi due nomi non intendiamo tanto delimitare un arco cronologico, quanto cogliere una tradizione di pensiero politico, quella appunto del governo limitato; e precisare inoltre la necessaria complementarietà fra Coke e Locke, fra il difensore delle antiche consuetudini costituzionali e il teorico del diritto naturale. Infatti il giusnaturalista Locke riesce a dare un respiro universale e un nuovo fondamento razionale a quelle leggi fondamentali che il Coke aveva visto immanenti nel common law, trasformando i diritti legali del suddito inglese nei diritti naturali dell’uomo (ma il contenuto resto lo stesso: la vita, la libertà, la proprietà). Tuttavia il mérito del legista Coke, nei confronti del filosofo Locke, rimaneva quello di avere intuito che, per limitare in modo efficace il potere, era necessario che le norme fondamentali, da naturali, diventassero positive, fossero cioè norme vincoanti e garantite dai tribunali. Gli Americani, col vedere nella Costituzione scritta il solo vero efficace limite al governo, unirono l’esigenza di positività del Coke e l’istanza di universalità del Locke; e così realizzarono la grande aspirazione degli uomini del ’600, ‘un governo di leggi e non di uomini’, secondo il noto detto di Harrington”. Se quella americana fu una rivoluzione, fu una rivoluzione che non ruppe con la tradizione politica e giuridica delle Colonie, e neppure con la

tradizione costituzionalistica dell'Inghilterra del Seicento. Fu una rivoluzione politica che ruppe soltanto con la nuova, sovversiva teoria che si era affermata in Inghilterra nel Settecento, e cioè con la concezione dell'onnipotenza del Parlamento. Come scrisse Lord Acton, la Rivoluzione americana rappresentò il conflitto tra due diverse concezioni del potere legislativo: tra quella, propugnata dal Coke e dal Locke, del legislativo limitato, e quella, teorizzata dall'Hobbes e dal Bentham, del legislativo *legibus solutus*".

A construção norte-americana se valerá das ideias inglesas e francesas, mas a Democracia Constitucional norte-americana terá a singularidade de estabelecer o Poder Judiciário como tutor maior da Constituição, o que será feito a partir de uma construção jurisprudencial, tomando por base a Cláusula de Supremacia Constitucional que será insculpada na Constituição norte-americana de 1787. O famoso precedente *Marbury vs Madison* (1803), consolidado como um marco da jurisdição constitucional norte-americana, tem como fundamento a cláusula de supremacia, que imporia ao Judiciário fazer valer a Constituição frente aos demais poderes.

Nesse sentido, a doutrina de Ivo Dantas (2010), no sentido de que, não bastante somente a afirmação da suprallegalidade constitucional, necessário a existência de mecanismos que viabilizem essa realidade. É do constitucionalismo norte-americano que será atribuído ao Judiciário o poder para fazer valer a Constituição. Nesse contexto, a formação da jurisdição constitucional se revela intimamente ligada à própria hierarquização do ordenamento jurídico, e a ascensão da Constituição ao seu topo. Tal resultou de um processo que Paulo Bonavides (2004) coloca como fundamental para o nascimento da jurisdição constitucional, inspirado na doutrina de Zagrebelsky, qual seja, a mudança de paradigma da suprema da lei para a supremacia da Constituição. Trata-se de uma mudança de paradigma, mas, seja sob a égide de uma Constituição, seja sob a égide da Lei, revela a crescente tendência à formação sistêmica das leis e o processo de hierarquização, que, sobretudo, fora construído com fins a limitação do Poder do Estado.

A princípio, as soluções seriam morais, no entender de autores como Jeremy Waldron (2003), para quem as recomendações de John Locke acerca da necessidade de observância do direito natural configurariam mais recomendações de ordem moral, que propriamente jurídicas, para impor limites aos Poderes. A solução do Estado Misto, tal qual pensado pela doutrina inglesa, representaria, para Matteucci, mais uma solução sociológica para a contenção dos Poderes, procurando mais por uma ideia de representação paritária social. A solução jurídica viria da construção jurisprudencial

norte-americana, onde o Poder Judiciário adquire independência funcional, identificado como um Poder que não se confunde nem com o Legislativo, nem com o Executivo. A solução jurídica, entretanto, nasce da ideia de suprallegalidade constitucional (DANTAS, 2011), sua razão de ser reside na Cláusula de Supremacia da Constituição, essa supremacia é o pressuposto do exercício da jurisdição constitucional, pressuposto de seu nascimento (DANTAS, 2011).

De soluções morais a soluções jurídicas para a limitação dos Poderes, o nascimento da jurisdição constitucional surge como um produto lento da hierarquização do ordenamento jurídico, que, a princípio, encontrará como pressupostos normas de direito natural, que, posteriormente positivadas, e, em junção com a força do direito costumeiro, avançarão em direção da formação da ideia de que existiriam normas jurídicas dotadas de maior dignidade quando comparadas a outras. Nesse contexto, a respeito da chamada ‘dignidade da legislação’, importantes são as contribuições de Jeremy Waldron, a seguir analisas.

2.2 Breve Análise da Contribuição de Jeremy Waldron

A contribuição de Jeremy Waldron (2003, p. 7) traz uma importante incursão acerca do que vem a ser o chamado Estado-legislação. O autor se utiliza das ideias de Seeley para explicar o Estado-legislação como um Estado que esteja constantemente empenhado em fazer leis, ou em desfazê-las, emendá-las, apresentando essa característica como uma anomalia que não deve ser desejada. Antes de classificar os Estados por suas atividades de predominância, o autor explica que essa tendência de classificar os Estados por suas atividades precípuas tem sua origem na doutrina alemã, que já classificou o Estado por meio de suas atividades de guerra, comerciais, dentre outras atividades. O Estado legislação, portanto, é que chamará atenção de Waldron, motivo pelo qual ele analisará as doutrinas voltadas para a Legislação, mas não propriamente aquelas doutrinas classicamente apontadas.

Havia uma percepção metajurídica da lei para os antigos. As leis não estavam a cargo do Estado, elas eram reveladas por Deus, daí Waldron usar uma célebre frase para explicar esse pensamento, afirmando que para os antigos “as leis caminhariam nas alturas, nasceriam acima do céu”. Mas haveria uma mudança paradigmática com relação a esse pensamento que colocaria as leis como produtos da atividade humana e trazendo, por sua característica, o caráter deliberativo, que as diferenciaria das normas morais. Nesse

sentido, acrescentaria o autor: “O contraste entre imunidade da moralidade e a susceptibilidade do direito à mudança deliberada ajuda a explicar a hesitação de Hart em considerar o estado de direito como ‘um bem humano sem ressalva’” (WALDRON, 2003). A mudança deliberada seria a marca do Direito, que o diferenciaria da moral.

O autor está tratando dos “críticos do racionalismo e da proeminência da legislação”. Mas o que configura esse racionalismo da legislação? A essência desse debate se encontra ligada à questão do direito costumeiro e do direito positivo. E a questão de que na Inglaterra a concepção de lei estava muito enraizada na ideia de que Lei era aquilo já aceito socialmente como tal, já assimilada socialmente, e que, por isso, conhecida perfeitamente sua força social, porque não eram estranhas, não eram simples imposições introjetadas. Daí a crítica ao racionalismo legislativo, e às mudanças ocorridas na lei, porque a diferença das mudanças na moral e as mudanças legislativas seria a capacidade de mudança deliberada. Não se muda deliberadamente um comportamento moral. Mas o Direito pode ser mudado deliberadamente. E mais que isso: O que é Direito? Ele é o que é, ou ele é o que dizem que ele é? Essa análise talvez esteja intimamente ligada à questão de visualizar uma categoria sob o enfoque do sagrado e imutável em contraponto com a visão deliberativa e positivista do Direito como um produto da vontade humana, que pode oscilar segundo as deliberações que sejam feitas, explica Waldron. Nas palavras do autor (2003, p. 26), a partir dos pensamentos de Hayek:

“Embora a essência do governo bom, segundo Hayek seja o governo por leis gerais, é importante para ele que tais leis sejam concebidas como implícitas nas práticas de uma sociedade livre e que, se forem consideradas como mutáveis, sua mudança deve ser gradual e espontânea, não planejada e orquestrada por um legislador. Direito, nesse sentido, é completamente diferente de legislação”. “(...) É independente da vontade humana, pois o seu objetivo é a coordenação de vontades livres. Não é algo a ser retrabalhado ou refeito à imagem do esquema racional de algum legislador ambicioso”.

E continua o autor:

“O principal interesse dos corpos legislativos sempre foi não a acomodação e a coordenação de propósitos independentes, mas a estruturação, o financiamento e a administração do governo e do Estado. Essas são tarefas que, se devem ser levadas a cabo, devem ser cumpridas deliberadamente. Portanto, como a legislação deliberada é essencial para esse tipo de atividade organizacional, há uma tendência natural de associar a organização explícita a todas as formas de legislação deliberada. Em outras palavras, a mentalidade legislativa

como tal é orientada gradualmente para uma visão essencialmente administrativa do direito”.

Como surgiu o órgão responsável pela produção das Leis? E com que finalidade ele surgira? E o que até então era lei? Essa é uma resposta que, segundo Waldron, Hayek apresenta, considerando, sobretudo, onde estaria a capacidade deliberativa do órgão. Sobre o que seria possível deliberar, e para isso, ele analisa que a ideia de lei era outra, não no sentido de justo ou injusto, mas lei como algo que organiza e estrutura o próprio Estado, naquilo que poderia ser chamado de Lei-administração, lei mais organizacional, não ligada à ideia de justo e injusto. Na verdade, se destinava a dispor acerca da própria organização do Estado e seu funcionamento. Ocorre que aqueles encarregados da produção desse tipo de lei depois se arvorariam do direito de produzir leis cujo destinatário não seria o Estado, mas a própria sociedade. Hayek, citado por Jeremy Waldron, assim entende: “Assim, a tendência da moderna ‘legislação social’ é tratar toda a sociedade como uma organização a ser ‘gerida’ e ‘administrada’, com consequências assustadoras para a liberdade e o constitucionalismo e para o Estado de Direito”. Para Hayek:

“Toda concepção de positivismo jurídico que deriva toda lei da vontade de um legislador é um produto da falácia intencionalista característica do construtivismo, uma recaída nas teorias teleológicas das instituições humanas, que estão em conflito irremediável com tudo que sabemos a respeito da evolução do direito e da maioria das outras instituições humanas”.

Qual o perigo das leis na opinião de Jeremy Waldron? O perigo para ele é que as leis são muito mais humanas, na verdade. A ideia de anonimato da produção legislativa com a aparência de que por trás desse anonimato não há atitudes intencionais é que blinda o conhecimento acerca dos verdadeiros sentidos e intenções que impregnam as leis. Esse anonimato é que seria garantidor da ilusória neutralidade. A crítica de Waldron consiste na ausência de análise, por parte da doutrina, acerca do papel da legislatura enquanto um agente. Considera-se sua atividade procedimentalizada e formalizada, mas cada indivíduo ali compondo o corpo legislativo representa em si uma singularidade.

É a procedimentalização de vontades divergentes e diferentes em real, que são tratadas como se uníssonas fossem. Esse é um problema, porque reveste o corpo legislativo daquilo que Waldron (2003) chamou de **majoritarismo simbólico**, e majoritarismo simbólico no sentido de que as supostas decisões majoritárias não beneficiam as minorias que contra elas votou. A partir daí ele afirma o simbolismo do

majoritarismo. Ele é simbólico, e, além de simbólico, se dá tão somente por aproximação. E talvez por uma disfarçada convergência majoritária de “sim’s” ou de “não’s”. A questão de descobrir a vontade do legislador é uma questão debatida basicamente pela doutrina inglesa, afirma Waldron.

Há uma importante decisão que permitiu ao judiciário inglês adentrar aos registros das atas da Câmara dos Comuns para possibilitar uma maior compreensão da vontade do legislador. Essa decisão representou um marco no território inglês da decisão, e também da própria separação dos poderes, dando acesso a um espaço protegido pela matéria interna corporis. Mas, para Waldron, essa ideia de que assim seria possível descobrir a intenção do legislador se revelaria antiquada e inútil. Nas palavras do autor (2003, pg.31):

“Uma indicação de que ainda estamos um pouco à deriva nesse assunto relaciona-se com a questão promissora e controvertida de verificar a intenção legislativa. Em uma decisão da Câmara dos Lordes de 1992, no caso *Pepper contra Hart*, sustentou-se pela primeira vez no direito inglês recente que os tribunais tinham direito de consultar o registro do debate parlamentar para resolver como devia ser interpretado um estatuto. Isso é uma inovação e tanto no direito inglês. Durante séculos os tribunais consideraram-se impedidos de tal investigação por um aspecto do acordo constitucional de 1689, que estipulava que as atas da Câmara dos Comuns não deviam ser impugnadas nem questionadas por nenhum tribunal de direito. O fato de que esse ponto, que era essencialmente um item de privilégio parlamentar – destinado a proteger os equivalentes vindouros de John Pym de ações judiciais –, permaneceu por tanto tempo no caminho de qualquer consideração da intenção legislativa na interpretação judicial é, ao mesmo tempo, comovedoramente pitoresco e irritantemente inglês. Mas também indica quão longe estamos do pensamento claro sobre esse tema. (...) “O argumento do privilégio parlamentar era ridículo, mas não significa que procurar no registro público indícios de intenção legislativa seja algo sensato. Pelo contrário, penso que toda a ideia de que as atas legislativas podem revelar intenção legislativa é gravemente falha e, em si, é apenas mais um sinal da inadequação da nossa jurisprudência legislativa”.

Waldron trata do chamado Estado de Direito. O que é o Estado de Direito para o referido autor? O Estado de Direito seria o Estado cujo Direito configuraria a medida para aferir o processo de tomadas de decisão. Se o Direito é aquilo que guia as escolhas políticas, então há um Estado de Direito. Waldron faz essa análise ao afirmar a necessidade de um processo político para eleger determinada conduta como institucionalizada. Ocorre que a escolha daquilo que vai ser ou não instituído deve ser feita mediante um processo político, já que as concepções acerca do que é justiça variam

numa comunidade. Portanto, necessária a tomada de decisões. Essa tomada de decisões tem de ser feita justamente através de um processo político flexível, cujo norte seja o Direito. Em outras palavras, para Waldron, Estado de Direito é aquele cujas decisões políticas são viabilizadas por um processo político realizado sob o manto do Direito. Nas palavras do autor (2003, p. 44):

“Como discordamos quanto a qual posição deve prevalecer e ser aplicada em nome da comunidade, precisamos de um processo – um processo político – para determinar qual deve ser essa posição. E precisamos de uma prática de registro e implementação de posições desse tipo por meio de indivíduos e agências que atuam em nome da comunidade – uma prática que seja flexível diante da discordância da posição da comunidade, como uma questão de opinião pessoal ou partidária, por meio daqueles encarregados de sua implementação. Se chamamos a medida identificada como aposição da comunidade o direito dessa comunidade, então, a flexibilidade da prática a que acabo de me referir é aquilo (ou parte daquilo) que queremos designar como o estado de direito”. “(...) “Compreendido dessa maneira, o estado de direito não é simplesmente o princípio de que os funcionários e os cidadãos devem aplicar e obedecer a lei mesmo quando ela vai contra seus interesses”.

Seria possível, então, afirmar que a base do Estado de Direito está no processo de tomada de decisões políticas, o que, de per si, já demonstra que os processos deliberativos não podem ser negligenciados, nem ter sua importância apequenada.

Nesse ínterim, Waldron trata do pensamento político de John Locke, e dispõe que essa análise adentra às raízes liberais que o movimento constitucionalista inglês deixou de herança para as diversas outras experiências constitucionais que seriam vivenciadas no ocidente. O pensamento constitucional de Locke em sua essência, para Jeremy Waldron, pode ser apontando não como uma tentativa de institucionalizar os limites do Poder, e, em especial, do Legislativo. Explica o autor que o pensamento político de Locke não está propriamente voltado para a disposição de uma solução de limites por via de uma instituição. Os limites propostos por Locke para a legislatura, que tem nos direitos naturais o seu maior significado, são permeados de uma pauta moral, pela qual deveriam se orientar os legisladores, e, não somente os legisladores, mas também os próprios cidadãos, que poderiam, assim, oferecer resistência sempre que os direitos naturais fossem violados pelas legislaturas.

Ocorre que uma importante consideração acerca da ausência de institucionalização desses limites é apontada por Waldron, autor do livro *Dignidade da Legislação*. A ausência de uma institucionalização acarreta uma incerteza quanto aos

limites impostos por esses direitos naturais, gerando, inclusive, uma incerteza e, talvez, discordância na sociedade, quanto à efetiva concretização da violação.

Se por um lado a ideia de Locke consiste na compreensão dos direitos naturais como direitos inteligíveis, ou seja, passíveis de serem apreendidos pelo senso e pela razão, que os intui e também os descobre, não se pode pressupor que todos os indivíduos dele tenham conhecimento nato (WALDRON, 2003). Tanto assim que o direito natural para o contexto político vivenciado por Locke, qual seja, o século XVIII, embora passível de declaração, precisa ser descoberto. E nesse sentido é que Locke tenta revelar o direito natural e impô-lo como limitações para a legislatura, mas não uma limitação institucionalizada, ou seja, levada a cabo por uma instituição fiscalizadora do seu cumprimento, mas sim como uma conscientização moral da necessidade de sua observância (WALDRON, 2003). Esse é o apelo de Locke, e a solução que ele encontra para a legislatura, como remédio para o Poder Absoluto, do qual a Inglaterra seria vítima tanto da parte da Monarquia, quanto da parte do Parlamento.

A verdade é, como diria Waldron, Locke procura explicar o que vem a ser o Poder Político. Segundo o autor, que faz uma análise da deliberação legislativa em Locke e John Rawls, Locke talvez possa ser considerado o precursor da democracia deliberativa. Mas como falar em democracia deliberativa se Locke é um clássico autor jusnaturalista? Como falar em democracia deliberativa se ser um jusnaturalista implicaria, por assim dizer, num caráter declaratório da legislação, ou seja, o caráter declaratório do direito natural, não havendo propriamente uma liberdade criativa por parte da legislatura?

Ocorre que, embora Locke seja um jusnaturalista, explica Waldron que nem todos os direitos presentes num dado ordenamento jurídico são direitos naturais, ou seja, direitos dados por Deus a todo ser humano (Deus não se importa com que lado dirigimos os carros, afirma Waldron), e essa conclusão seria óbvia para Locke, que entende sim a legislatura como um espaço de deliberações, e, inclusive, aponta necessários pressupostos para que efetivamente ocorra uma deliberação. A deliberação pressupõe escutar as opiniões dos outros que compartilham da legislatura. Fora disso não seria possível falar em deliberação. Eis, portanto, a ideia de necessidade de institucionalização dos comportamentos deliberativos, mas não com a ideia de que se possa descobrir a vontade do Legislador. Jeremy, nesse ponto, como afirmado linhas atrás, entende até como uma tolice essa tentativa, mas, por outro lado, ao vislumbrar a incerteza e a insegurança que a

ausência de institucionalização acarreta, torna-se imperiosa a formação de uma institucionalização que garanta maior segurança e previsibilidade na construção da atividade deliberativa, embora o risco do majoritarismo simbólico esteja sempre presente.

3 DEMOCRACIA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

“O reconhecimento de uma hierarquização existente no Ordenamento Jurídico e a distinção entre Poder Constituinte e Poderes Constituídos (aí incluído o Poder de Reforma) nos leva à questão da Supralegalidade da Constituição e a consequente apreciação da Constitucionalidade das leis, decisões judiciais e atos administrativos”.²

3.1 Considerações Iniciais

Conforme observado linhas atrás, a ideia de jurisdição constitucional desponta do nascimento da ideia de supralegalidade constitucional (DANTAS, 2010). Trata-se de um fenômeno que ocorre num contexto de construção da hierarquia do Direito, construção essa que, durante o Estado Moderno, começará a partir da afirmação dos direitos naturais. Em verdade, no decorrer da história do constitucionalismo – não que ela seja uma história que possa ser limitada, não estando, obviamente, encerrada –, torna-se possível afirmar os direitos naturais como o alfa e o ômega de uma sociedade. Isso porque, a começar pela ideia de direito natural, que, posteriormente, será sufragada pelas ideias das escolas positivistas do Direito, o positivismo jurídico exacerbado e o liberalismo extremado conduzirão os rumos da história a alguns graves problemas, ao dispor as leis como argumentos de autoridade, no sentido de que é lei porque está posta como lei, e o problemático rompimento da aproximação entre a ética e Direito. Esse legalismo gerará atrocidades que resultarão posteriormente num retorno a afirmação dos direitos naturais.

A lei, no Estado Liberal, seria considerada um instrumento de contenção do Poder Estatal, e representaria, sobretudo, a afirmação das liberdades. Por isso, qualquer tentativa que objetivasse regulamentar as atividades sociais representaria uma quebra ao valor do Estado Liberal, tão caro aos constitucionalistas modernos. Qualquer tentativa de limitação das liberdades individuais, a princípio, soaria estranha. Não é por outro motivo que a Suprema Corte norte-americana por um longo tempo ofereceria resistência à implantação de várias legislações sociais que seriam postas pelo Estado no intuito de regular as novas

² DANTAS, Ivo. O valor da Constituição. Edição histórica. Editora Juruá. Curitiba: 2010, p. 53.

relações que surgiriam do Estado Industrial, bem diferente do contexto daquele no qual se erigiu a Constituição de 1787 (MATTEUCCI, 2010).

Nos primeiros anos de existência da Suprema Corte norte-americana, poucas foram as leis consideradas inconstitucionais, no entanto, nos primeiros anos do século XX essa realidade sofreria alterações, especialmente considerando a edição de leis que visavam a regulamentar as atividades de trabalho, que seriam declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte (MATTEUCCI, 2010). No entanto, o próprio contexto econômico e social que despontava obrigaria uma mudança decisional do Judiciário Norte-Americano. Por outro lado, novas Constituições representariam o marco do advento do Estado Social, a exemplo da Constituição Mexicana de 1917, e a Constituição de Weimar de 1920 (DANTAS, 2011), razão pela qual uma nova característica seria impressa ao movimento constitucionalista, transformando a lei de instrumento de contenção em instrumento de intervenção, amparada por novos valores constitucionais. Essa mudança ocasionaria alterações na própria função jurisdicional. Diante disso, de grande importância se reveste a ideia, ainda que breve, acerca da construção dos principais modelos de jurisdição constitucional que se espalharão pelo mundo, desde o sistema norte-americano de jurisdição constitucional, que posteriormente influenciaria alguns contextos da Europa do Século XX, a qual, por sua vez, traria, como dirá Raul Machado Horta (2012), a invenção dos Tribunais Constitucionais, uma invenção que, segundo o referido autor, seria produto da construção parlamentar europeia, distando do modelo norte-americano, presidencialista e integrado (JESTAEDT, 2017). Entretanto, esse mesmo sistema construído na Europa passaria por diferentes momentos, que estariam diretamente ligados aos períodos que antecederam e sucederam as Guerras Mundiais.

3.2 Principais Sistemas e Modelos de Controle de Constitucionalidade

Analisar os sistemas de controle de constitucionalidade implica adentrar aos principais mecanismos de tutela da suprallegalidade da Constituição (DANTAS, 2012), e os dispositivos de distribuição de competência para tanto. Nesse ínterim, possível, a priori, antecipar dois sistemas de controle a partir dos quais se desenvolvem os modelos de controle de constitucionalidade, e que implicam ou em atribuir a tutela da suprallegalidade constitucional a um órgão de natureza política ou a um órgão de natureza jurisdicional. Dentro do sistema jurisdicional, possível encontrar dois principais modelos: o modelo norte-americano e o modelo europeu.

Um grande detalhe para o qual se deve atentar reside no fato de que essas são considerações apriorísticas, haja vista o fato de que, a partir delas, são desenvolvidos os principais estudos acerca do controle de constitucionalidade, sem que, contudo, possa um modelo ser tão somente enquadrado em um ou em outro tipo, especialmente considerando a diversidade de mecanismos que serão plasmados nos ordenamentos jurídicos. Não há modelos tão somente puros, e, mais que isso, ainda se contesta a natureza de alguns órgãos políticos que exercem o controle da constitucionalidade das leis, a exemplo das divergências doutrinárias acerca da natureza política ou não do Conseil Constitutionnel Francês, o órgão encarregado do exercício preventivo de constitucionalidade das leis na França (DANTAS, 2010).

Além das dúvidas quanto à própria natureza política ou jurisdicional dos órgãos encarregados da realização do controle de constitucionalidade, ainda há que se falar naquilo que a doutrina há muito já vislumbrava acerca da politização da atividade judicial, sempre tomando em conta o exemplo norte-americano, caracterizado pela existência de uma maior liberdade decisória por parte dos chamados juízes julgadores, e que colocarão em cheque essa liberdade julgadora enquanto uma função julgadora, para, observar, nela, uma verdadeira atividade criativa de normas.

Fato é que, como será adiante mencionado, o típico controle de constitucionalidade norte-americano e sua clássica tradição do common law, tem suas premissas assentadas no stare decises, isto é, no “está decidido”, e, bem ainda, no sistema de vinculação dos precedentes, de modo a possibilitar a uniformidade jurisprudencial, já que o controle de constitucionalidade norte-americano se encontra classificado como um sistema de controle integrado, para bem utilizar as palavras do Professor Matthias Jestaedt (2017), isto é, onde todos os órgãos jurisdicionais se encontram legitimados para a realização do controle de constitucionalidade, de modo que de grande importância se reveste o esquema de precedentes vinculantes e o stare decises para garantir segurança jurídica e estabilidade ao ordenamento jurídico.

Conforme mencionado anteriormente, a construção do controle de constitucionalidade está intimamente vinculada ao próprio movimento constitucionalista, que alça a Constituição ao topo do ordenamento jurídico, de modo que se visualiza uma chamada hierarquização do Direito. Essa hierarquização do Direito não se dá prontamente a partir da disposição de uma Constituição no topo do ordenamento jurídico. Essa

construção de hierarquia do Direito tem seu início, sobretudo, no direito inglês, onde, curiosamente, não havia Constituição escrita.

A partir da concepção do direito natural, muito embora, antes dela surgir com teóricos como o jusnaturalista John Locke, já se falasse da importância, na Inglaterra, do direito do common law, considerado o fundamental law dos ingleses, revelando-o verdadeira tradição não construída como vontade disposta pelo Parlamento Inglês, mas como aquele direito incorporado pela sociedade pela força dos costumes, já assimilado e aceito, e se revelando, sobretudo, como um verdadeiro patrimônio jurídico daquela sociedade a ser respeitado pelo Parlamento Inglês. Sobre o que vem a ser o common law para os ingleses leciona Pegoraro, em linhas esclarecedoras (2003).

John Locke, conforme lecionado linhas atrás, considerado jusnaturalista, empreendeu a distinção entre aquilo que ele consideraria o direito natural, apontando-o como um limite para o Parlamento inglês. Mas, como diria Jeremy Waldron (2003), esses limites teriam não propriamente uma característica jurídica, funcionariam mais como recomendações morais, uma tentativa de chamar à consciência o legislador quando do exercício de sua atividade. Por outro lado, se John Locke afirmaria a precedência do direito natural sobre qualquer outro direito posto, afirmando a sua cognoscibilidade, isto é, um direito passível de ser descoberto, conhecido, pela razoabilidade e racionalidade humana, afirmava, também, Locke, a supremacia do Parlamento Inglês, o órgão representante democrático da vontade do povo. Aliás, importante destacar um grande fato que explica a supremacia do Parlamento Inglês, fato esse apontado por Mauro Viveiros (2015), quanto à natureza das funções do Parlamento Inglês. Segundo o referido autor, o Parlamento Inglês funcionaria não só como um Poder Legislativo, mas, curiosamente, desempenharia função jurisdicional. O Parlamento Inglês era um verdadeiro Tribunal. Essa ideia é verdadeiramente intrigante, especialmente levando em consideração o fato de que Montesquieu desenvolveria sua teoria da separação dos poderes a partir da Monarquia Constitucional Inglesa. O Poder Judiciário somente seria posto como um poder independente na construção do constitucionalismo moderno norte-americano.

Certo é que, não obstante as diferenças que despontariam entre o constitucionalismo norte-americano e o inglês, diferenças essas bem ressaltadas por Lúcio Pegoraro, é nas raízes inglesas que os norte-americanos encontrarão o manancial para a construção do seu constitucionalismo. Justamente a partir da doutrina de Edward

Coke, que, no século XVII, por volta de 1600, ocuparia cargo no Common Pleas, tribunal para resolução de assuntos civis na Inglaterra, na condição em que ele solucionaria casos importantes como, por exemplo, o Bonhams Case, no qual afirmaria, Edward Coke, a importância do direito consuetudinário inglês – o common law – como fundamental law, cuja observância seria obrigatória, inclusive para o Parlamento Inglês. Disposições como essa de Edward Coke refletem uma já hierarquização do ordenamento jurídico, demonstrando não ser, essa hierarquização, um fenômeno tão recente quanto houvera afirmado Hans Kelsen no seu constitucionalismo do século XX.

As ideias de Sir Edward Coke influenciariam profundamente o direito norte-americano, como afirmará Mauro Viveiros, muito embora na Inglaterra suas ideias caíam em desuso em decorrência da conhecida Revolução Gloriosa de 1648, revolução essa que representou, sobretudo, a vitória do Parlamento Inglês, que assumia o *locus* da dominância antes ocupada pela Monarquia. Pode-se afirmar, como Matteucci (1998), que o positivismo de Coke com o Jusnaturalismo de Locke foram as bases da construção do pensamento político-constitucional norte americano, influenciando intelectuais como James Madison. Talvez por isso autores como Bruce Ackerman (2006), estudioso do constitucionalismo norte americano, afirmem a não originalidade dos pensamentos jurídico-políticos norte-americanos, justamente em razão do fato de beberem do manancial doutrinário inglês.

Afirma-se, então, o nascimento da jurisdição constitucional na experiência do moderno constitucionalismo norte-americano, precedido da experiência política e institucional inglesa determinante para a construção do pensamento constitucionalista das 13 colônias norte americanas, que, em 1787, promulgaram sua Constituição, gravada com a cláusula de supremacia sobre todas as demais disposições normativas, cláusula essa que seria o fundamento mediante o qual o Chief de Justice John Marshall negaria a aplicação de uma lei estadual norte-americana por conter disposições contrárias a Constituição Federal de 1787, no famoso caso Marbury versus Madison, 1803 (HORTA, 2012).

Os sistemas de controle de constitucionalidade costumam ser divididos em sistema político e sistema jurisdicional. O sistema político tem como um de seus maiores expoentes o exemplo Francês, representado pelo controle político e preventivo realizado pelo Conselho Constitucional Francês. Uma vez realizado esse controle, a norma posta no ordenamento jurídico não poderia mais ser objeto de controle. Esse seria o sistema a

priori concebido pelo modelo de controle de constitucionalidade francês, que recentemente sofrera alterações, possibilitando o controle jurisdicional a posteriori. O Conselho Constitucional francês consiste num órgão político que integra o Poder Legislativo do Estado Unitário Francês. O órgão que primeiramente fora designado para essa finalidade e que lhe antecederam chamava-se Senado Conservador (AMORIM, 2012).

O sistema de controle de constitucionalidade francês reflete a desconfiança histórica com o papel dos juízes, e, por isso mesmo, enquadrava a atividade judicial como uma atividade meramente declaratória da disposição legal. A máxima da doutrina francesa repousa na ideia da representatividade exercida pelo Parlamento, e que, por isso, nada poderia estar acima do Parlamento, não poderia ele ser submetido ao Judiciário. Na França, igualmente, haverá a diferenciação hierárquica do Parlamento, como, aliás, para isso já houvera atentado Mauro Viveiros (2015) ao analisar que se começou a registrar, na França do século XVII, as disposições normativas que deveriam ser observadas e que, por isso, revelando a necessidade de que as disposições normativas subsequentes a elas observassem.

Possível afirmar, conforme lições de Pegoraro (2003, p. 63-64) que inúmeras foram as razões pelas quais o direito anglo-americano fora difundido por diversos ordenamentos jurídicos, alcançando inclusive países que não pertenciam à tradição do common law. Para o referido autor, a circulação do modelo do common law está profundamente ligada às razões históricas e políticas, especialmente em situações de países afetados pelo Direito Inglês, de modo que, por esse motivo, haveria transposições dos costumes ingleses, com as consequentes adaptações que acabariam por resultar numa mudança do original, do que é exemplo a experiência norte-americana, que, não obstante tenha se baseado no clássico common law inglês, seguindo, portanto, as suas correntes doutrinárias, seguiria ele mesmo também como um paradigma para outros sistemas, um paradigma que, embora influenciado pelo sistema inglês, desenvolveria suas próprias singularidades, conforme lições de Pegoraro (2003, p. 68). Nesse sentido, as palavras do autor (2003, p. 65):

En consecuencia, se ha asistido y se asiste en la época contemporánea, a un significativo proceso de circulación del modelo del common law, en el que destacan algunas cuestiones. La primera que debe señalarse concierne a las relaciones y distancias que se han consumado a lo largo de los acontecimientos de la historia entre common law, desde una perspectiva preeminentemente cultural. Aunque en un primer período, la formación romanista de los common lawyers aseguraba um flujo

cultural de conexión entre los dos sistemas, en la época de Sir Edwad Coke (alrededor de 1600) se interrumpió de manera brusca. En efecto, la formación extrauniversitaria del jurista, fundada em la preeminência de la contribución científica y didáctica de los Inns of Court, urge y anima la práctica de seguir los precedentes judiciales. Con esta decisión, se afirma la primacía de los tribunales sobre las universidades; el triunfo de la lengua de los prácticos sobre el de los eruditos. El conflicto entre Estado e Iglesia y al veneración por la rule of law sellaron la definitiva desaparición del Derecho romano y canónico del equipaje cultural del common law. A su vez, la llegada al escenario europeo-continental de la condificación napoleónica y de las instancias del positivismo legislativo, hicieron más evidente la separación entre la tradición jurídica continental y la del common law.”

Nesse contexto, possível perceber o desenvolvimento de um diálogo entre os sistemas de common law e civil law, que, embora diante de divergências, proporciona a construção da ideia jurídica do mundo ocidental. O direito anglo-americano, conforme afirmaria Pegoraro, diferentemente do sistema do civil law, seria caracterizado por ser um ordenamento autônomo, e autônomo no sentido de que não se confundiria nem com a moral, nem com a religião. A compreensão de que os sistemas common law e civil law se aglutinam em diversas fases da história das famílias do direito se torna imperiosa para o entendimento das interconexões dos ordenamentos jurídicos como um todo (PEGORARO, 2003, p. 66), suas aproximações e distanciamentos, possibilitam, inclusive, a compreensão das integrações políticas, econômicas e jurídicas, e bem ainda, proporcionando compreensão acerca da própria organização sistêmica de um ordenamento jurídico, sua disposição escalonada, a razão de ser de determinadas normas fundamentais com pressupostos de Direito, bem como a mecânica de proteção a elas destinadas.

Na família do common law, possível encontrar dois exemplos básicos, a partir dos quais serão construídos diversos ordenamentos jurídicos, quais sejam, o exemplo inglês e o norte-americano, que, se a princípio se desenvolveram em semelhança, posteriormente suas diferenças se desenvolveriam de forma acentuada, e, sobretudo, acarretariam diferentes consequências jurídicas para diversos países. O sistema inglês estaria marcado pela ausência de uma Constituição escrita, pela soberania do Parlamento, pela existência de um ordenamento unitário, ao passo que a experiência norte-americana traria, por sua vez, uma Constituição escrita, um Judiciário forte, uma federação organizada, um relevante e forte sistema de controle de constitucionalidade das leis, conforme afirmaria Pegoraro (2003, p. 66).

Ante as semelhanças e discrepâncias, e mesmo em pertencendo a mesma família jurídica, a do common law, as regras do stare decises, do ‘está decidido’, seriam aplicadas de maneira bastante distinta. Se por um lado o positivismo inglês obrigaria a interpretar os institutos jurídicos de forma literal, por outro lado a experiência norte-americana revelaria a atividade interpretativa como inescapavelmente criativa. (PEGORARO, 2003, p. 67). Interessante, também, seria o fato de que o jurista norte-americano se valeria do pensamento jurídico e sistemático alemão, e seu modo sistemático de interpretar a norma, a partir dos critérios da lógica e da razoabilidade, conforme lições de Pegoraro.

Analisar os sistemas de controle de constitucionalidade implica adentrar aos principais mecanismos de tutela da suprallegalidade da Constituição, e os dispositivos de distribuição de competência para tanto. Nesse ínterim, possível, a priori, antecipar dois sistemas de controle a partir dos quais se desenvolvem os demais sistemas de controle de constitucionalidade, e que implicam ou em atribuir a tutela da suprallegalidade constitucional a um órgão de natureza política ou a um órgão de natureza jurisdicional.

Um grande detalhe para o qual se deve atentar reside no fato de que essas são considerações apriorísticas, haja vista o fato de que, a partir delas, são desenvolvidos os principais estudos acerca do controle de constitucionalidade, sem que, contudo, possa um sistema ser tão somente enquadrado em um ou em outro tipo, especialmente considerando a diversidade de mecanismos que serão plasmados nos ordenamentos jurídicos. Não há modelos tão somente puros, e, mais que isso, ainda se contesta a natureza de alguns órgãos políticos que exercem o controle da constitucionalidade das leis, a exemplo das divergências doutrinárias acerca da natureza política ou não do Conseil Constitutionnel Francês, o órgão encarregado do exercício preventivo de constitucionalidade das leis na França.

Além das dúvidas quanto à própria natureza política ou jurisdicional dos órgãos encarregados da realização do controle de constitucionalidade, ainda há que se falar naquilo que a doutrina há muito já vislumbrava acerca da politização da atividade judicial, sempre tomando em conta o exemplo norte-americano, caracterizado pela existência de uma maior liberdade decisória por parte dos chamados juízes julgadores, e que colocarão e cheque essa liberdade julgadora enquanto uma função julgadora, para, observar, nela, uma verdadeira atividade criativa de normas.

Fato é que, como será adiante mencionado, o típico controle de constitucionalidade norte-americano e sua clássica tradição do common law, tem suas premissas assentadas no stare decises, isto é, no está decidido, e, bem ainda, no sistema de vinculação dos precedentes, de modo a possibilitar a uniformidade jurisprudencial, já que o controle de constitucionalidade norte-americano se encontra classificado como um sistema de controle integrado, para bem utilizar as palavras do Professor Matthias Jestaedt, isto é, onde todos os órgãos jurisdicionais se encontram legitimados para a realização do controle de constitucionalidade, de modo que de grande importância se reveste o esquema de precedentes vinculantes e o stare decises para garantir segurança jurídica e estabilidade ao ordenamento jurídico.

Conforme mencionado anteriormente, a construção do controle de constitucionalidade está intimamente vinculada ao próprio movimento constitucionalista, que alça a Constituição ao topo do ordenamento jurídico, de modo que se visualiza uma chamada hierarquização do Direito. Essa hierarquização do Direito não se dá prontamente a partir da disposição de uma Constituição no topo do ordenamento jurídico. Essa construção de hierarquia do Direito tem seu início, sobretudo, no direito inglês, onde, curiosamente, não havia Constituição escrita.

Afirma-se, então, o nascimento da jurisdição constitucional na experiência do moderno constitucionalismo norte-americano, precedido da experiência política e institucional inglesa determinante para a construção do pensamento constitucionalista das 13 colônias norte americanas, que, em 1787, promulgaram sua Constituição, gravada com a cláusula de supremacia sobre todas as demais disposições normativas, cláusula essa que seria o fundamento mediante o qual o Chief de Justice John Marshall negaria a aplicação de uma lei estadual norte-americana por conter disposições contrárias a Constituição Federal de 1787, no famoso caso Marbury versus Madison.

O sistema de controle de constitucionalidade francês reflete a desconfiança histórica com o papel dos juízes, e, por isso mesmo, enquadrava a atividade judicial como uma atividade meramente declaratória da disposição legal. A máxima da doutrina francesa repousa na ideia da representatividade exercida pelo Parlamento, e que, por isso, nada poderia estar acima do Parlamento, não poderia ele ser submetido ao Judiciário. Na França, igualmente, haverá a diferenciação hierárquica do Parlamento, como, aliás, para isso já houvera atentado Mauro Viveiros ao analisar que se começou a registrar, na França

do século XVII, as disposições normativas que deveriam ser observadas e que, por isso, revelando a necessidade de que as disposições normativas subsequentes a elas observassem.

Embora seja possível observar a hierarquização do Direito no contexto histórico inglês, e, também, no francês, cujas ideias iriam exercer grande influência na América do Norte, a construção do modelo de fiscalização da constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário ocorre, conforme acima afirmado, na experiência constitucional norte-americana, e retira sua razão de ser da própria cláusula de supremacia constitucional norte-americana, a cláusula que dota a Constituição norte-americana de 1787 da suprallegalidade constitucional, razão pela qual possível afirmar a suprallegalidade como o fundamento do controle de constitucionalidade naquele ordenamento jurídico.

3.2.1 Sistema Norte-Americano

O controle de constitucionalidade norte-americano não encontra previsão expressa na Constituição de 1787, trata-se de uma construção jurisprudencial, razão pela qual autores como Mauro Viveiros (2015) afirmarem existir uma relação entre o próprio *stare decises* e o estabelecimento do controle de Constitucionalidade. Ademais, conforme se demonstrou nas razões históricas anteriormente apontadas, o surgimento do controle norte-americano, apesar ser apontado como marco histórico o *case Marbury versus Madison*, a formulação das ideias norte-americanas já estava sendo gerada antes mesmo da própria promulgação da Constituição de 1787, na Convenção da Filadélfia. Assentava-se na doutrina inglesa. A respeito do *stare decises*, leciona Vladimir Bazante Pita (2015, p.20-21):

“La formulación de la regla del *stare decisis*, tiene su origen en Inglaterra, de la mano del jurista Blackstone en 1765, quien señalaría que «es regla establecida la de someterse a los precedentes cuando puntos ya juzgados vuelvan de nuevo ante los jueces».21 En EUA, el pilar de esta doctrina ha sido el teórico Kent, para quien un precedente es «una decisión maduramente reflexionada sobre un punto de derecho que ha dado origen a un litigio. (...) Si bien estos países parten de una misma tradición jurídica, hay que resaltar las rupturas o diferencias existentes. Entre las diferencias que se pueden mencionar a grandes rasgos entre el sistema inglés y el norteamericano, vale señalar que los Estados Unidos «aportaron mayores modificaciones» a la cultura del *common law* ya que los fundadores estaban muy impregnados «por los ideales franceses producto de la Revolución». Vale recordar que el derecho inglés fue casi impermeable al derecho de tradición romano

germánico, por lo que en Estados Unidos se habría producido una especie de fusión. Entre las características distintivas estadounidenses estarán por supuesto, la existencia de una Constitución escrita, la que tendrá especial relevancia en el papel que juega la Corte Suprema de ese país, que «adoptó rápidamente decisiones muy audaces o muy conservadoras», contrariamente al fuerte respeto a la tradición existente en Inglaterra”

A fiscalização constitucional realizada pelo judiciário norte-americano está intimamente ligada a necessidade de se conter a vontade da maioria expressa no próprio Poder Legislativo, mas, além desse objetivo, visa como finalidade maior garantir a supremacia da Constituição, diferentemente do que ocorreria, por exemplo, no sistema político de controle francês, cujo objetivo maior não seria o resguardo da Constituição Francesa, mas, sobretudo, assegurar a separação dos Poderes.

A cláusula de supremacia gravada no artigo VI da Constituição de 1787 tem sua especial razão de ser na formação da federação norte-americana. O surgimento do controle de constitucionalidade se encontra, assim, intimamente ligado ao federalismo norte-americano, isso porquê a federação traria por consequências a autonomia dos entes federativos, o que, de per si, implicaria autonomia para a produção de leis. O controle de constitucionalidade, então, emergia como uma solução contra a fragmentação da federação que ali se formara, e mantinha, assim, a unidade, cristalizada na cláusula de supremacia da Constituição de 1787, em especial atenção ao fato de que, dada a formação centrípeta da federação norte-americana, extensa seria a competência legislativa dos entes federados, de modo que somente uma Constituição suficientemente forte garantiria a unidade e coerência ao ordenamento jurídico norte-americano. O cenário político norte-americano era bastante conturbado. O estabelecimento da Constituição representaria uma solução contra a fragmentariedade. Nesse sentido, importante as palavras de Mauro Viveiros (2015) quanto à formação da federação norte-americana:

“No se debe olvidar que el proceso de formación del estado federal norteamericano se da de manera centrípeta, es decir, se mueve desde las colonias, que se tornaron independientes, hasta el centro, las cuales constituyeron el poder central, lo que explica, por supuesto, que hasta los días de hoy los estados federados americanos conservan una amplia gama de competencias, a punto de hablarse de una soberanía compartida entre los dos niveles, aunque, técnicamente, lo que debe asignarse a ellos es autonomía, si bien que en un mayor grado de los que se conocen en los demás estados federales. En el caso de la federación brasileña el proceso

de formación ha sido inverso u de manera centrífuga, pues nació del poder central para los estados-miembros, tras un período de descentralización administrativa”.

Na experiência norte-americana se forma, assim, um mecanismo de superposição de soberanias (VIVEIROS, 2015, p.17), a fim de conciliar a necessidade de fortalecer o poder central, diante das requisições de soberania dos Estados, e, para tanto, estabelecendo, na Constituição de 1787, uma série de competências legislativas e executórias da União.

A Constituição norte-americana de 1787, assim, coaduna uma série de disposições acerca da competência da União e dos Estados, cujo propósito consiste em finalmente atribuir limites ao exercício das competências, conciliando as competências expressas da União com as competências residuais dos Estados. Há, portanto, a conciliação do poder central com as aspirações de autonomia das unidades federativas, mas, sobretudo, a criação daquilo que Mauro viveiros (2017) chamaria de superposição de soberania, isto é, a superposição da soberania da União frente às demais entidades federativas, sem, contudo, anular a autonomia dos Estados, com a determinação também importante de representação dos Estados no Poder Legislativo. (VIVEIROS, 2015, pg. 17), evidenciando uma “fórmula” pela qual seria garantido o Poder Central, mediante a superposição de soberanias, a representação paritária dos Estados no Senado e a organização dos Poderes do Estado Federal.

Diante disso, observa-se a organização do federalismo norte-americano baseado na repartição de competências, e considerando, ademais, a legitimidade democrática. Quanto a essa última, autores como Roberto Gargarella (2012) discordariam da existência de legitimidade democrática no cenário institucional norte-americano, em razão do elitismo que permearia a formação das estruturas de Poder, considerando o empoderamento das classes dirigentes com reflexos para os Poderes Políticos, fator que seria determinante para a tomada de decisões com base na suposta vontade da maioria.

A Constituição norte-americana de 1787 adquiriu confiabilidade, tendo sido ratificada pelos Estados após a Convenção da Filadélfia. Contudo, não fora a única Constituição que as treze ex-colônias britânicas tentaram promulgar. Foi ela precedida por um outro documento constitucional, que, contudo, não obteve sucesso, qual seja, o The Articles Of Confederation. A Constituição de 1787, contudo, não fora uma unanimidade, já que

houve resistência por parte de alguns Estados em ratificá-la, resistência essa somente superada após a aprovação, pelo Congresso norte-americano, em 1789, do Bill Of Rights, uma carta que reunia os direitos fundamentais, e que, por isso, iria proporcionar mais segurança jurídica aos Estados para ratificarem a Constituição de 1787. The Articles Of Confederation, a Constituição de 1787, Bill of Rights seria, portanto, o arcabouço legislativo que completaria o ciclo, nessa época, de proteção dos direitos individuais dos cidadãos, representando, assim, a base do liberalismo norte-americano. Esse era o corpo de normas destinadas a proteção dos direitos dos cidadãos, e que, por isso, Mauro Viveiros afirmaria que, a partir daí, estaria mais direcionada a questão da legitimidade democrática para os norte-americanos.

Embora a teoria constitucionalista norte-americana tenha se fundado na doutrina inglesa, conforme afirmado linhas atrás, amparada, sobretudo, pelas ideias de Locke e de Edmund Burke – este último considerado por Ackerman (2006) um dos maiores filósofos da história – grande seria o contraste existente entre o constitucionalismo inglês e o norte-americano (CALMON, 1999), diferenças residentes na própria formação estatal, ou seja, se por um lado na Inglaterra o Estado seria Unitário, por outro na América seria formada a federação. Se na Inglaterra o chefe de Estado transpareceria na figura do Rei, na América o Chefe de Estado e de Governo se traduziriam, simultaneamente, na pessoa do Presidente da República. Se, na Inglaterra, a Constituição seria um produto do tempo, resguardada pelos juízes, povo e Parlamento, por outro, na América, a Constituição seria rígida, escrita, resguardada pelo judiciário (CALMON, 1999), muito embora o direito comum de ambos em muito coincidissem. A respeito da Constituição norte-americana de 1787, afirmaria John Marshall, citado por Matteucci (2012, p.78):

“Una Costituzione è destinata a durare per diverse generazioni e conseguentemente deve essere adattata alle crisi delle umane vicende; una Costituzione è progettata per i secoli avvenire, e è destinata ad avvicinarsi all’immortalità, per quanto lo possono le istituzioni”.

A nova ordem jurídico-política, assim, forma-se a partir da ideia de uma Constituição escrita e dotada de valor supremo no ordenamento jurídico, naquilo que a doutrina do professor Ivo Dantas (2010) chamaria de suprallegalidade constitucional. Daí a afirmação doutrinária de que, na América, seria formado o chamado Estado Constitucional.

A formação do Estado Constitucional norte-americano toma por fundamento o direito natural, que representaria um direito anterior e superior ao direito positivo. Os americanos

irão construir a sua independência frente à Inglaterra com base nesse direito natural, afirmará Garcia de Enterría.

Interessante analisar que essa construção norte-americana, a princípio respaldada no direito natural, posteriormente se transmutará num positivismo jurídico que resplandecerá no Judiciário norte-americano dos primeiros anos do século vinte, numa época em que o constitucionalismo se desenvolveria no “Mundo em crise” (MATTEUCCI, 2010), marcado pelo Pós-Guerra, quando, então, o Judiciário Norte-Americano representará verdadeira barreira à própria legislação social e dirigente que governos como o de Truman tentariam implantar.

Autores como Edouard Lamber lançariam crítica ao judiciário norte-americano. Um dos livros que representa uma análise dessa época, inclusive de autoria do francês Edouard Lamber, intitulado *O Governo dos Juízes e a Luta contra a Legislação Social nos EUA* (MATTEUCCI, 2010), demonstraria a inicial dificuldade de evolução daquelas primeiras ideias matrizes do constitucionalismo liberal norte-americano frente aos desafios lançados pelo Pós-Guerra, período que exigiria maiores intervenções estatais, intervenções essas que encontrariam, a princípio, resistência da Suprema Corte americana, que posteriormente passaria por uma reforma de entendimento, influenciadas, sobretudo, pelas ideias plantadas em 1905 pelo Juiz da Suprema Corte, Holmes, e, posteriormente, levadas a cabo pelos Juízes Corvin e Frankfurter (MATTEUCCI, 2010).

Casos como *Locchner versus New Yourk*, de 1905, revelam o entendimento da Suprema Corte no sentido de não intervir na liberdade dos cidadãos, quando, então, manifesta-se pela inconstitucionalidade de uma Lei do Estado de New York que limitava a jornada de trabalho dos cidadãos, sob o argumento de liberdade. Esse argumento de liberdade, entretanto, poderia revelar-se um contrassenso ao não garantir a proteção ao trabalhador. O extremismo do liberalismo levava, portanto, a defesa suprema, pela Corte, dos valores de liberdade consagrados na Constituição de 1787, e respaldados especialmente pelas emendas de número V e XIV. Nesse sentido, as palavras de Matteucci (2010, p. 80-81):

“Insomma, la Corte sembrava difendere il diritto dei lavoratori a lavorare quante ore volevano; ma la difesa di questa libertà risultava del tutto astratta, nella misura in cui prescindeva alla reale situazione dei due contraenti – il datore di lavoro e i lavoratori –, e li presupponeva, invece, in una situazione di parità, per cui i loro

patti erano sacri e inviolabili. Ogni tentativo di legislazione sociale, che volesse garantire il più debole – e, com’è questo, una reale eguaglianza fra i contraenti – o l’interesse generale – e nel nostro caso un pane buono – era definito anticostituzionale. Questo orientamento continuò sino a tutto il 1935; e, ancora in quest’anno la Corte ribadì con fermezza che non v’era potere, statale o federale, che potesse emanare una legge sui minimi salariali anche quando si trattasse di donne e bambini. Tuttavia, non si deve credere che i giudici della Corte bloccassero la legislazione sociale, quella legislazione che diventava sempre più intesa e insieme indilazionabile, per una meschina posizione conservatrice, o, peggio, per sinistri e nascosti interessi. La verità è che, con il processo dell’industrializzazione e con le conseguenti profonde trasformazioni sociali, era entrata in crisi la vecchia cultura giuridica di un’età, preindustriale, nella quale tuttavia i giudici con genuina fede ancora credevano, quasi essa esprimesse la necessaria conclusione nella libertà di un millenario processo storico”.

O Constitucionalismo norte-americano, assim, inicia com o jusnaturalismo, passando por fases de positivismo, positivismo *esse que*, evidenciado no liberalismo, encontrará dificuldades no novo contexto político e econômico-industrial por que passará a sociedade norte-americana, para, posteriormente, encontrar momentos de superação daquela dinâmica judiciária.

Um dos defensores do jusnaturalismo, e, não somente do jusnaturalismo, mas, também da tradição do common law, seria James Otis, que se pronuncia a respeito dos Writ of Assistance do Judiciário. Esses writs of assistance funcionavam como verdadeira ordem de busca e apreensão domiciliar, que, posteriormente seriam dadas tão somente com base numa determinação geral, o que iria levar James Otis (1761) a combatê-las, ao considerá-las contrárias aos princípios fundamentais, e que a lei que a autorizava seria uma lei a não ser aplicada pelos Tribunais. Daí alguns autores já vislumbrarem em James Otis (MATTEUCCI, 2010) o princípio da independência das treze colônias, considerando, ainda, a sua recusa em aceitar a imposição Parlamento inglês para as colônias de submissão a todas as leis emanadas do Palácio de Westminster. O Stamp Act é um exemplo de uma lei inglesa que previa a obrigatoriedade de que todos os documentos registrados nas colônias somente teriam validade se fossem gravados com o selo inglês. O Stamp act consistia na famosa lei do selo, que seria combatida com fins a proteger a autonomia das treze colônias (MATTEUCCI, 2010).

A respeito da tradição jusnaturalista norte-americana, leciona Mauro Viveiros (2015, p. 20):

“Esta concepción que distinguía ley natural y ley positiva caló profundamente en los teóricos ingleses de la “Gloriosa Revolución”. John Locke afirmaba la absoluta superioridad del Parlamento, pero admitía que el Parlamento estaba limitado por la ley natural y fue precisamente en la apreciación de éste límite que se basara la famosa sentencia del juez Coke de 1610 en Inglaterra. Los colonos encuentran en Coke y en Locke sus mentores jurídicos directos. Ambos son herederos de la gran tradición iusnaturalista europea, en la que expresamente apoyan su concepción de un parámetro normativo superior a las leyes positivas: el Derecho natural, que es a la vez la expresión de una *lex eterna* y *lex legum*, ley para todas las leyes”. Pág. 20.

Nesse âmbito, possível, portanto, afirmar que o reconhecimento primeiro dos direitos naturais como pressupostos do exercício de qualquer outro direito implicaria numa base para agregar um valor especial a determinada categoria de direito, imprimindo uma hierarquização do Direito, e que seria a base primeira para permitir o nascimento de uma Constituição como uma norma superior às outras, para, em seguida, ser concebido um modo de salvaguardá-la, mediante a jurisdição constitucional. O precedente inglês que iria revelar já essa hierarquia jurídica e que influenciaria consideravelmente o pensamento político norte-americano seria o *Bonham's case*.

A Constituição americana de 1787 surge, a princípio, como um instrumento de contenção de poder, com o objetivo de fundar os Estados Unidos da América. A declaração de direito ocorrera dois anos depois, isto é, já em 1789, com a aprovação das primeiras dez emendas da Constituição, e que incorporam um rol de direitos civis, *Bill Of Rights*, que entrará em vigor em 1791. A partir da consagração da Constituição, dada a sua suprallegalidade, o controle de constitucionalidade aparecerá como uma atividade integrada, a ser realizada por todos os órgãos judiciais (JESTAEDT, 2017).

Hamilton afirmará a supremacia da Constituição tendo por base o precedente de Edward Coke no *Bonhams case*, quando, então, Coke afirmará a submissão do Parlamento Inglês ao common law, considerando o common law como o próprio fundamental law do sistema britânico (VIVEIROS, 2015, pg. 26). O Estado Britânico se encontrava composto, sobretudo, por Tribunais, sendo, inclusive, o Parlamento, um dos Tribunais, e, nessa qualidade, deveria estar sujeito ao common law (PELAYO, 1984, p. 262). Daí porque autores como Viveiros afirmarem que a soberania do Parlamento inglês

se explica, sobretudo, em razão de possuir ele duas naturezas, sendo um Parlamento e, ao mesmo tempo, um Tribunal Supremo (VIVEIROS, 2015, p. 28). Esse hibridismo perduraria até os anos de 1640, quando ele ocuparia a posição de The Highest Court, o que faria dele supremo não por sua atividade legislativa, mas, sim, em razão de sua atividade judicial (POPE apud Viveiros, p. 28). Nesse sentido, importantes as palavras do autor:

“De ser esta la causa última, el factor determinante que responde la diversidad de concepción de poder legislativo entre ingleses y norteamericanos, la conclusión inevitable que se podría entresacar es que el control de la legitimidad de las leyes sigue estando, en los dos ordenamientos, en el poder judicial, a diferencia de que, en Estados Unidos, el poder judicial ha sido distinguido y independizado del poder legislativo. La primacía del poder judicial, en esa medida, se explicaría antes por su posicionamiento estructural y de independencia de sus miembros frente a los demás poderes, pues en él reside todo el poder jurisdiccional, incluso, evidentemente, la implícita competencia de judicial review. Ya el poder incontrastable del parlamento ingles, que todo puede –hacer, confirmar, ampliar, restringir, abrogar, revocar, restablecer, interpretar cualquier ley...- no tendría cabida en el sistema norteamericano donde se produjo desde el texto de la Constitución una clara separación entre la función jurisdiccional y la estrictamente legislativa”.

Logo, na Inglaterra, um mesmo órgão – Parlamento – exercia a função legislativa e a Judicial. Por isso, o legislativo não teria limites. Com isso, contudo, não concorda o pensamento jusnaturalista de Locke, nem o pensamento positivo de Coke, expresso na afirmação da submissão do Parlamento ao common law. Entretanto, em 1873, essa competência judicial da Câmara dos Lords seria transferida para um tribunal que seria posto para tanto, qual seja, o Supreme Court of Judicature, que posteriormente seria modificado por uma lei de 1875, que traria de volta para a Câmara dos Lordes aquela competência (Miguel Duro Maduro (2005) apud Viveiros).

“En suma, el constitucionalismo norteamericano, con la institucionalización del federalismo, la separación de poderes, y la introducción del principio de la soberanía popular y de la supremacía de la Constitución con un Poder Judicial autónomo encargado de garantizar el cumplimiento de los derechos individuales han aportados los elementos finales que conforman la teoría del Estado contemporánea, lo que, por ende, vendría representar una arquitectura de Estado en la cual la judicial review encajaba como una pieza clave, el elemento definitivo en aquella visión limitadora de la política⁴⁰ por el derecho, como un modelo exportable para todo el mundo”. (VIVIEROS, pagina 29).

Nesse ínterim, portanto, possível afirmar que é o constitucionalismo norte-americano que constrói as bases de limitação judicial do poder político, a partir da qual será formada a teoria contemporânea do Estado, a partir da combinação do federalismo com o princípio da soberania popular, consagrando a autonomia do Poder Judiciário, e assegurando o judicial review.

A ideia de suprallegalidade constitucional nasce na América do Norte, e de lá influenciará diversos ordenamentos jurídicos. A fórmula do Constitucionalismo norte-americano construiu as bases da visão limitadora do poder político pelo direito, formando a teoria do Estado contemporânea. A respeito do papel da Constituição no ordenamento jurídico, Ferando Saiz Moreno (1982, p. 337) leciona, a partir da obra de García de Enterría – *La Constitución como Norma Jurídica y el Tribunal Constitucional* –, que:

“El ordenamiento es un todo y el deus ex machina de ese todo unitario es la Constitución, a través de la cual se expresa la concepción europea de unos derechos innatos o preestatales en el hombre que el Estado no sólo ha de respetar, sino también garantizar y hacer efectivos. Desde esta concepción resulta hoy inadmisibile la disolución del concepto de Constitución en la noción de Estado (tesis de que el Estado no «tiene» constitución, sino que «es» constitución). La Constitución es, por el contrario, un instrumento jurídico cuya finalidad esencial es hacer efectiva la idea—hoy «dogma universal», aunque no siempre realizado—de unos derechos fundamentales «que aseguren el libre desenvolvimiento de los ciudadanos como personas singulares y solidarias y que, a la vez, permitan la decisiva participación de los mismos en el funcionamiento y en el control del sistema político”.

E continua o referido autor (p. 339):

La recepción en Europa del principio de supremacía constitucional no se produce hasta el período posterior a la primera guerra mundial. Durante el siglo xix, en cambio, la prevalencia del «principio monárquico» (pp. 55 y 56) había configurado a las Constituciones del continente europeo como «simples códigos formales de articulación de los poderes del Estado», de modo que «el orden jurídico no tenía otro enlace con la Constitución que el de proceder de las fuentes del derecho que ésta definía». Pero en la posguerra de 1919 la situación ha cambiado y el sistema de justicia constitucional penetra en Europa (p. 56) por dos vías: a) por la vía de la Constitución de Weimar (que establece un Tribunal al que se confían los conflictos entre los poderes constitucionales), y b) por la vía de la Constitución austríaca de 1920, inspirada por Kelsen. En el sistema kelseniano de justicia constitucional que GARCÍA DE ENTERRÍA contrasta con el sistema norteamericano (jurisdicción «concentrada» en lugar de la «jurisdicción difusa» americana—si bien esta última paliada por el principio *stare decisis*—y sistema de «legislación negativa», esto es, de declaración *ex nunc*, no *ex tunc*, por tanto, efecto constitutivo y no declarativo de las sentencias) se quiso evitar, posiblemente, el peligro del gobierno por los jueces. El Tribunal Constitucional en el sistema kelseniano —

concluye GARCÍA DE ENTERRÍA—, «en lugar de competidor del Parlamento, termina siendo su complemento lógico; no puede indagar la relación de adecuación de la norma legislativa con el supuesto de hecho que intenta regular (no examina la eventual injusticia de la ley), sino que, como depositario de las categorías lógicas del ordenamiento, enjuiciará sólo la validez de la ley, por vía de simple lógica racional, desvinculada de la necesidad de decidir las controversias de pleitos reales, actuando, pues, como un legislador negativo». «El origen de la jurisdicción constitucional lo sitúa GARCÍA DE ENTERRÍA en la «invención norteamericana de la judicial review («clave de la bóveda de la formidable construcción histórica que han sido y siguen siendo los Estados Unidos», p. 128), la cual, aunque rechazada inicialmente en la Europa de la restauración, tanto por la derecha («principio monárquico») como por la izquierda («prevalencia del sustrato efectivo del poder»), fue recibida después de la Primera Guerra Mundial a través de la obra de KELSEN, con algunas modificaciones (jurisdicción concentrada, etc., véase p. 131), y quedó definitivamente enraizada en Europa tras la trágica experiencia, que condujo a la Segunda Guerra Mundial, de comprobar que el legislador puede llegar a ser la mayor amenaza para la libertad».

A história do constitucionalismo e do controle de constitucionalidade das leis se confunde com a própria busca pela contenção do Poder, e revela a jurisdição constitucional como um mecanismo que promove a observância do Direito pelos Poderes estatais, trazendo a necessidade de realização de um controle de constitucionalidade das leis como uma das soluções para contenção dos abusos de Poder. A existência de uma alta jurisdição com competência para anular leis contrárias ao Direito se revela como necessária para todo Estado que reconheça sua subordinação ao Direito (Duguit apud Viveiros), de modo que a existência da jurisdição constitucional viabiliza a efetiva subordinação do Estado ao Direito. Desse modo, a simples cláusula de supremacia da Constituição não seria suficiente para garanti-la, e para isso atentou a experiência norteamericana.

O constitucionalismo norte-americano, assim, possui como etapas a construção da judicial review não com base na previsão expressa da Constituição, mas, sim, a partir de uma construção jurisprudencial. O judicial review nos primeiros anos de criação da América terá como objeto os conflitos que envolvem a própria criação da Federação.

Conforme lições de Mauro Viveiros (2015), a partir das ideias de Acosta Sanchez, possível dispor sobre o ciclo constitucional norte-americano. Segundo lecionam os referidos autores, o primeiro período do ciclo constitucional norte-americano teria como marco a criação da Suprema Corte Norte-Americana em 1789, momento a partir do qual o judicial review será construído paulatinamente, com fundamento na cláusula de

supremacia da Constituição Norte Americana. Nesse período, explicam os autores, haverá uma orientação jurídica no sentido de preservação da manutenção da tradição do common law. O segundo período, por sua vez, conforme afirmam Sanchez e Viveiros, compreende os anos entre 1789 e 1861, quando, então, solidifica-se o federalismo norte-americano, antecedido de diversos conflitos federativos. O período que compreende 1865 até os anos trinta do século XX será caracterizado pela perfeita integração do sistema de controle integrado norte-americano, de modo tal que todas as leis federais se encontram submetidas ao crivo do Judiciário a partir da guarda da Constituição. Mudanças essas ocorridas, sobretudo, devido aos fatores econômicos e políticos que marcaram aquela época, particularmente transformada pela progressiva industrialização. O ciclo subsequente, que compreende os anos de 1854 a 1986, segundo os citados autores, representa a expansão do Poder Judicial, em razão, sobretudo, dos novos desafios de justiça social.

Nesse sentido, possível, então, afirmar a jurisdição constitucional norte-americana como uma construção que, embora iniciada antes do nascimento da Suprema Corte Norte-Americana, tem no seu nascedouro um importante marco, sucedido por momentos de manutenção de uma orientação decisional de preservação do common law (1789-1861), seguida de consolidação da sistematização do ordenamento jurídico a compreender todas as leis federais sob o crivo da Constituição de 1787 (1865-1930), seguida, finalmente, de uma expansão da atuação judiciária que, para além de preservação do common law, teria de lidar com novas situações, especialmente ligadas à Justiça Social.

Ao se tratar de judicial review, imediatamente constitucionalismo norte-americano surge como sua base. No entanto, a construção do judicial review se dá primeiramente na experiência inglesa, tendo como um de seus expoentes o famoso caso *Bonham's*, no século XVII, quando o Juiz Sir Edward Coke julgou, a partir desse caso, a necessidade do cumprimento do common law, não podendo ser superada a imposição dessa tradição. A decisão de Coke já poderia ser considerada como um antecedente mais remoto do controle de constitucionalidade, já que tinha por parâmetro de aferição o próprio common law, que, para Coke, seria visto como um fundamental law. Para os norte-americanos, a ideia de judicial review seria desenvolvida a partir da cláusula de supremacia norte-americana consagrada na Constituição Federal de 1787, título VI, Sessão 2. (VIVEIROS, 2015, p. 11).

A primeira emenda à Constituição norte-americana de 1787 aprovou a carta de direitos civis norte-americana, conhecida como a Bill Of Rights, revelando-a como uma verdadeira limitação expressa ao poder legislativo, já que toda a atividade legislativa teria de respeitar os direitos ali consagrados (Garcia de Enterria, apud Viveiros).

Muito embora o precedente americano de 1803, *Marbury versus Madion* seja apontado como um marco no controle de constitucionalidade norte-americano, com base na clause supremacy, a ideia de necessidade de observância de hierarquia constitucional já havia sido suscitada no ano de 1780, quando, então, uma lei estadual teria sido confrontada com a Constituição Estadual do Estado de Nova Jersey, no caso *Homes vs Walton*, no qual se argumentou a nulidade de lei estadual sempre que ela se mostrasse contrária à Constituição estatal (Pollak apud Viveiros, p. 33).

Possível, então, afirmar a grande diferença existente no constitucionalismo inglês e norte-americano, sobretudo devido a limitação que sofre o Poder Legislativo norte-americano, diversamente do Legislativo Inglês, dotado de soberania. Ademais, para além da submissão do Legislativo norte-americano à Constituição, temos, também, a diferença quanto à própria Constituição norte-americana quando comparada com a inglesa, isto é, uma Constituição escrita e rígida. A respeito da inexistência de Constituição na Inglaterra, leciona Dalari (2015, p. 183):

“A afirmação de inexistência de uma constituição na Inglaterra foi feita por Tocqueville, tomando por base o fato de que na base da existência dos Estados Unidos da América está a invenção da Constituição escrita, o que foi, pouco depois, adotado pela França, irradiando-se daí para outras partes do mundo. Foi o que ocorreu, por exemplo, na sequência dos movimentos de independência dos povos da América espanhola, que eclodiram a partir de 1811, valendo-se da liberação do controle espanhol, em consequência da invasão da Espanha por Napoleão Bonaparte. A Constituição escrita foi adotada como expressão da liberdade e da independência de um povo”.

O controle de constitucionalidade norte-americano se constrói a partir da suprallegalidade da Constituição de 1787, quando, então, com base nela, o judicial review será implantado como uma prática. No famoso caso *Marbury versus Madion*, a Suprema Corte norte-americana se auto afirmará como competente para analisar a constitucionalidade das leis, não se forma abstrata, mas suscitada como uma questão objetada em um caso concreto. Trata-se de decisão paradigmática, três grandes questões poderiam ser retiradas (VIVEIROS, 2015, p. 39): afirma-se o poder normativo da Constituição, plasmado na sua supremacia; em razão da supremacia da Constituição, não

somente a Suprema Corte deverá fazê-la ser observada, como, também, todos os juízes e tribunais, demonstrando a *ordinariedade* que caracteriza o controle de constitucionalidade norte-americano; embora toda a judicatura ordinária seja competente para analisar a constitucionalidade da leis, é a Suprema Corte norte-americana o guardião máximo da Constituição.

O constitucionalismo norte-americano irá desaguar num sistema de controle de constitucionalidade consideravelmente diverso daquele que será formado na Europa, embora sobre ele irá exercer grande influência. O modelo norte-americano enquadra-se naquela categoria que o professor alemão Matthias Jestaedt (2017), da Universidade de Freiburg, chamaria de modelo integrado, para diferenciá-lo do modelo autonomizado de controle de constitucionalidade que seria formado na Europa. Essa uma das características principais que irá diferenciar os dois sistemas de controle de controle de constitucionalidade, e, em sua essência, possível afirmar que o *judicial review* norte-americano explica o fato de o controle norte-americano se conformar de maneira integrada.

Nesse âmbito, possível afirmar que o controle integrado norte-americano, tomado a partir da concepção do *judicial review*, explica o fato de que todo e qualquer órgão judiciário é competente para inaplicar lei que considere inconstitucional (JESTAEDT, 2017), razão pela qual, em nome da segurança jurídica, o *stare decises* se torna um imperativo, proporcionando, assim, uma uniformização do entendimento jurisprudencial, gerando um sistema de precedentes que garante um equilibrado controle de constitucionalidade. Um aspecto primordial há de ser destacado, consistente no caráter de exceção do controle de constitucionalidade norte-americano, isto é, ele é realizado no contexto de uma lide, cuja resolução demanda a aplicação de uma lei sob a qual recai a dúvida acerca da sua constitucionalidade, motivo pelo qual a inconstitucionalidade é apontada como uma objeção pela parte interessada, inconstitucionalidade essa que impede o deslinde da questão. Nesse âmbito, o judiciário decide a lide, afastando a aplicabilidade da norma que julgue inconstitucional. A discursão da constitucionalidade da lei surge, então, uma questão prejudicial, que, uma vez dissolvida, permite o provimento do caso concreto. Nesse âmbito, importante afirmar o caráter declaratório da decisão de inconstitucionalidade da lei emitido pelo judiciário, que declara a nulidade daquela lei, em razão de sua inconstitucionalidade, motivo pelo qual os efeitos operados por essa decisão serão retroativos (VIVEIROS, 2015, p. 41).

Para evitar as contradições sistêmicas, a força vinculante dos precedentes atua como um corretivo do sistema (VIVEIROS, 2015, P. 41), razão pela qual, embora a declaração de inconstitucionalidade seja dada num caso concreto, a força vinculante dos precedentes acaba lhe acarretando um efeito erga omnes. Nesse sentido, declarara inconstitucional, a lei se torna uma lei morta, conforme lições de Cappeletti. Eis mais uma grande diferença que existirá entre o sistema norte-americano de controle de constitucionalidade e controle europeu, haja vista especialmente a eficácia constitutiva que marcará o controle realizado pelos tribunais europeus, e, sua eficácia não retroativa, diferentemente do sistema norte-americano. A respeito do sistema norte-americano, leciona Mauro Viveiros (2015, p. 45):

“En el sistema de common law, la ley no tiene la misma dignidad que tiene en lo sistema continental o del civil law. Los statutes en el Estados Unidos sirven mucho más cómo guía, orientación a los tribunales que conservan su amplio poder de interpretación en los casos concretos, y el derecho es considerado el resultado de esta interpretación, no la disposición abstracta de la ley, pues de acuerdo con la cultura jurídica pragmática americana, el derecho es el que el juez dice que es: *Judice mad law*”.

Em sede de precedentes norte-americanos, discussão há quanto ao grau de vinculação que geram, e, bem ainda, quanto à margem de liberdade acerca da sua interpretação com vistas a aplicabilidade, de modo que a doutrina se orienta por duas vertentes, quais sejam, a vertente maximalista e a minimalista. Pela vertente minimalista, o precedente deve ser construído de forma concreta, limitado pelas circunstâncias concretas, diferentemente da vertente maximalista, que abarca uma gama de assuntos, não limitados pela particularidade do caso que gerou o precedente (VIVEIROS, 2015, p. 48).

A compreensão do que venha a ser uma jurisprudência maximalista e uma minimalista se revela importante decidido ao fato de que as decisões maximalistas limitam muito as decisões dos outros tribunais, ao passo que as minimalistas permitem maiores ajustes decisórios, e, ainda mais, permitem a construção de outras decisões minimalistas.

Mauro Viveiros (2015, p. 53) tentar explicar a partir de um exemplo clássico as regras de precedente e stantard, tomando como base o debate travado entre Holmes e Cardozo, a respeito do common law, debate que tinha por objeto a responsabilidade civil

de companhias ferroviárias quando em caso de acidente. Holmes se orientava segundo o seguinte entendimento:

“El conductor debe parar el auto y ver”. Cardozo, en cambio, planteaba un estándar: “el conductor debe actuar con razonable precaución. Parece bastante claro que la elección por una decisión en forma de reglas, aproximándose al estilo maximalista, restringe el campo de discreción del juez o tribunal posterior constituyendo una técnica eficaz frente a casos en relación a los cuales el Tribunal Supremo desea garantizar mayor seguridad y certeza jurídicas al futuro. Ya la opción por una decisión en forma de estándar, al estilo minimalista, en cambio, dejando que los tribunales posteriores ajusten y definan gradualmente el contenido de la doctrina constitucional, casuísticamente, no se compromete con establecer una línea divisoria clara entre conductas permitidas y prohibidas, sino apenas con establecer un criterio sustantivo o un principio que va servir de base a una serie de otras decisiones judiciales, dando lugar a que su aplicación genere diversas reglas minimalistas en función de las particularidades de cada controversia” .

Dado o sistema de precedentes norte-americano, como compreender a existência de maior liberdade no controle de constitucionalidade norte-americano que entende Matthias Jestaedt?

Nesse âmbito, então, possível observar que a harmonia dos precedentes e o stare decises proporciona a segurança jurídica do sistema difuso de controle de constitucionalidade norte-americano.

3.2.2 Sistema Europeu

O controle de constitucionalidade europeu se construiu como uma tradição do parlamentarismo europeu, já afirmaria Raul Machado Horta (2012). Se por um lado o constitucionalismo norte-americano seria desencadeado juntamente com o sistema presidencialista, o controle de constitucionalidade europeu, nos moldes daqueles realizados pelos tribunais, seria uma ‘invenção do parlamentarismo’.

Possível afirmar que o primeiro país europeu a estabelecer um controle de constitucionalidade, nos termos mais próximos do que hoje se entende por controle de constitucionalidade, foi a Suíça, o primeiro país a estabelecer uma Constituição na qual estaria previsto o controle de constitucionalidade das leis (VIVEIROS, 2015, p. 68). Segundo Viveiros, com a Constituição de 1874, seria a Suíça o primeiro país a construir

um controle de constitucionalidade mais próximo do que seria desenvolvido no século XX, com as Constituições da Áustria e da Alemanha, por exemplo.

A Constituição Suíça de 1874 contém alguns institutos que representam o controle de constitucionalidade. Pelo sistema de controle de constitucionalidade ali desenvolvido, as leis federais não seriam objeto de controle, mas somente as leis dos cantões. O controle, contudo, já traz as características de um controle concentrado, autonomizado, com efeitos gerais, havendo garantias políticas e jurídicas, exemplos dessas últimas o recurso e a reclamação de direito público, estando o controle concentrado realizado pelo Tribunal Federal, e o controle difuso a cargo de todos os tribunais de justiça, inclusive o Tribunal Federal, compreendendo tanto um controle preventivo quanto um controle repressivo (VIVEIROS, 2015). Embora as leis federais não sejam objeto de controle constitucionalidade, elas servem de parâmetro para a aferição da constitucionalidade das leis cantonais (VIVEIROS, 2015, p.68). Na Constituição Alemã de 1871, também fora desenvolvido um controle de constitucionalidade semelhante, dispondo a Constituição acerca da supremacia das leis do Reich sobre as leis dos Länder.

O controle de constitucionalidade desenvolvido pela Constituição de Weimar de 1919, marco da jurisdição constitucional do século XX, a princípio, não cuida do controle de constitucionalidade das leis, senão volta-se para a resolução de conflito entre os entes federados, isto é, entre os Länder – Estados federados alemães –, bem como os conflitos entre os órgãos federais, de modo que o objeto do controle não seria propriamente a lei federal, mas os direitos dos Länder (VIVEIROS, 2015, p. 69). Contudo, como afirmaria Viveiros (2015), por força de uma previsão da Constituição de 1919, isto é, a disposição que determinava a superioridade das leis do Reich sobre as leis dos Länder, os juízes da judicatura ordinária passariam a efetivar o controle de constitucionalidade tanto das leis dos Länder quando das leis do Reich.

A compreensão do controle de Constitucionalidade alemão, revela-se, a princípio, complexa, tendo em vista o fato de que, em sede de controle de constitucionalidade de leis dos Länder, essas não seriam confrontadas diretamente com a Constituição de 1919. Entre esse confronto, primeiramente seria analisada a constitucionalidade das leis do Reich, posto que interpostas entre elas, de tal modo que, ainda que alegada a inconstitucionalidade da lei de um Länder, a análise dessa inconstitucionalidade pressupunha, primeiramente, a análise da constitucionalidade da lei do Reich interposta,

especialmente em virtude da declarada supremacia das leis do Reich sobre as leis dos Länder, contida na Constituição weimariana. Nesse sentido, esclarece Viveiros (2015, p. 69):

“El objeto de control de constitucionalidad, tal como hemos señalado, era un precepto de los Länder que, a su vez, estaba sometido al derecho del Reich frente al cual, en el caso de dudas intervendría una autoridad central competente del Reich o el tribunal supremo. Esta fórmula de solucionar los conflictos implicaba la verificación de la constitucionalidad del derecho del Reich antes de declarar la incompatibilidad del derecho del Land, según el entendimiento prevaleciente, de esa forma, la actividad controladora debía de desarrollarse respecto del derecho del Reich en su conjunto, con su Constitución a la cabeza y si de ese examen resultaba que el precepto del Land no contradecía lo dispuesto en la Constitución del Reich, no habría más remedio que declarar la compatibilidad del precepto del Land con el derecho del Reich, por más evidente que fuera su contradicción con un precepto infra constitucional del Reich”.

Muito embora tenha se desenvolvido o sistema de controle de constitucionalidade das leis na Alemanha daqueles anos, não havia previsão expressa na Constituição de 1919 acerca da realização de um controle material das leis (VIVEIROS, 2015, p. 69).

A complexidade do controle de constitucionalidade alemão residia na existência de um complicado sistema de justiça constitucional, como diria Viveiros, isso devido a existência de um Tribunal Constitucional cuja competência se limitaria a resolver os conflitos entre os Estados Federados, entre os órgãos federais, ou entre estes aqueles, ao passo que também haveria um Tribunal Supremo com competência para exercer a fiscalização da constitucionalidade das leis dos Länder. Esse último Tribunal Supremo seria, posteriormente, desconstituído pelo nazismo, sobretudo por influência de sentença do Tribunal Constitucional, no ano de 1932, quando, então, ocorre a ascensão do nazismo ao Poder, e o golpe de Estado perpetrado contra a Prússia (VIVEIROS, 2015, p.70).

A grande contribuição para a consagração do controle de constitucionalidade do tipo concentrado e que marcaria os Tribunais europeus emerge como um legado da Constituição austríaca de 1920, e um de seus juristas mais importantes, Hans Kelsen. Datada de 1 de outubro de 1920, a Constituição Austríaca consagraria o controle de constitucionalidade de forma sistemática, submetendo à fiscalização de constitucionalidade tanto as leis como os atos normativos com força de lei (VIVEIROS, p. 70). Entretanto, o controle austríaco seria precedido pelo controle de constitucionalidade construído na Tchecoslováquia instituído em fevereiro daquele

mesmo ano; o controle de constitucionalidade desenvolvido na Tchecoslováquia traria a novidade do Tribunal ad hoc, isto é, um tribunal especialmente criado para a finalidade de realização do controle de constitucionalidade das leis – de até no máximo três anos de existência –, com exclusividade, caracterizado por ser abstrato e repressivo, cujo objeto seriam as leis dos Estados e dos territórios autônomos, operando efeitos não retroativos (VIVEIROS, 2015, pg. 70). Legitimados para conhecer do controle seriam: Tribunal Supremo; Tribunal Supremo Administrativo; Tribunal eleitoral, os quais, além de conhecerem da inconstitucionalidade, poderiam suscitá-la, assim como poderia a inconstitucionalidade ser suscitada por três assembleias legislativa (Senado, Câmara, Assembleia da Rússia sub carpática), ao passo que os governos centrais não teriam legitimidade para suscitar a inconstitucionalidade – com exceção do governo da Rússia subcarpática (VIVEIROS, 2015, p. 70).

O controle de constitucionalidade austríaco tem como mentor o jurista Hans Kelsen, e é construído a partir do pressuposto do escalonamento vertical do ordenamento jurídico, sob o comando de uma norma fundamental, a Constituição, norma que é responsável pela constituição dos Poderes Estatais, reguladora da produção das normas, e, bem ainda, das relações entre o Estado e seus cidadãos. A manutenção dessa Constituição como norma superior às demais requer a existência de um órgão com competência especial para guarda-la, é o que lecionará Kelsen, e para tanto ele sugere a criação do Tribunal Constitucional. O Tribunal Constitucional é um tribunal ad hoc, semelhante àquela criação trazida pela Constituição da Tchecoslováquia. Se trataria de um tribunal que, para o exercício de seu mister, teria de ser, segundo Hans Kelsen, garantida sua independência, e, bem ainda, deveria ser assegurada a força das suas decisões. Para Kelsen, os tribunais desempenhariam não somente uma atividade declaratória de Direito. A sentença conteria um caráter criativo de direito (VIVEIROS, 2015, p. 72). Kelsen toma o Direito como um sistema jurídico, em sua unidade lógica, sob o comando de uma Constituição. Daí que a Justiça Constitucional emerge como uma necessidade para manter a coerência e o respeito a hierarquia disposta nesse sistema, sendo, a Justiça Constitucional, a garantia jurisdicional da Constituição (VIEVEIROS, 2015, p. 72).

O controle de constitucionalidade Austríaco, originalmente, tem por característica a existência de um órgão especialmente designado para realização do controle, sendo o Tribunal Constitucional o único órgão competente para tanto. O controle recai sobre leis já postas no ordenamento jurídico, isto é, leis promulgadas. Além disso, o controle

austríaco trouxe a peculiaridade de não somente as leis estaduais serem passíveis de controle de constitucionalidade, mas, também, as leis federais. O controle surge, a princípio, puramente abstrato, ou seja, sem nenhuma vinculação a casos concretos, e os efeitos da decisão se operam com eficácia erga omnes. A princípio, o controle austríaco somente poderia ser realizado por um restrito rol de legitimados, de modo que não competia aos juízes ordinários efetivar controle de constitucionalidade sobre as leis que tivessem de aplicar aos casos concretos, além de não poderem suscitar a inconstitucionalidade, não podiam pleiteá-la perante o Tribunal Constitucional (Verfassungsgerichtshof). Os legitimados para acionar o Tribunal Constitucional, para fins de controle de constitucionalidade, seriam: Governo Federal, com vistas a apurar a constitucionalidade de uma lei estadual, ou o Governo dos Länder, com vistas a apurar a constitucionalidade de uma lei federal. Ademais, poderia, o Tribunal Constitucional, conhecer da inconstitucionalidade das leis de ofício, sempre que, para decidir, tivesse de analisar referida lei. Desse modo, somente o executivo dos Länder (Landesregierungen) ou o executivo federal (Bundesregierung) e o Tribunal Constitucional é que seriam os legitimados para suscitar o controle de constitucionalidade (VIVEIROS, 2015, p. 72).

Esse modelo de controle de constitucionalidade seria o que, inicialmente, teria previsto Kelsen. Daí a doutrina a ele se referir como o controle puro de constitucionalidade de mentoria original de Kelsen. Ocorre que esse modelo sofrerá alterações posteriormente. Primordialmente criado em 1920, em 1929 ele seria modificado, para incorporar novos legitimados a suscitar o controle perante o Tribunal Constitucional, estendendo também, ao Tribunal de Justiça Administrativa, a competência para conhecer da inconstitucionalidade das leis, com a possibilidade de tal provocação se dar a qualquer momento (VIVEIROS, 72). A reforma de 1929 também traria mudanças acerca do efeito ex nunc a princípio pensada por Kelsen, o próprio Kelsen, inclusive, teria contribuição para essa alteração. No entanto, essas mudanças perpetradas em 1929 serão interrompidas com a dissolução que sofrerá o Tribunal Constitucional Austríaco em março de 1938, devido a ocupação da Áustria pela Alemanha. Daí Viveiros realizar uma divisão do pensamento kelseniano em antes e depois da Segunda Guerra Mundial. Finda a Segunda Guerra Mundial, seria restaurada a Constituição austríaca em 1945, seguida da restauração do Tribunal Constitucional austríaco. Com a restauração do Tribunal Constitucional, novas reformas foram operadas. Uma que de deve destacar diz respeito a possibilidade de se suscitar o controle de

constitucionalidade das leis no curso de um processo, estendendo, portanto, aos juízes da judicatura ordinária, a possibilidade de conhecer de um pedido de inconstitucionalidade de leis, e, embora não pudesse sobre a constitucionalidade se manifestar, suspenderia o curso do processo e remeteria para o Tribunal Constitucional a questão de inconstitucionalidade para ser analisada. Nesse âmbito, possível afirmar com Viveiros que, após a restauração da Áustria, sua Constituição e seu Tribunal Constitucional, houve ampliação da legitimação judicial para provocar o Tribunal Constitucional, podendo, então, os juízes da judicatura ordinária de segunda instância fazê-lo. Antes somente o Tribunal Superior de Justiça e o Tribunal Administrativo de Justiça poderiam acudir ao Tribunal Constitucional (VIVEIROS, p. 73).

O controle de constitucionalidade das leis sofre uma profunda alteração após a Segunda Guerra Mundial (MENDES, 1996). Países como a Alemanha passarão por um processo de reconstrução que acarretará inúmeras reformas políticas e até mesmo por sofrer grande influência norte-americana, terá inserido em seu sistema características do controle norte-americano. A Europa assistirá a uma grande expansão do número de Tribunais Constitucionais.

Esse movimento de expansão da Justiça Constitucional pode ser dividido em algumas ondas de expansão e aumento do número de Tribunais Constitucionais. Autores como Viveiros (2015), por exemplo, citam a existência de uma primeira onda expansiva, ocorrida nos primeiros anos que seguiram a Segunda Guerra Mundial, dando origem novos Tribunais ou a reforma de Tribunais Constitucionais já existentes, tal como ocorrera na Áustria (1945), Itália (1948), Alemanha (1949), Iugoslávia (1963), também, em sua peculiaridade, a França (1959). A terceira onda compreenderia os anos próximos aos anos oitenta do século XX, com a criação de Tribunais como o português, em 1976, o Espanhol, criado em 1978, o Tribunal Belga de 1983. A quarta onda seria caracterizada pela instauração de Justiça Constitucional nos países do centro da Europa, e, bem ainda, nos países do Leste Europeu, a exemplo o Tribunal criado na Polônia em 1985, quando, depois, um grande momento marcaria a história, a queda do Muro de Berlim, em 1989 (FERNANDEZ RODRIGUEZ, apud Viveiros, 2016, página 73).

A fortalecimento da Justiça Constitucional, assim, está diretamente ligado ao fortalecimento do Estado de Direito, devido ao combate às atrocidades ocorridas durante a Segunda Guerra, a influência da ocupação americana nos países antes dominados pelo

nazismo, a existência de maior controle sobre os legisladores, a revalorização dos direitos humanos, o fenômeno da constitucionalização dos direitos fundamentais, somada a própria internacionalização dos direitos fundamentais através de instrumentos como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, bem como a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, em 1950.

O movimento constitucional do pós-guerra será caracterizado por uma maior aproximação entre a ética e o direito, aproximação essa que caracterizará o chamado neoconstitucionalismo, dada a crise do positivismo jurídico que ocorrerá especialmente em razão dos legalismos puros que sustentaram toda a tragédia perpetrada pelos Estados nazistas. A crise do positivismo colocaria em xeque a tautologia do “está legítimo porque está na lei, e está na lei porque é legítimo”. A ideia de que a lei poderia ser um instrumento de injustiça contribuiu sobremaneira para essa crise positivista que assolaria a ideia de Direito do Pós-Guerra. Nesse sentido, aliada a perda de força do positivismo jurídico, ganha força a necessidade de controle das leis, com o consequente ganho de reputação dos Tribunais Constitucionais.

Nesse âmbito, o papel dos Tribunais Constitucionais, da Justiça Constitucional como um todo, adquire uma atribuição não somente de legislador negativo, mas, também, de guardião de valores, motivo pelo qual não atua tão somente no sentido de garantir o resguardo da Constituição enquanto norma formalmente superior, mas, sobretudo, atua no resguardo dos valores contidos nas Constituições e suas normas materiais, de modo tal que, uma vez declarada a inconstitucionalidade de uma norma, em sendo contrária às disposições materiais da Constituição, a eficácia da sentença passa de ‘não retroativa’ a ‘retroativa’. (VIVEIROS, 2015, p. 75).

Nesse âmbito, possível afirmar que o constitucionalismo do pós-guerra apreenderá do modelo kelseniano suas contribuições, para, a partir delas, desenvolver novos mecanismos. Em consequência disso, será ampliada a todos os Juízes e Tribunais a possibilidade de, pela via incidental, ser questionado o controle de constitucionalidade das leis. Ocorrerá uma maior integração no controle de constitucionalidade das leis, o que poderia afirmar que se assemelharia ao controle norte-americano de constitucionalidade. Entretanto, aos juízes e tribunais da judicatura ordinária não caberia inaplicar uma lei que considerasse inconstitucional, ao contrário do que ocorre no modelo norte-americano. Essa nova integralização que caracterizaria a aplicação dos legitimados para suscitar o

controle de constitucionalidade nos Tribunais europeus do Pós-Guerra somente ocorreria para possibilitar a qualquer juiz ou tribunal a legitimidade para provocar o Tribunal Constitucional para se manifestar quanto à constitucionalidade ou não de uma lei cuja compreensão seria fundamental para aplicação ao caso concreto. Nesse sentido é que se fala que passam os Juízes e Tribunais a terem legitimidade para deflagrar o controle de constitucionalidade. O controle de constitucionalidade continuará a ter efeitos erga omnes (VIVEIROS, 2015, p. 76). Nesse sentido, as palavras de Viveiros (2015, p. 76):

“De la exclusión del Juez ordinario de toda actividad de control de normas hasta entonces¹⁵⁵, se le reconoce legitimidad para suscitar, aunque en vía incidental y en carácter prejudicial, la cuestión de inconstitucionalidad de normas ante el Tribunal Constitucional siempre que sea necesaria a la solución de un conflicto en un proceso de partes, con el que se establece un mecanismo fundamental de articulación entre las jurisdicciones común y especial, que proyecta una expansión en la actividad de control y un acercamiento al modo de control difuso con lo que, en la actualidad, ya no permite hablar de sistemas puros de control contrapuestos: el kelseniano y el americano o difuso”.

A recepção na, Europa, então, da doutrina norte-americana, acerca do controle de constitucionalidade das leis ocorre, inicialmente entre os anos de 1919-1920, mas se trata de uma recepção que não ocorre em sua integralidade, somente no decorrer dos anos do século XX que será efetivamente submetido o legislativo à Constituição, e, bem ainda, observará a força das decisões dos Tribunais, enquanto intérpretes da Constituição.

A Alemanha, igualmente, sofreria alterações em seus mecanismos de controle de constitucionalidade após a Segunda Guerra Mundial (MENDES, 1996). Na Lei Fundamental de Bonn, de 1949, seria criado o Tribunal Constitucional Federal (MENDES, 1996). As competências do Tribunal Constitucional Federal seriam ampliadas com a Lei Fundamental de Bonn, e bem ainda, seria consagrada a sua independência. Uma Lei de 1952 afirmaria o Tribunal Constitucional Federal como o tutor supremo da Constituição (MENDES, 1996).

O controle de constitucionalidade das leis, por sua vez, poderia se dar de forma abstrata e de forma concreta. Pela forma abstrata, seria possível interpor recurso direto de inconstitucionalidade, ao passo que, mediante a via concreta, quando suscitada uma questão de inconstitucionalidade. O controle teria por objeto sempre uma norma já posta no ordenamento jurídico, ou seja, seria um controle a posteriori. A exceção ficaria por conta das situações que demandassem autorização para ratificar tratados internacionais,

quando, então, seria possível a realização do controle preventivo. Os legitimados para provocar o controle abstrato perante o Tribunal Constitucional Federal seriam: o Governo Federal; Governo de um Länd, ou 1/3 do Bundestag (o Parlamento Alemão). São objeto de controle de constitucionalidade tanto as leis federais, quanto as leis estaduais, que são confrontadas diretamente com a Constituição. Se por um lado os Juízes não podem deixar de aplicar a norma por entendê-la inconstitucional, por outro, se entenderem que se trata de norma constitucional terão liberdade para aplicá-la. Na República Federal da Alemanha, a jurisdição Constitucional não somente é exercida pelo Tribunal Constitucional Federal, mas também nos Länder, já que existem tribunais estaduais (JESTAEDT, 2017). Esses tribunais estaduais controlam tão somente os atos dos poderes públicos daquele Estado onde esteja situado.

Baviera, Hesse, Renania-Palatinado e El Sarre possuem seus próprios Tribunais Constitucionais. O Direito Constitucional bávaro reconhece a possibilidade de um recurso popular direto para seu Tribunal Constitucional, quando uma lei ou um decreto vulnerem um direito fundamental (VIVEIROS, p. 78).

Embora exista o Tribunal Constitucional Federal, todos os tribunais constitucionais dos Länder possuem sua própria autonomia. Das decisões dos Tribunais Constitucionais de um Länd cabe recurso perante o Tribunal Federal. Em havendo discordância quanto à interpretação da Constituição, isto é, quanto à Lei Fundamental, ou quando um Tribunal Constitucional de um Estado possui decisões discordantes daquelas de outros Tribunais Constitucionais estaduais, há possibilidade de solicitar ao Tribunal Constitucional Federal a uniformização daquele entendimento (VIVEIROS, p.79). Os efeitos da decisão são erga omnes, e a *ratio decidendi* também possui efeito obrigatório, segundo as lições de Viveiros (2015), e de Luna.

Quanto à retroatividade da declaração de inconstitucionalidade, há de se destacar que o sistema Alemão preza pela segurança jurídica, de modo que um interessante exemplo é dado por Viveiros a partir dos ensinamentos de Klaus Schlaich, no sentido de que se declarada a inconstitucionalidade de uma lei que obrigava o pagamento de um imposto, o imposto pago com base nessa lei não será reembolsado, salvo em caso de discussão da obrigatoriedade de pagamento ou não desse imposto, discussão já pendente quando da decisão que declara a inconstitucionalidade da lei. Logo, as decisões transitadas em julgado com base em lei que, posteriormente, venha a ser declarada

inconstitucional estará resguardada pelo manto da segurança jurídica. Como afirmaria Viveiros (2015, p. 79), na prática, situações há em que a lei declarada inconstitucional continuará produzindo efeitos.

Pode, ainda, o Tribunal Constitucional Federal recorrer a uma técnica pela qual, diante dos problemas que a declaração e suspensão imediata daquela lei inconstitucional possa ocasionar, determina, o Tribunal Constitucional Federal, um prazo limite de vigência para aquela lei declarada inconstitucional, um espaço de tempo que proporcionará ao legislador suprimir a inconstitucionalidade, findo o qual será suspensa a vigência daquela lei (VIEIROS, p.80). Há, ainda, a possibilidade de apelo ao legislador, inclusive de forma preventiva, no sentido de que o Tribunal Constitucional Federal vislumbra, naquela lei, a possibilidade de surgir uma futura inconstitucionalidade, pelo que adverte ao legislador, a fim de que se antecipe em evitar o possível desdobramento inconstitucional. Ademais, o Tribunal Constitucional Federal dispõe de meios para assegurar a execução de sua decisão sempre que haja negligência em sua implementação por parte do legislador.

3.3 Democracia e Constitucionalismo: a dificuldade contramajoritária do Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade

“Todos os poderes governamentais, Legislativo, Executivo e Judiciário, acabam por recair no corpo Legislativo. A concentração desses poderes nas mesmas mãos é precisamente a definição do governo despótico. O fato de serem exercidos por uma pluralidade de mãos, e não por uma única, não melhora nada. Cento e setenta e três déspotas seriam, sem dúvida, tão opressivos quanto um só. Os que duvidam, que voltem os olhos para a república de Veneza. O fato de eles serem escolhidos por nós também não adianta nada. O despotismo eletivo não é o governo por que lutamos; lutamos por um que não somente seja fundado em princípios livres, mas em que os poderes de governo sejam de tal modo divididos e equilibrados entre vários corpos de magistratura que nenhum deles possa transgredir seus limites legais sem ser efetivamente controlado e restringido pelos outros. A mera demarcação no papel dos limites constitucionais dos vários poderes não é uma salvaguarda suficiente contra aqueles

abusos que levam a uma concentração tirânica de todos os poderes de governo nas mesmas mãos”³.

As palavras de Madison provocam uma interessante reflexão quanto à democracia, especialmente quando se considera a possibilidade de arbitrariedades e despotismos que podem surgir da chamada vontade da maioria, técnica na qual se consubstancia a democracia, cujo significado é objeto de estudo de vários autores.

A disposição Madison, no contexto norte-americano, inspirava-se nas ideias de Jefferson (NASCIMENTO, 2004) e revelavam a necessidade que ele vislumbrava de se realizar o controle da vontade da maioria, que, pelo simples fato de ser maioria, não seria por si só justa. Nesse sentido é que Madison aborda a necessidade de controle dos poderes, mormente do Poder Legislativo.

O fato de uma instituição ser majoritária não a isentaria de controle, ao contrário, necessitaria ainda mais de contenção, sob pena de legitimar os mandos e desmandos, sejam eles razoáveis ou não, pelo simples fato de emanarem de uma instituição majoritária. O manto da representatividade não poderia revestir uma instituição de imunidades ao controle, tampouco o fato de uma instituição não se legitimar pela representatividade lhe retiraria o caráter de legítima. O contexto histórico norte-americano em que escreve Madison traria por característica a busca por afirmar a importância do Poder Judiciário, enquanto um poder não menos legítimo que os Poderes Executivo e Legislativo, muito embora não fosse considerado um poder legitimado pela representatividade.

Acerca do conceito de democracia, discorre Norberto Bobbio, que, em sua obra ‘O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo’, analisa questões importantes atinentes ao significado de democracia e as suas implicações e inconsistências. Nesse sentido, dispõe o autor que todas as formas de governo autocrático se opõem a democracia. Para o jurista italiano, a única forma de efetivamente viabilizar a democracia seria estabelecendo um conjunto de regras, primárias, fundamentais, capazes de estabelecer, na sociedade, quem seria autorizado para tomar decisões coletivas, e, bem ainda, por quais procedimentos seriam tomadas essas decisões. Somente com base em

³ MADISON, James; HAMILTON, Alexander e JAY, John. Os artigos federalistas. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1997.

regras, a decisão tomada por um indivíduo ou grupo de indivíduos seria aceita como coletiva, segundo os ensinamentos do autor. Nesse sentido, escreve:

“Afirmo preliminarmente que o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem *quem* está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais *procedimentos*. Todo grupo social está obrigado a tomar decisões vinculatórias para todos os seus membros com o objetivo de prover a própria sobrevivência, tanto interna como externamente. Mas até mesmo as decisões de grupo são tomadas por indivíduos (o grupo como tal não decide). Por isto, para que uma decisão tomada por indivíduos (um, poucos, muitos, todos) possa ser aceita como decisão coletiva é preciso que seja tomada com base em regras (não importa se escritas ou consuetudinárias) que estabeleçam quais são os indivíduos autorizados a tomar as decisões vinculatórias para todos os membros do grupo, e à base de quais procedimentos”.

Uma das dificuldades que atinge a democracia reside na sua característica de atribuir a tomada de decisões a um determinado grupo de pessoas para representar a chamada vontade da maioria, o que, eventualmente, acaba por excluir algum setor da sociedade que não esteja devidamente representado, de modo que, conseqüentemente, a chamada vontade da maioria seria obtida por uma ideia aproximada. Tal ocorre mesmo no regime democrático mais perfeito, já que nas democracias o direito a voto somente pode ser exercido a partir de uma certa idade (BOBBIO, 1997).

A democracia, para Bobbio, estaria verdadeiramente viabilizada se aqueles que participassem do processo decisório tivessem a faculdade para fazê-lo. Assim, além de atribuírem a um elevado número de cidadãos a tomada de decisões com base em regras, tal se daria mediante a liberdade de escolha, de opinião, de expressão dessa opinião. O conjunto dessas liberdades comporia os direitos que formam a base sob a qual seria erguido o Estado Liberal, e, por conseguinte, o Estado de Direito, ou seja, o Estado limitado pelos direitos invioláveis, os quais seriam indispensáveis para o correto funcionamento da democracia e seus mecanismos procedimentais.

Segundo o jurista italiano, as normas constitucionais que consagram esses direitos não são exatamente as regras do jogo democrático, elas são preliminares ao jogo. Nesse sentido, Bobbio concebe que o Estado Liberal é um pressuposto histórico e jurídico do Estado Democrático. Nesse âmbito, vislumbra uma interdependência entre o Estado Liberal e Estado Democrático, de modo que somente seria possível uma democracia quando subsidiada pelos direitos que conformam o Estado Liberal. Por outro lado, o

Estado democrático cuida para que sejam mantidos esses direitos. Nesse sentido, as palavras do autor:

“(...) Disto segue que o estado liberal é o pressuposto não só histórico mas jurídico do Estado Democrático. Estado liberal e Estado Democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais. Em outras palavras: é pouco provável que um estado não liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia, e de outra parte é pouco provável que um estado não democrático seja capaz de garantir as liberdades fundamentais. A prova histórica desta interdependência está no fato de que estado liberal e estado democrático, quando caem, caem juntos”.

O nascimento da ideia de democracia surge num contexto de individualização, ou seja, quando se forma a concepção de que a sociedade é produto da vontade dos indivíduos, momento em que há uma mudança do pensamento orgânico que permeou a Antiga Idade, época em que ainda não havia surgido a ideia do contrato social, na qual cada indivíduo cedia parte de sua liberdade para permitir a convivência em conjunto, delegando parte de sua autodeterminação para os representantes. Na antiguidade havia aquilo que Bobbio explicaria a partir da precedência do todo à parte, já que os indivíduos numa sociedade não eram vistos em singularidade, mas somente organicamente. É no Estado Moderno que ocorrerá a inversão dessa precedência, quando, então, a parte precederá o todo, e daí a ideia de democracia emerge (BOBBIO, 1997), influenciada pelas ideias contratualistas, pelo nascimento da economia política e pelo surgimento da filosofia utilitarista de Bentham, caracterizada pela ideia de que bem comum seria a soma dos bens individuais (BOBBIO, 1997). Daí surgiria a ideia de representação política.

Quanto à representação, importante destacar que uma das grandes características que viria a assumir, diria respeito ao fato de que o representante não poderia estar sujeito a um mandato vinculado, isto é, representar tão somente os interesses daqueles representados, ou seja, exerceria, ele, uma forma de representação política, que contemplasse a sociedade, e não apenas um setor da sociedade. Esse debate correria, inclusive, na Assembleia Constituinte da Constituição francesa de 1791, quando, então, seria definido que, uma vez eleito, o deputado representaria o interesse da nação. Essa era ideia que imprimia o significado da representação. Entretanto, essa norma constitucional que proibiria o mandato imperativo seria muitas vezes violada.

Em relação a essa representação política exercida pelo Governo, Bobbio dispõe que se forma uma relação triangular entre os representados, representante e os interesses nacionais a serem perseguidos. Nesse contexto, o Governo coloca-se muitas vezes como um garante impotente do cumprimento dos acordos travados. Forma-se, nas palavras do autor, uma sociedade neocorporativa, caracterizada pela dissolução dos conflitos sociais através de procedimentos que na verdade não tem a ver com a chamada representação política. Diferentes são os interesses que aparentemente são tutelados daqueles que efetivamente se tutela. Eis o problema da representação, e que chamará atenção de autores como Manoel Gonçalves Filho (1995), que atentarão para o problema da representação.

Diante do problema da representação, verifica-se o quanto pode ser questionável a legitimidade de uma instituição pelo simples fato de ser ela uma instituição majoritária, a qual, sob o pretexto da representatividade, estaria encoberta pelo manto da aparência da vontade da maioria, quando na verdade, a representação abriria espaço para dúvidas acerca da efetiva observância do interesse da nação, ou se haveria outros interesses verdadeiramente tutelados, encobertos pelo pretexto do interesse político geral.

Para além do descompasso entre o interesse efetivamente tutelado e o interesse ideal, o problema da representação política contém ainda possibilidade de a vontade da maioria se conformar num propósito que atenta contra razoabilidade, e, mesmo assim, pretender-se como legítima, pelo simples fato de ser a vontade de todos. Afinal, o que legitimaria a democracia seria tão somente o fato de ser caracterizada pela adoção da técnica da vontade da maioria, não importando qual seja essa vontade, se orientada para o bem ou para o mal?

Nesse sentido, Leonardo Augusto de Andrade Barbosa (2010) tece importantes considerações acerca dos chamados regimes autocráticos, quando esses buscam imprimir uma aparência de legitimidade ao adotar uma Constituição para o ordenamento jurídico. Não haveria, segundo o autor, um regime que se afirmasse como antidemocrático, e para tanto exemplifica com o trabalho de Carl Schmitt, onde é possível perceber a mudança, inclusive, quanto ao conceito de democracia, que, para Schmitt, não encontraria no Parlamento uma instituição democrática. Na verdade, Schmitt veria a democracia como a identidade entre governantes e governados, e os métodos ditatoriais viabilizariam essa identidade com maior sucesso e eficiência que a democracia formal burguesa (BARBOSA, 2010).

Nesse contexto, seria possível verificar que, mesmo diante de regimes ditatoriais, poderia haver aplicação do direito a favor da democracia, embora, num contexto marcadamente democrático seja também possível que o direito respalde práticas autoritárias (BARBOSA, 2010). Assim é que se verifica a possibilidade de, democraticamente, legitimar-se, com respaldo no direito, verdadeiras atrocidades, como ocorrera na Alemanha nazista.

Nesse sentido, destaca o autor (2010, p. 21):

“Dessa forma, o potencial emancipatório do constitucionalismo pode se afirmar em regimes autoritários, mas a faceta excludente e legitimadora do *status quo* do direito pode se revelar também em regimes democráticos. Essa situação de indefinição colocada acima: como pensar a distinção entre práticas autoritárias e democráticas em Estados Constitucionais?”

E continua:

“É em Carl Schmitt, porém, que a crítica ao sistema parlamentar assume sua forma mais radical. Schmitt está interessado em apartar democracia e sistema parlamentar. Para ele, democracia nada tem a ver com a versão liberal do *government by discussion*. Ela tem um único propósito. Afirmar a unidade política e ‘aniquilar o heterogêneo’”.

Com efeito, é possível perceber que, independente do conceito que se dê para democracia, seja no sentido schmittiano, seja no sentido tradicional que vislumbra no Parlamento uma boa instituição a serviço da democracia, o problema de se legitimar a democracia tão somente com respaldo na técnica da vontade da maioria pode agregar consideráveis riscos à sociedade, sob o manto de um alegado constitucionalismo e submissão do direito a fins autoritários. Percebe-se, então, a possibilidade de utilização do direito para qualquer prática que se pretenda legitimar, ainda mais se respaldado pela chamada vontade da maioria.

Nesse sentido, utiliza-se Schmitt (1996), inclusive, do princípio da legalidade para justificar ações que promovam a desigualdade, num entrelaçado argumento lógico de que se vale de forma persuasiva. Assim, afirmará ele que, em toda e verdadeira democracia, estará implícita a ideia de que não só o igual seja tratado igualmente, mas, como decorrência lógica, que o não igual seja tratado de forma diferente, entendendo que a democracia pressupõe a existência de homogeneidade, devendo o heterogêneo ser aniquilado, caso necessário.

A respeito da ideia de democracia, leciona Hans Kelsen, ao tratar do princípio da separação dos poderes, atribuindo importância ao órgão legislativo, diferentemente do que faria Schmitt, já que este se manifestaria contra o parlamentarismo. Nesse sentido, as palavras de Kelsen elucidam em que medida seu pensamento se distancia da doutrina schmittiana. Discorre o jurista (2000, p. 390):

“O princípio de uma separação de poderes, compreendido literalmente ou interpretado como um princípio de divisão de poderes, não é essencialmente democrático...a democracia exige que ao órgão legislativo seja dado controle sobre os órgãos administrativo e Judiciário. Se a separação de função legislativa das funções aplicadoras de Direito, e, sobretudo, se o controle das funções legislativa e administrativa pelos tribunais será previsto pela constituição de uma democracia, isso só pode ser explicado por motivos históricos, não justificados como elementos especificamente democráticos”.

Nesse sentido, Paulo Bonavides discorrendo acerca do princípio da separação dos poderes, o afirmará como produto da doutrina liberal clássica, mas que deve ser interpretado na atualidade de maneira mais flexível em relação a suas primeiras manifestações no Estado Moderno, ou seja, expurgados os vícios e incompreensões que mararam a sua compreensão a partir de uma rigidez extrema. Para tanto, Bonavides utiliza como exemplo a Constituição Alemã de 1941, isto é, a Lei Fundamental de Bonn, da Alemanha pós Segunda-Guerra Mundial, que, para o autor, revela a conclusão irretorquível de que é necessária a observância do princípio da separação dos poderes, com as devidas ponderações, revelando-se esse princípio como uma decorrência do eixo constitucional, para utilizar as palavras do referido autor.

O decisionismo schmittiano reduziria essa importância do princípio da separação dos poderes, em razão da concentração de poderes nas mãos do Executivo, tanto que Schmitt vislumbraria na ditadura a melhor forma de viabilizar a democracia e proporcionar a identidade entre o governante e governado, apregoando a aniquilação da heterogeneidade, e o fortalecimento da unidade, em verdadeira afronta ao princípio da separação dos poderes, desmerecendo o Legislativo na figura do Parlamento, e, bem ainda, desmerecendo o controle do Judiciário, sob o manto da aparentemente legítima vontade da maioria, submetendo o direito para fins autoritários.

A respeito da representação em sede de democracia, interessante questionamento traz Nadia Urbinati, em seu artigo “O que torna a representação democrática?”⁴. Segundo a autora, três seriam as teorias da representação ao longo dos governos representativos que datam dos últimos duzentos anos, desde o parlamentarismo liberal, até a crise por que passara, e as consequentes transformações democráticas que marcaram diversos Estados do Pós-Guerra, especialmente do Pós Segunda-Guerra Mundial.

Existem três leituras interpretativas acerca da representação, nas seguintes perspectivas, segundo a autora: jurídica, institucional e política. A partir delas, haverá concepções específicas a respeito da soberania e da política, as quais trarão diferentes relações entre Estado e Sociedade, possibilitando a cada uma a definição de democracia. Pela perspectiva jurídica, a democracia seria direta, ao passo que a perspectiva institucional a democracia seria concebida como eleitoral. E, pelo viés político, seria a democracia compreendida como representativa. Para a autora, somente a democracia representativa viabilizaria a representação como uma instituição consoante com uma sociedade democrática e pluralista.

Para Nadia Urbinati (2005), a teoria jurídica seria a mais antiga, e, por essa razão seria merecedora de mais atenção, já que, a partir dela, fora criado um verdadeiro modelo institucional. Segundo a autora, a denominação de jurídica dá-se especialmente em razão do fato de tratar a representação como um contrato privado de concessão, ou seja, uma concessão de autorização que permitiria aos autorizados realizar determinada ação. Nesse âmbito, a delegação mediante instruções vinculativas seria simbolizada pelas ideias de Rousseau, ao passo e que a ideia de incumbência ilimitada encontraria em Hobbes a sua explicação. Esse modelo de representação jurídica respalda-se numa linha individualista e não política, na medida em que os eleitores julgariam as qualidades pessoais dos candidatos, e não seus programas políticos, explica a autora.

Hobbes foi o primeiro intérprete moderno acerca representação jurídica, a partir do qual restou difundido um modo de formar instituições, influenciando teóricos do governo representativo, a exemplo de Sieyès (URBINATI, 2005). A partir da crise do parlamentarismo, autores como Schmitt iriam recuperar as bases dessa representação apregoadas por Hobbes e Sieyès, e a partir dela legitimar a reconstrução da unidade

⁴ Texto apresentado pela autora Nadia Urbinati no Encontro Anual da American Political Science Association (Apsa), Washington (EUA), setembro de 2005. Tradução de Mauro Soares.

orgânica em detrimento do pluralismo de interesses sociais, mediante a personificação do soberano, o líder, o führer (URBINATI, 2005). Nesse âmbito, explica Urbinati que Carl Schmitt, a partir desse radicalismo, seria um exemplo entre a incompatibilidade entre a representação como uma técnica da unidade da comunidade e a representação política. Ainda esclarece a autora:

“A teoria jurídica da representação abriu as portas para uma justificação funcionalista da representação, dos direitos políticos da cidadania e dos processos de tomada de decisão. Sua fundamentação tornou-se a coluna vertebral do governo representativo liberal e, mais tarde, da democracia eleitoral. Ela é baseada em um dualismo bem definido entre o Estado e a Sociedade; faz da representação uma instituição centrada e rigorosa no Estado, cuja relação com a sociedade é deixada ao juízo do representante (tutor); e restringe a participação popular a um mínimo procedimental (eleições como a nomeação de magistrados). Em resumo, a perspectiva centrada em Rousseau, a representação não tem lugar no discurso de legitimação política pela razão óbvia de que significa transferir o poder de autorização do uso da força (o poder soberano) da comunidade como um todo para suas partes. De outro lado, como argumentou Sieyès, a representação pode ser uma estratégia de edificação das instituições na condição de que seja dada aos súditos apenas a tarefa de selecionar os legisladores. Também nesse caso a soberania é apenas voluntarista e sua vontade restrita a vontade eleitoral, com o resultado e o propósito consciente) de que a nação soberana fala apenas através da voz dos eleitos. Nesta conta, a soberania parlamentar pode ser vista, paradoxalmente, como uma transmutação eleitoral da doutrina da vontade geral de Rousseau, uma vez que, transferida para a nação representada, aquela vontade se torna uma estratégia para bloquear o caminho da democracia”.

A respeito daquilo que deve conformar o núcleo da democracia, Friederich Müller (2006, p. 6-7) leciona que ele deve ser composto pela autodeterminação do povo, ou seja, sua autonomia, através da autolegalidade, de maneira tal que haja uma autofixação das normas, sendo criadores das normas. Ante a inviabilidade de uma democracia direta, impõe-se a necessidade de representação, mas sem a ideia de mandato imperativo, e, bem ainda, com a instituição de um sistema presidencial, nos termos do presidencialismo brasileiro, em oposição ao parlamentarismo alemão. O direito à eleição da maioria deve existir, mas, em convivência de cláusulas que garantam o veto parlamentar. Nesse ínterim, leciona o autor que inescapáveis são as pressões oligárquicas do sistema partidário – apresentação de candidatos, disciplina de grupos parlamentares, entrega global de votos. Nesse sentido, não é demais trazer à colação as ideias do referido autor:

“O núcleo da Democracia: autodeterminação do povo por meio da autolegalidade (autonomia) e da auto-fixação de normas. Aqueles praticamente referidos pelas normas, devem ter eles próprios criado

essas normas. Nesse momento, já se revela uma primeira redução: Somente uma população de deuses poderia se governar de forma democrática (Rousseau). Precisamos de pessoas para governar uma instituição especial, podemos criar apenas as leis para o governo e para a justiça. A segunda redução consiste na substituição das normas diretas pela Democracia representativa, a terceira pela exclusão do mandato imperativo dos deputados, a quarta pelo sistema presidencial (como no Brasil) ao invés do sistema parlamentar (como na Alemanha), a quinta por instrumentos, como o direito à eleição da maioria ou por cláusulas parlamentares de veto. Outras restrições sobre o que a "Democracia" deverá representar, surgem das pressões oligárquicas do sistema partidário (apresentação de candidatos, disciplina do grupo parlamentar, entrega global de votos para a bancada, etc.). O que temos realmente hoje em nosso poder é somente "uma fotocópia de uma fotocópia de uma fotocópia da Democracia". Uma renovação da "Democracia" requer um novo paradigma para ambos os elementos "demos" (povo) e "kratein" (domínio). É arcaico o discurso de "Senhor e Criado", de "Superior e Inferior". Esse discurso é por si só pré-democrático. Nesse sentido arcaico o povo nunca "domina", mesmo na Democracia parlamentar. Analisando segundo a técnica decisiva, as Oligarquias sempre dominam (economia e bancos, grupos de interesses nacionais e estrangeiros, partidos, grupos parlamentares, executivo, serviços secretos). O novo paradigma requer uma duplicação: em primeiro lugar, instituições e direitos, para poder dificultar, complicar dividir esse domínio pela força do povo; e em segundo lugar, uma resposta à questão, para quem a política é sumariamente feita ("for the people"), quem é a instância legitimadora de facto dentro do Estado".

Nesse âmbito, qual seria o papel do Judiciário como um aliado democrático? Para isso atenta Jon Ely Hart, para quem o Judiciário deve atuar no sentido de evitar que as minorias sejam esmagadas pelas majorias, evitar a tirania das majorias, de modo que caberia ao Tribunal corrigir os defeitos do sistema representativo, garantindo a eficácia de valores substantivos próprios de uma democracia, que pressupõe o acesso das minorias ao processo de deliberação, já que situações há em que as prias falhas do sistema acabam por acarretar danos a certos valores do sistema, cabendo ao Judiciário protegê-los (HART, 1980, p. 124).

Analisar o ordenamento jurídico sob uma ótica sistêmica implica na sua compreensão escalonada e coordenada. A coerência do sistema decorre, sobretudo, da existência de uma hierarquia, hierarquia essa que faz as leis e todos os demais diplomas legais encontrarem como último e primeiro fundamento de validade a Constituição. Nesse sentido, a legitimidade do ordenamento reside justamente na observância dos imperativos constitucionais, e na possibilidade de aplicação de sanções em caso de não observância dos preceitos que emanam diretamente da Constituição.

O constitucionalismo, enquanto movimento que consagrou direitos fundamentais e determinou a separação dos poderes, emerge no surgimento do Estado Liberal, e representa, sobretudo, a racionalização do Poder, com vistas a combater arbitrariedades no seu exercício. Daí a característica da lei como instrumento de contenção que marcara o Estado Liberal, ou seja, a Lei representa a contenção do Poder Estatal, e, em contrapartida, garante, a liberdade dos indivíduos. O liberalismo, tanto em seu viés político, quanto econômico, irá marcar as Constituições que surgirão como primeiras manifestações constitucionalistas, na confluência do Estado Liberal. Haverá, portanto, nesse contexto, uma forma de pensar a separação de poderes, e, bem ainda, haverá um conteúdo próprio que permeará as Constituições e as leis.

O desenvolvimento da jurisdição constitucional enquanto mecanismo de defesa de uma Constituição se constrói em concomitância com o próprio movimento constitucionalista, desde suas primeiras manifestações até os estágios do constitucionalismo contemporâneo, os diversos ordenamentos jurídicos preveem diferentes modos de assegurar o valor da constituição, para utilizar a expressão cunhada por Ivo Dantas (2012), ao analisar as técnicas de defesa da supremacia e suprallegalidade constitucionais. Afinal, de nada adiantaria a consagração de uma Constituição como norma fundamental do ordenamento jurídico se esse mesmo ordenamento não previsse mecanismos de sanção sempre que violadas as determinações de uma Constituição (DANTAS, 2012).

A jurisdição constitucional se consolida propriamente, isto é, tem definida sua concepção, a partir dos estudos de Hans Kelsen, que seriam definitivos para a construção do modelo de controle concentrado de constitucionalidade firmado na Áustria em 1920, e, bem ainda, exerceria importante influência sobre o controle de constitucionalidade estabelecido na constituição alemã de Weimar, de 1919 (MENDES, 1997), quando, então, havia grande discussão acerca de qual modelo de controle de constitucionalidade iria melhor tutelar a suprallegalidade da Constituição.

Se a jurisdição constitucional – controle de constitucionalidade – efetiva-se propriamente no século XX, é no século XIX que nasce o controle de constitucionalidade, sendo um produto de uma construção jurisprudencial norte-americana (HORTA, 2012), a partir da qual o Judiciário se auto-afirmaria como o intérprete e tutor máximo da Constituição norte-americana de 1787, conforme se evidenciou no tão citado caso

Marbury versus Madison, datado de 1803. Até então, o controle de constitucionalidade das leis não se evidenciava como uma realidade dos ordenamentos jurídicos, e, sobretudo, encontraria dificuldades no que toca a legitimidade do Judiciário para tanto, já que este somente seria afirmado como poder independente nos Estados Unidos da América (CHEVITARESE, 2016), justamente quando da construção jurisprudencial dos juízes da Suprema Corte norte-americana.

O constitucionalismo identifica-se, a princípio, como técnica das liberdades. Essa era a definição da qual se utilizaria Boris Mirkine Guetzevitch, segundo lições de Nicola Matteucci (2016), definição que não seria suficiente para o contexto do constitucionalismo contemporâneo, mas que por si só revela o contexto do constitucionalismo moderno, caracterizado pela busca das limitações dos poderes do Estado, e afirmação das liberdades dos indivíduos, quando a lei se revelava como um instrumento de contenção do Poder Estatal, conforme lições de Clèmerson Clève (1997). A lei como instrumento de contenção, a Constituição como consagradora dos direitos individuais, e a separação dos poderes estatais marcam o pensamento político liberal em que se desenvolveram as bases do constitucionalismo moderno.

Da supremacia da lei à supremacia da Constituição, o movimento constitucionalista alavanca a Constituição para o topo do ordenamento jurídico, trajetória essa analisada por autores como Nicola Matteucci (2012).

A afirmação da Constituição como fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico leva a decorrente necessidade da jurisdição constitucional, que emerge como uma decorrência da lógica constitucional de suprallegalidade, a ponto de autores como Paulo Bonavides (2004) estabelecerem como condição para a jurisdição constitucional a condição teórico-formal de que caia a lei como suprema, com assunção desse *locus* pela Constituição, de modo que a jurisdição constitucional – controle de constitucionalidade, conforme lições do autor – somente encontra razão de ser nos ordenamentos jurídicos cujo fundamento primeiro de validade seja uma Constituição.

A ausência de Constituição, enquanto documento escrito, solene, consagrador de direitos e da separação de poderes estatais, implica ausência de controle de constitucionalidade. Essa a *ratio* que se extrai de um ordenamento jurídico escalonado verticalmente, sob o imperativo de uma Constituição.

O movimento constitucionalista alçou a Constituição ao topo da chamada pirâmide normativa, é bem verdade, mas os mecanismos de sua tutela seriam desenvolvidos de forma diversa. Nos Estados Unidos da América, a solução encontrou no Poder Judiciário o melhor poder para fazê-lo. A tradição norte-americana, dissidente dos ingleses, não utilizaria a tradição de supremacia da lei apregoada pelo parlamento inglês, tradicionalmente desconfiado dos juízes, aos quais não seria dado interpretar a lei, mas tão somente aplicá-la por mecanismos de subsunção do fato a norma.

A possibilidade de interpretação criativa da lei e da Constituição tem seu marco na jurisprudência norte-americana, a partir, especialmente, das ideias apregoadas pelos federalistas, que empreenderam movimentos políticos com fins a fortalecer o vínculo das treze colônias norte-americanas, almejando a independência do colonizador inglês. Para tanto, necessitariam de uma Constituição forte, cujo tutor também seria forte, e, desconfiados da tradição parlamentarista inglesa, encontrariam no Judiciário o meio para combater as arbitrariedades do legislativo. O controle de constitucionalidade norte-americano surge, portanto, respaldado pela afirmação do Judiciário enquanto tutor e intérprete da Constituição, a qual traria uma cláusula expressa de supremacia, fundamento que seria utilizado pela jurisprudência norte-americana para assegurar seu papel de resguardo.

Em sede de desenvolvimento constitucionalista, de grande contribuição se revestiriam as ideias liberais francesas. Oprimidos pelo absolutismo que marcara as monarquias francesas, os franceses encontrariam subsídios na democracia para consagração de uma monarquia constitucional, e o Parlamento seria o maior representante do povo. Se do Parlamento emanariam as leis que representariam a vontade da maioria, a vontade do povo, não seria possível que os atos desse parlamento fossem submetidos a controle externo a ele. Em razão disso, a França iria consagrar o controle político de constitucionalidade, um controle realizado no interior mesmo do Parlamento e, para tanto, seria criado o conselho constitucional francês. Daí falar-se no controle político francês.

Por outro lado, o controle de constitucionalidade nos termos concebidos por Kelsen encontraria num órgão especialmente designado para tal a melhor forma de tutela da Constituição. O Tribunal Constitucional surge, assim, como um órgão a parte de quaisquer dos poderes do Estado, incumbido de dirimir os conflitos constitucionais. O Tribunal Constitucional é uma criação do parlamentarismo europeu (HORTA, 2012).

Desse modo, não se evidencia, o Tribunal Constitucional, como um órgão máximo da judicatura ordinária, tampouco é um tribunal que revê decisões proferidas por tribunais inferiores (MENDES, 1997). Não é o Tribunal Constitucional um tribunal de cúpula do Judiciário. O Tribunal Constitucional é um órgão especial, que realiza o controle concentrado de constitucionalidade das leis.

3.4 Da Tensão entre Democracia e Constitucionalismo e a Evolução do Princípio da Separação dos Poderes: uma proposta de diálogo

A possibilidade de o Poder Judiciário tutelar as chamadas questões políticas surgiu paulatinamente, conforme o próprio desenvolvimento do Constitucionalismo. Do Constitucionalismo Clássico ao Constitucionalismo contemporâneo, percebe-se um alargamento do conteúdo material das Constituições e a afirmação do princípio da inafastabilidade da jurisdição, legitimando a possibilidade de acionamento do Poder Judiciário em caso de lesão ou ameaça ao Direito.

Nos auspícios do Constitucionalismo, na Declaração, francesa, dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, uma sociedade poderia se dizer detentora de uma Constituição se possuísse um documento escrito, no qual estivessem consagrados direitos individuais e o princípio da separação dos Poderes (MATTEUCCI, 2012). Nesse momento de Constitucionalismo Moderno, em que se afirmavam as Monarquias Constitucionais, inspiradas no caso Inglês, pela doutrina de Locke, e, na França, com o império de Napoleão Bonaparte (CHEVITARESE, 2016), afirmava-se, sobretudo a partir das ideias de Rousseau, o povo como titular do Poder, o Poder exercido pelo povo, para o povo.

O Constitucionalismo afirmava, portanto, a democracia, que, a essas alturas, realizava-se de forma representativa. Se por um lado o Constitucionalismo afirmava a Democracia, por outro era identificado, sobretudo, como, propriamente, separação de poderes (MATTEUCCI, 2010). Se a vontade do povo se manifestou contra o absolutismo moderno, inspirando-se na teoria contratualista de Rousseau, por outro lado essa mesma vontade do povo, exercida mediante seus representantes, encontraria limites na separação dos Poderes, característica própria do movimento constitucionalista. Eis, portanto, a tensão a que se refere a doutrina entre a Democracia – que se utiliza da técnica da vontade da maioria (CHEVITARESE, 2016) – e o Constitucionalismo, que implica na limitação de todos os Poderes, inclusive limitações à vontade da maioria.

A afirmação da separação dos Poderes fez surgir a problemática moderna a respeito do “como dar efetividade a esse princípio”, problemática para a qual apresentaria Montesquieu a solução de que “somente poder contém poder”, somente um poder poderia impor limites ao outro, conforme Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1985). Ao tratar da separação dos Poderes, Montesquieu valeu-se do exemplo inglês, onde o Poder Judiciário não gozava de prestígio. Foi na América do Norte que o Poder Judiciário foi afirmado como um poder independente (CHEVITARESE, 2016), especialmente a partir das manifestações dos federalistas norte-americanos, cujo principal objetivo seria a independência do colonizador inglês.

A independência das treze colônias norte-americanas necessitava de uma Constituição para fortalecer a federação a que se aspirava na América, e uma Constituição consagradora da sua própria supremacia. Nasce a cláusula de supremacia constitucional insculpida na Constituição norte-americana, a qual será o fundamento pelo qual o Chief de Justice da Suprema Corte Norte Americana, Marshall, irá afirmar o judicial review – revisão judicial -, ou seja, afirmará o Poder Judiciário como poder independente e detentor do monopólio da revisão judicial com base na supremacia da Constituição, na qualidade de Poder incumbido da guarda e interpretação da Constituição, como se evidenciou no famoso leading case *Marbury versus Madison*, em 1803 (HORTA, 2012).

A atuação do Judiciário, enquanto tutor e intérprete da Constituição, abarca o desempenho de uma função contramajoritária, e contramajoritária no sentido de que tem a incumbência de anular determinados atos votados e aprovados, majoritariamente, por representantes eleitos (BINENBOJM, 2004). No entanto, o faz com vistas ao bom funcionamento do regime democrático, em observância da Constituição, e em observância do Princípio Republicano, no sentido que lhe empresta Madison, isto é, um princípio que impõe a observância da lei nas democracias (CHEVITARESE, 2016).

Nesse sentido, no desempenho de sua função contramajoritária, em verdade o Judiciário age em favor da democracia, e nisso reside a legitimidade de sua atuação (BINENBOJM, 2004). Desse modo, não obstante não ser, o Poder Judiciário, uma instituição majoritária, ou seja, a sua legitimidade não se fundamenta na representatividade, o desempenho de sua função se dá nos moldes e princípios preconizados pela Constituição, e dela retira a sua própria legitimidade.

Com efeito, percebe-se que legitimidade e representatividade são institutos que não se confundem. A representatividade consiste numa das formas de legitimidade, sendo esta o gênero do qual aquela faz parte, conforme lições do professor Ivo Dantas (2017). Desse modo, a atuação contramajoritária do judiciário não seria prejudicada em sua legitimidade em razão de não ser o Judiciário uma instituição majoritária. Por outro lado, alguns autores mencionam a chamada representatividade funcional do Poder Judiciário, como Rosanvallon (SILVA, 2015), que, juntamente com a representação política – aquela exercida pelas instituições majoritárias –, conformaria a representação complexa existente na sociedade atual (SILVA, 2015).

Nesse âmbito de afirmação do Poder Judiciário como guardião da Constituição, no exercício da jurisdição constitucional, diferentes contornos são dados ao Princípio da Separação dos Poderes. Se, durante o Constitucionalismo Moderno, a separação dos poderes se consubstanciava numa doutrina mais formalista – não obstante Montesquieu tenha previsto a necessidade de contenção do poder pelo poder –, no curso da evolução do constitucionalismo construíram-se as bases que permitiram uma maior expansão do Poder Judiciário no desempenho precípua da jurisdição constitucional, especialmente a partir do chamado *checks and balance* norte-americano, isto é, a teoria dos freios e contrapesos, que instrumentalizaria e viabilizaria a separação dos poderes, abrindo espaço para a sua realidade no Estado Democrático de Direito.

A concepção de separação dos poderes adquire diferentes contornos conforme realizada sob a égide do Estado Liberal, Estado Social ou Estado Neoliberal (NASCIMENTO, 2004). Se, no Estado Liberal, a lei seria uma norma jurídica limitadora, no Estado Social a lei se evidenciaria como um instrumento de intervenção estatal (CLÈVE, 2000). Daí resulta o Estado de Serviços (NASCIMENTO, 2004), quando, então, há uma ampliação da atuação do Estado, no desempenho de políticas distributivas e intervencionistas. Se há uma intensificação e uma ampliação do Estado, maior também a atuação do Poder Judiciário no desempenho da jurisdição constitucional, com o aumento das demandas e o nascimento de novas pretensões com base na Constituição.

Em Habermas, é no Estado Social, marcado por uma maior amplitude e margem de liberdade nas decisões judiciais, que nasce a necessidade de uma abertura de interpretação jurídica, o que somente se torna possível a partir de decisões fundamentadas em princípios (NASCIMENTO, 2004). A fundamentação em princípios permite uma

abertura para o campo da moral. Trata-se de uma abertura necessária especialmente em razão dos estágios atuais da sociedade, que se evidencia cada vez mais descentralizada (CATTONI, 2012). Somente com a orientação em princípios, é possível obter pretensões universalizáveis, e, portanto, mais legítimas e reconhecidas pelo corpo social.

Em Habermas, os princípios, dada a possibilidade de abertura moral, devem subsidiar as decisões políticas (NASCIMENTO, 2004). Nesse âmbito, a análise, pelo Poder Judiciário, das chamadas questões políticas emerge como um meio pelo qual se podem formar decisões mais legítimas. Para tanto, a jurisdição constitucional teria de se pautar em princípios universalizáveis, subsidiados pela moral, uma moral fortalecida pela interpretação principiológica da Constituição. Seria possibilitado, então, um agir comunicativo, mediante uma abertura para agentes comunicativos no processo decisório, e, conseqüentemente, evitaria a armadilha do monopólio hermenêutico judicial. Daí proporcionando o reconhecimento de identidade ideológica entre a sociedade complexa e pluralista e a Constituição que a representa, o que permite a Supremacia Constitucional, uma garantia de natureza sociológica que viabiliza estabilidade às Constituições, conforme lições do professor Ivo Dantas (2012).

Com efeito, em Habermas, propõe-se uma concepção procedimentalista da política deliberativa. Há, atualmente, três perspectivas de debate político contemporâneo a partir dos quais haverá diferentes interpretações acerca do princípio da separação dos Poderes (NASCIMENTO, 2004): perspectiva liberal, perspectiva comunitarista, e perspectiva procedimentalista.

Segundo a visão liberal, o império é o da lei, e não da Constituição. Nessa vertente, a jurisdição constitucional é vista com desconfiança (NASCIMENTO, 2004). A partir da visão comunitarista, o âmbito político é um espaço de busca de consensos, mas sem apresentar os instrumentos para tanto, pressupondo, a teoria comunitarista, a possibilidade de consensos de forma espontânea. É na visão procedimentalista, contudo, que se torna possível um alcance real dos consensos, pois concebe a sociedade como uma sociedade pluralista e vislumbra no Direito o seu caráter instrumental, e, portanto, viabilizador dos pressupostos de comunicação, pelos quais se faz ouvir a pluralidade social. São esses pressupostos de comunicação que viabilizam a formação da vontade pública de forma legítima (NASCIMENTO, 2004).

O papel da Jurisdição Constitucional, nesse âmbito, garante os pressupostos de uma comunicação, para, assim, ser possível, a obtenção de resultados racionais, revelados nas pretensões normativas, cuja eficácia depende do acatamento e aceitabilidade (NASCIMENTO, 2004). Acatamento e aceitabilidade que são obtidos quando há um agir legítimo por parte das instituições, com a possibilidade de se questionar resultados, com a possibilidade de se questionar, sobretudo, a correção dos resultados (NASCIMENTO, 2004). Eis a grande importância da Jurisdição Constitucional, que não pode encontrar limites numa interpretação absoluta do princípio da separação dos poderes, já que configura importante via de questionamento de resultados racionais.

Assim, muito embora seja, o princípio da separação dos poderes, uma garantia institucional (BONAVIDES, 2004), deve ser interpretado com necessárias adaptações. Considerando o contexto em que primeiramente fora pensado, durante os auspícios do Estado Liberal, o princípio tratado por Locke, e, posteriormente, explicado expressamente por Montesquieu (CHEVITARESE, 2016), tendo por base a realidade Inglesa, marcada pela desconfiança dos juízes, trazia um Poder Judiciário marcado pela escola da Exegese, caracterizada pelo positivismo jurídico, caracterizada pela repulsa à atuação judicial criativa. Dada a mudança do paradigma liberal, com ela nasce, também, a mudança da perspectiva pela qual se orienta a Jurisdição Constitucional, quando, então, o primado não é mais o da lei, mas, sim, da Constituição.

Em termos atuais, os ensinamentos do passado sempre emergem com grande relevância. Se, por um lado, a velha concepção moderna de separação dos poderes está considerada ultrapassada – no que toca à concepção mais rígida –, por outro, a experiência moderna, vivenciada pelos auspícios constitucionalistas, afirmará a tendência que tem os Poderes de ultrapassar os limites impostos. A realidade daquela época evidenciava o que ainda hoje ocorre: os excessos existem e precisam ser combatidos. Não é o monopólio hermenêutico judicial que pode trazer a solução para os excessos. Contudo, é mediante a jurisdição constitucional que se viabiliza o questionamento da correção ou não dos atos praticados pelas instituições. Se a jurisdição constitucional se realizar mediante uma hermenêutica principiológica, não atuará em forma de monopólio, antes viabilizará um agir comunicativo, pelo qual terão alcances decisões mais justificadas, e, nesse processo de justificação de decisões, torna-se possível obter reconhecimento de maior legitimidade.

Se as instituições majoritárias exercem um papel cuja representatividade é percebida com visibilidade mais direta, o Judiciário, enquanto poder com função precípua de zelar pela guarda da Constituição, atua de modo essencial para assegurar a manutenção do sentimento de identidade entre a sociedade e a Constituição que a representa. Nesse sentido, percebe-se, pois, que, quando desempenha seu papel contramajoritário, o Judiciário o faz em observância ao princípio republicado (CHEVITARESE, 2016).

3.5 Das Condições de Legitimidade da Justiça Constitucional

A jurisdição constitucional – ou seja, o controle de constitucionalidade – é o campo de batalha da Lei Fundamental (BONAVIDES, 2004). Nesse ínterim, relevante é o exercício da jurisdição constitucional em fazer valer a Constituição, já que é nela, Constituição, que se afiança, juridicamente, a força legitimadora das instituições, conforme lições de Paulo Bonavides (2004). A Justiça Constitucional evidencia-se como uma premissa da democracia. Segundo dispõe o autor, com base em Zagrebelsky, duas seriam as condições da Justiça Constitucional, uma de caráter jurídico-formal (teórica) e outra de caráter político-substancial (pragmática).

A condição jurídico-formal da Justiça Constitucional consistiria na necessidade do declínio formal da lei, e assunção do seu lugar, antes ocupado por ela – lei –, pela Constituição. Trata-se, portanto, de uma condição teórica (BONAVIDES, 2004). Por outro lado, a condição político-substancial, de ordem pragmática, consistiria no pluralismo das forças constitucionais. Assim, o processo de dessacralização da lei, somado ao pluralismo das forças constitucionais, isto é, condições teórico-pragmáticas, abriria espaço para o crescimento da importância da Constituição, e, conseqüentemente, na necessidade de sua guarda, legitimando a Justiça Constitucional (BONAVIDES, 2004).

Dessa forma, percebe-se que há pressupostos para a legitimidade da Justiça Constitucional, que, a partir das condições jurídico-formal e político-substancial, retira sua legitimidade da própria Constituição, pois a condição jurídico-formal põe a Constituição como fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico.

No exercício da jurisdição constitucional, tem a Justiça Constitucional de radicar-se na lei, ou sobre a lei, mas uma lei assentada sobre princípios, realizando uma dialética

revolucionária dos princípios (BONAVIDES, 2004), isto é, empreendendo uma hermenêutica principiológica, necessária ao legítimo desempenho da jurisdição constitucional na sociedade atual, marcada pelo pluralismo (CATTONI, 2012). Os princípios evidenciam-se como o alfa e o ômega de toda Lei Fundamental, são a razão, consciência e espírito de uma Constituição (BONAVIDES, 2004). Para tanto, há necessidade de ser, a Justiça Constitucional, uma instância neutra, solucionadora de conflitos constitucionais, devendo-se pautar na observância do princípio democrático-jurídico, com fins a promover a Justiça e a Democracia, sob pena de servir a causas estranhas a sua vocação última e primeira (BONAVIDES, 2004).

Não obstante seja a legitimidade da Justiça Constitucional uma legitimidade jurídica, fundamentada na Constituição, possui, também, paradoxalmente, uma legitimidade política, responsável pela estabilidade do Poder, o que lhe permite um reconhecimento social, não obstante tal evidencie certa politização da jurisdição constitucional, o que deve ser tomado com cautela, a fim de se preservar a Constituição e os papéis que ela reserva às instituições. (BONAVIDES, 2004).

Para Habermas, o controle de constitucionalidade das leis deveria ocorrer tão somente no âmbito interno do legislativo, no entanto, tal não ocorre, e a história demonstra que há sempre transferência dessa atividade para o âmbito dos Tribunais (SAAVEDRA, 2006). Já que essa é uma realidade fática, Habermas procura apresentar subsídios para que os Tribunais realizem essa atividade a nível discursivo, mediante os discursos de justificação, não se restringindo ao âmbito puramente jurídico da adequação das normas, mas valendo-se de princípios neutros, universalizáveis (BENTO, 2004). Em Habermas, os conflitos e dissensos são resolvidos mediante o recurso a princípios neutros e processos de justificação, isto é, decisões que permitiram reflexões e abertura para os agentes comunicativos sociais.

O Tribunal Constitucional (órgão da Justiça Constitucional), numa perspectiva procedimentalista, movimenta-se no interior das competências de aplicação do Direito quando o processo democrático do qual é encarregado de proteger não se evidencia como um regime de exceção, isto é, não se revelar como um desvio para fins privados e pessoais (SAAVEDRA, 2006). Somente assim o exercício da jurisdição constitucional se dará de forma legítima, cumprindo com a guarda da Constituição numa democracia deliberativa, sob o primado do Estado de Direito.

A finalidade da jurisdição constitucional não é outra senão garantir o valor da Constituição (DANTAS, 1996), representando, o controle de constitucionalidade – seja difuso, seja concentrado, seja empreendido por um órgão de cúpula do Poder Judiciário, seja por um órgão à parte, como o são alguns Tribunais Constitucionais – um dos pilares fundamentais garantidores da supremacia e suprallegalidade da Constituição, conforme leciona o professor Ivo Dantas Cavalcanti (1996). De nada adiantaria a declaração de supremacia de uma Constituição se não existissem mecanismos que viabilizassem sua conservação no topo do ordenamento jurídico (DANTAS, 2012). Sendo a Constituição produto de um super- poder, o Poder Constituinte, manifesto numa Assembleia Nacional Constituinte, representativa do Povo, não poderia ela ocupar um espaço qualquer no ordenamento jurídico, daí ser dotada de suprallegalidade (DANTAS, 1996).

A condição de fundamento de validade de todo ordenamento jurídico impõe que seja garantida a supremacia da Constituição, um indicador de que a sociedade possui um sentimento de reconhecimento e identidade para com a Constituição que a representa (DANTAS, 1996). Esse sentimento de identidade entre a sociedade e sua Constituição é possibilitado pela imutabilidade relativa, característica de toda Constituição que possui durabilidade e eficácia num dado ordenamento jurídico (DANTAS, 1996).

Com efeito, o exercício da jurisdição constitucional é salutar para a manutenção da supremacia e suprallegalidade de uma Constituição (DANTAS, 1996). Para tanto, a jurisdição constitucional tem de se dar mediante uma hermenêutica constitucional pautada em princípios, sendo estes os pressupostos de uma interpretação constitucional que permite a manutenção da supremacia constitucional e o reconhecimento de identidade entre a sociedade e sua Constituição.

4 PROCESSO LEGISLATIVO E REGIME POLÍTICO NO CONTEXTO BRASILEIRO

*“O processo legislativo parlamentar serve para acertar e resolver as contradições dos interesses representados nas Câmaras Legislativas numa síntese que vem a ser a lei jurídica. Vale para o processo legislativo o que disse Couture para o processo judicial: ‘Chega-se à verdade por oposições e refutações: por teses, por antíteses e por sínteses’. Claro que, muitas vezes, a verdade, a que se chega através da lei, é apenas formal, como na sentença judicial, pois que a lei jurídica nem sempre corresponde ao Direito sócio-cultural, nem sempre interpreta a realidade social segundo um princípio de justiça. Várias vezes, o direito legislado representa tão-só um compromisso entre os interesses em choque”.*⁵

4.1 Questões Preliminares

O estudo do processo legislativo pressupõe a compreensão de institutos preliminares de grande importância, devido à influência que exercem sobre a feitura das leis num dado ordenamento jurídico. As experiências Constitucionais brasileiras revelam a relação direta entre o regime político vigente e a forma de produção das leis, e, bem ainda, relevam as repercussões do regime político, inclusive, na organização institucional dos legitimados à produção das leis. Não são poucas as variáveis determinantes da produção legislativa, que sofre influências, também, do Sistema de Governo vigente. Nesse sentido, leciona Dagoberto Liberato Cantizano (1985):

Os diversos tipos de processos de elaboração de diplomas legais estão em íntima e estreita vinculação com as formas de governo, seu exercício, ou seja, com a organização política do Estado. De acordo com a distribuição dos Poderes do Estado e o modo pelo qual eles funcionam, teremos, por via de consequência, o exercício de processos legislativos diferentes.

Verifica-se uma relação entre Regime Político e Forma de Governo, institutos que se encontram interligados, e que determinarão toda a organização dos Poderes Estatais. Valendo-se dos ensinamentos de Pablo Mejía, leciona o Professor Ivo Dantas (2014) que

⁵ SILVA, José Afonso. Princípios do processo de formação das leis no direito constitucional. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 1964.

o Sistema de Governo indica a formação e estrutura dos órgãos supremos de um Estado, igualmente entendendo Paulo Bonavides, para quem a Forma de Governo estaria relacionada à organização e funcionamento do Poder Estatal. Vale ressaltar que os referidos autores entendem Forma de Governo e Sistema de Governo como expressões sinônimas, mas alerta a doutrina do Professor Ivo Dantas (2012) que a identificação dessas expressões como sinônimas é objeto de controvérsia doutrinária.

Em se tratando de regime político, sua definição revela as relações existentes entre governantes e governados, bem como considera o modo de ascensão ao Poder Estatal, e a legitimidade de investidura no poder político. Nesse âmbito, discorrendo acerca do regime político de forma assertiva, é a doutrina do Professor Ivo Dantas (2014):

“Regime político é o estudo dos processos pelos quais os governantes chegam ao poder, com a participação, ou não, dos governados. Em outras palavras: buscamos saber, no estudo do regime político, qual a participação da sociedade civil nos processos de formação e aplicação do Direito, o que, no Estado contemporâneo, implica o problema da representação política, visto que não mais conhecemos a forma de Democracia Direta, hoje substituída pela Democracia Indireta e/ou semidireta, esta possível através de certos institutos que bem a caracterizam e que estão consagrados na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 14, incisos I, II e III”. (Grifo nosso).

O regime político, portanto, revela o processo de legitimação do exercício do poder político, e se relaciona, assim, com a própria representatividade política, seja ela uma representatividade imposta, como se verifica nos processos autocráticos, os quais se autolegitimam, mas que, também, poderão, curiosamente, estar legitimados pela aquiescência social. O regime político, desse modo, revela a forma como os Poderes do Estado encontram-se estabelecidos, ou seja, qual a base legitimadora do exercício do poder político, isto é, se é a sociedade que lhe constitui e legitima, ou, pelo contrário, se esse poder se autolegitima.

Nesse âmbito, há que se destacar que o regime político não se confunde com a ideologia política. Nesse sentido é a doutrina do Professor Ivo Dantas (2014):

“Pelo visto, Giorgio Agamben, Ortega e Gasset e Francisco Ayala bem souberam distinguir as duas realidades, ou seja, o regime político (processo de escolha dos governantes) e a ideologia que o informa e que poderá ser liberal, socialista etc., sem que a configuração desta modifique, necessariamente, aquele. Assim, por exemplo, é que se pode falar de uma Monarquia Hereditária Liberal, mesmo quando se sabe que

a herança é um processo autocrático de escolha dos governantes, ou mesmo de uma Democracia Absoluta nos moldes hobbesianos, onde os governantes fossem eleitos pelos governados, mas, quando do exercício do poder desconhecem a existência de direitos e garantias individuais, consagrando, desta forma, um Transpersonalismo do Estado, nos moldes espartanos”. (grifo nosso).

Assim, a ideologia não se confunde com o regime político, antes, o informa, e pode ser variada, tanto que não necessariamente uma democracia, por exemplo, estará informada por valores liberais, conforme as lições acima colacionadas. Dessa forma, seja um regime político democrático, autocrático, ou um regime misto, estes poderão estar informados pelas mais variadas ideologias. Nesse sentido, abalizada doutrina do professor Ivo Dantas (2014):

“Traduzindo tudo o que até aqui foi dito, e de forma esquemática, temos, então, em nosso entender, o seguinte quadro: Forma de Estado: estudo da estrutura vertical e morfológica do Estado. Analisa-se a unicidade ou pluralidade dos ordenamentos jurídicos, e, em consequência, a existência de um ou vários centros decisórios de poder na referida perspectiva, não devendo esta expressão ser confundida com Formas Históricas de Estado: Estado Unitário e Estados Compostos (Federação e Confederação); Formas de Governo (ou Sistema de Governo): estudo dos órgãos do poder político e as relações entre eles – estrutura horizontal e funcional (Monarquia e República): Parlamentarismo, Presidencialismo e Sistema Colegiado; Regimes Políticos: relacionamento entre governantes e governados no tocante à maneira como os primeiros são escolhidos – com ou sem participação dos segundos: Democracia, Autocracia e Regimes Mistos”. (Grifo Nosso).

Nesse âmbito, pontuais são as palavras de Raul Machado Horta (1989, p.5-6):

“O processo legislativo não existe autonomamente, como valor em si, pois é uma técnica a serviço de concepções políticas, realizando fins do poder. Daí sua mutabilidade no tempo e sua compreensão variada, refletindo a organização social, as formas de Governo e de Estado, a estrutura partidária e o sistema político. As relações entre o Executivo e o Legislativo podem ser substancialmente alteradas pelo número e disciplina dos partidos políticos, com reflexos inevitáveis na fixação do processo legislativo correspondente. Assim, quando o Executivo e o Legislativo não passam de dois setores entregues à atividade de um só partido, ou de um partido majoritário e dominante, as relações de poder são relações de partido, e o processo legislativo exibirá auto índice de automatismo. As regras normativas do processo legislativo desempenharão, nesse caso, uma função secundária, pois as relações políticas se encarregam de estabelecer adequado ajustamento entre a vontade governamental e a vontade legislativa. Mas se as relações entre o Executivo e o Legislativo se ressentem da ausência de partido majoritário, por força de difusa concorrência partidária, as relações entre executivo e legislativo serão movediças, e muitas vezes críticas, e o processo legislativo se tornará polêmico e contraditório, reclamando desenvolvidas normas de composição de conflitos. Enquanto no

primeiro caso a lei exprime vontade homogênea, no segundo ela é resultado de vontade polêmica e heterogênea”.

Nesse âmbito, percebe-se, conforme afirmado por Raul Machado Horta, que o processo legislativo não se revela autonomamente, sendo influenciado por diversos fatores, e estando a serviço de interesses políticos, daí a complexidade da produção das leis, que ora pode representar interesses homogêneos, ora interesses heterogêneos. Em um ou em outro caso, as relações de poder acabam sendo relações de partido. Daí a relação existente entre o modo de produção das leis e a as formas de Governo e de Estado, a estrutura partidária e o sistema político. Por essa razão, imperativa se faz a tutela da produção das leis num Estado Democrático de Direito.

4.2 Dos Partidos Políticos como Pressupostos Fundamentais do Exercício Democrático

A doutrina tem atentado para o exercício da democracia, que encontra sua viabilidade, atualmente, na representatividade, seja ela indireta, seja ela semidireta. Nesse âmbito, os partidos políticos desempenham importante e fundamental papel representativo democrático, a ponto de autores como Kelsen conceberem que o regime político democrático se efetiva no chamado Estado de Partidos (DANTAS, 2014).

Nesse sentido, os ensinamentos de Lipson, Afonso Arinos de Mello Franco, Linares Quintana relevam que um governo representativo, nos moldes em que se encontra concebida a democracia nos dias atuais, pressupõe a atuação de partidos políticos (DANTAS, 2014). Nesses autores, o regime político democrático viabiliza-se pela existência de partidos políticos, que desempenham papel representativo.

Sob uma perspectiva jurídica, verifica-se que os Partidos Políticos funcionariam como organizações de Direito Público, configurando verdadeiros instrumentos de governo, e que, uma vez instituídos, geram efeitos jurídicos de vínculo social, e, bem ainda, vínculo no interior dos próprios partidos políticos, no sentido de imputar-lhes compromissos com a sociedade, conforme doutrina o professor Ivo Dantas (2014), valendo-se dos ensinamentos de CARLOS S. FAYT.

Não obstante a importância indiscutível dos partidos políticos para a democracia atual, a realidade de partidos políticos como representantes num Estado democrático nem sempre esteve presente, mas decorreu de uma evolução do regime democrático. No Brasil, os Partidos Políticos encontraram seu reconhecimento com o advento da Constituição

Federal de 1988, durante o processo de democratização do Estado brasileiro. Nas Constituições brasileiras anteriores, embora fossem uma realidade brasileira, os partidos políticos não se encontravam reconhecidos no desempenho de seu papel político de representantes dos anseios sociais, especialmente no que se refere à atuação no interior do Parlamento, o qual, devido as hipertrofias do Poder Executivo, teria suas atividades restringidas por regimes políticos autoritários, ocasionando comprometimento da independência do Legislativo, com reflexos para o processo legislativo, que, por diversas ocasiões, prestou-se à vontade do Executivo.

Quanto aos grupos parlamentares, importa destacar os ensinamentos de Mónica Martin de Hijos Merino, em seu artigo intitulado ‘Los Grupos Parlamentários desde una Perspectiva Histórica’, publicado pela Assembleia Legislativa de Madrid, no qual faz a diferenciação acerca dos grupos parlamentares em sentido estrito, e em sentido amplo. Nesse sentido, discorre a autora:

“Respecto al origen de los Grupos Parlamentarios tenemos que distinguir entre Grupo Parlamentario en sentido estricto, como sujetos del Derecho Parlamentario reconocidos por los Textos Constitucionales y los Reglamentos de los Parlamentos, que atribuyen a sus integrantes un estatus especial que les permite participar de manera estable en los diferentes órganos que integran las Cámaras y, por otro lado, Grupos Parlamentarios en sentido amplio, refiriéndonos, en este caso, a fenómenos de asociación en el interior de los Parlamentos basados principalmente en la afinidad política de los Diputados que los integran”.

Tal diferenciação se revela de suma importância para a compreensão da perspectiva sobre a qual está sendo analisado o parlamento brasileiro no desempenho de sua atividade legislativa, o que demonstra que pode o parlamento ser analisado sob o enfoque da instituição do Poder Legislativo, ou sob o enfoque das relações acordadas entre os parlamentares, e suas afinidades políticas manifestas mediante relação entre partidos políticos.

4.3 Da Constitucionalização do Processo Legislativo Brasileiro

A análise da constitucionalização do processo legislativo brasileiro demonstra como se dá a produção das leis no âmbito das diversas Constituições brasileiras. Representa a racionalização do exercício do Poder Legislativo, que passa a ser exercido nos moldes prescritos pela norma suprema, encontrando limitações nos princípios

constitucionais estabelecidos e vigentes em cada período de experiência Constitucional das instituições políticas brasileiras.

Quanto à representação política, importante colacionar alguns apontamentos feitos por Octaciano Nogueira (1999) tratando da Constituição de 1824. Nas palavras do autor (1999, p. 43):

“A representação política brasileira na Carta de 1824, ao contrário do que ocorreu nas Cartas francesas de 1791, 1793 e 1848, era dividida em duas Câmaras: a dos Deputados, temporária e eletiva, e a dos Senadores, igualmente eletiva, mas vitalícia. A escolha dos Senadores se operava tal como a dos Deputados, por meio de sufrágio censitário, em dois graus, escolhendo os eleitores de paróquia os de província os Deputados e Senadores. Ao contrário do que ocorria com a dos deputados, porém, as eleições dos Senadores, segundo o artigo 43, era feita ‘em listas tríplexes, sobre as quais o imperador escolherá o terço na totalidade’.

No tocante ao Poder Legislativo da Constituição de 1891, dispõe Aliomar Baleeiro (1999, p. 29):

“O Poder Legislativo era exercido pelo Congresso com a sanção do Presidente da República, que, todavia, poderia vetar projetos de lei, mas só no todo, como nos EUA. Só depois de 1926, foi admitido o veto parcial. A legislatura era de três anos. Os deputados eleitos diretamente na proporção de um para 70.000 habitantes e os senadores, três para cada Estado, eram eleitos por 9 anos, renovando-se pelo terço em cada triênio. Uns e outros eram invioláveis por suas palavras e opiniões no exercício do mandato e gozavam de imunidade, não podendo ser presos nem processados sem licença da Câmara, salvo flagrante. O naturalizado podia ser eleito depois de quatro anos para deputado e de seis para senador. O congresso votava o orçamento anual, autorizava empréstimos, regulava o comércio exterior e interno, a guerra e a paz, resolvia sobre tratados com nações estrangeiras, fixava as forças de terra e mar, declarava o estado de sítio, concedia anistia e legislava sobre todas as matérias de competência da União. Estabeleceu-se o regime presidencialista de tipo norte-americano, e, em consequência, o Poder Executivo não podia dissolver a Câmara dos Deputados, nem era obrigado a escolher Ministros de confiança desta ou exonerá-los se perdessem essa confiança: diferença fundamental entre a Constituição escrita de 1891 e a Constituição viva de 1824”.

A respeito do Poder legislativo na Constituição de 1934, Ronaldo Poletti (1999, p. 22) dispõe:

“A comissão elaboradora do anteprojeto optou pelo sistema unicameral: ‘o Poder Legislativo será exercido pela Assembleia Nacional com a sanção do Presidente da República’ (artigo 20). Era a tese vitoriosa de Mangabeira. Contra ela, apenas se manifestou a voz de Arthur Ribeiro, que, aliás, também se opusera à unificação da Magistratura e que se retirara da Comissão em face da aprovação de emenda instituidora da federalização da organização judiciária. O Senado seria suprimido. Em seu lugar, criado o Conselho Supremo. (...) Seria o Conselho Supremo

composto de 35 conselheiros mais os ex-Presidentes da República, que houvessem exercido o cargo durante pelo menos três anos. Deveriam eles ser brasileiros natos, maiores de 35 anos, estar no exercício dos direitos políticos, com reconhecida idoneidade moral, reputação de notável saber ou ter exercido cargos superiores de administração ou da Magistratura ou se salientando no Poder Legislativo nacional, ou, de outro modo, por sua capacidade técnica ou científica (art. 67, §1º). Os conselheiros gozariam das imunidades asseguradas aos deputados à Assembleia Nacional (art. 67, § 5º) e exerceriam o múnus por sete anos, podendo ser reeleitos ou nomeados para um novo setênio (§4º). Seriam escolhidos por critérios variados e algo sofisticados, embora de evidente sentido representativo”.

A respeito do sistema representativo na Constituição de 1946, Barbosa Lima Sobrinho (1999, p. 30) leciona:

“Outra reforma de vulto, embora não sejam unânimes as opiniões a respeito de suas vantagens, nem animadores os resultados de sua aplicação, foi a que trouxe, para o Brasil, a adoção do sistema de representação proporcional, que não era, decerto, uma ideia nova, mas que nunca lograra acolhimento, entre os nossos legisladores, não obstante referida, aqui e ali, como um processo eficaz para a representação das minorias. Sob esse aspecto, não há como lhe contestar os merecimentos. Não conheço melhor sistema para a representação das minorias, nem pior para a constituição das maiorias”.

Acerca da evolução das legislaturas brasileiras, leciona Júlio Roberto de Souza Pinto que, durante o império, as legislaturas eram de quatro anos, havendo sessões anuais de quatro meses, com reuniões conjuntas dirigidas pelo Presidente do Senado. Explica o referido autor que as propostas legislativas eram acrescentadas pelos parlamentares e, bem ainda, pelos Ministros de Estado, estando as leis que versavam sobre impostos reservadas à iniciativa exclusiva da Câmara dos Deputados, inexistindo iniciativa popular de leis, bem como não tendo o Poder Judiciário qualquer iniciativa em leis. As reuniões conjuntas das Câmaras davam-se tão somente para resolver divergências, e os vetos às leis estavam à cargo do Imperador, que, restando silente, acabava por vetá-las, de modo que os vetos imperiais seriam tácitos, num contexto de Constituição que o citado autor classificou como semirrígida.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil trouxe uma legislatura cuja duração seria reduzida para três anos, embora mantidas as sessões de quatro meses, conforme leciona Júlio Roberto (2009), acrescentando que as reuniões permaneceriam conjuntas e não deliberativas, e a iniciativa das leis seria reservada ao chefe do Executivo, ao passo que, em sede de reforma constitucional, a iniciativa caberia tão somente a deputados e senadores. Segundo o referido autor, o processo legislativo que consagrara a Constituição de 1891 seria marcadamente complexo, e suprimido seria o veto tácito

anteriormente consagrado na Carta de 1824. A Constituição de 1891 traria, por sua vez, limitações materiais ao poder de reforma constitucional (PINTO, 2009, p. 117). A República dos Estados Unidos pós-1934, explica o autor, retomou o prazo de duração de quatro anos das legislaturas, tendo ampliado as sessões legislativas para seis meses, determinando uma seção permanente do Senado para os períodos de recesso. Seria possibilitada a iniciativa de leis por parte do Judiciário, e estabelecidas limitações circunstanciais às reformas da Constituição (PINTO, 2009, p. 119). A República dos Estados Unidos do Brasil pós-1937, por sua vez, traria a duração das sessões legislativas por um período de quatro meses, e determinando o funcionamento do Parlamento tão somente por iniciativa do Presidente da República. Fora um período marcado pela dissolução da Câmara dos Deputados pelo chefe do Executivo, com limitações, inclusive, às emendas parlamentares, e a consequente simplificação do processo legislativo, com aprovações de orçamento público por simples decurso de prazo, e a ampliação do prazo para a sanção presidencial, e, bem ainda, elevação do quórum para derrubada do veto presidencial, explica Júlio Roberto (2009, p. 123), que afirma, ainda, a facilitação das propostas de emenda à Constituição apresentadas pelo Presidente da República.

Continuando suas análises, o citado autor leciona que no período pós-1946, as sessões legislativas seriam novamente ampliadas, dessa vez para nove meses, sendo suprimida a possibilidade de dissolução da Câmara dos Deputados pelo Presidente da República, bem como trazida a possibilidade de apreciação dos vetos presidenciais em reuniões conjuntas do Congresso Nacional. As leis orçamentárias, por sua vez, permaneceriam sob o crivo do chefe do Executivo, que sobre elas teria poder de iniciativa exclusivo, embora fosse impedida a iniciativa de reforma constitucional pelo Presidente da república, possibilitadas novamente seriam as emendas parlamentares, embora conservado o quórum elevado para a derrubada dos vetos presidenciais, embora restabelecidas as limitações materiais e circunstanciais às reformas constitucionais (PINTO, 2009, p. 126).

A República Federativa do Brasil pós-1967, por sua vez, traria sessões legislativas reduzidas para oito meses, divididas em dois períodos, havendo apreciação de decretos-leis, de projetos de lei, de orçamento e de proposta de emenda por reuniões conjuntas do Congresso Nacional, bem como haveria uma ampliação do poder do Presidente da República com iniciativa exclusiva de leis, inclusive havendo inclusão de leis financeiras; ademais, seria restabelecido o poder de iniciativa de reforma constitucional ao Presidente

da república, e as emendas ao orçamento seriam proibidas, conforme leciona Júlio Roberto (2009), que acrescenta, ainda, que as comissões parlamentares permanentes teriam poder para rejeitar projetos de lei, possuindo as Comissões de Constituição e Justiça poder para rejeitar projetos por inconstitucionalidade. Segundo o referido autor, analisando a Constituição de 1967, o Chefe do Executivo teria a prerrogativa de atribuir urgência aos projetos de lei de sua autoria, que poderiam ser aprovados por decurso de prazo. Seriam introduzidas dentre as espécies legislativa as leis complementares, bem como mantido o veto por decurso de prazo. O processo de reforma da Constituição seria alterado (PINTO, 2009, p. 129). A Constituição Federal de 1988, por sua vez, traria a ampliação da sessão legislativa novamente, por um período superior a dez meses, com manutenção dos períodos legislativos, suprimindo o poder convocatório do Presidente da república, mantida a iniciativa exclusiva de leis do Presidente da República para determinadas matérias, e introduzida a iniciativa popular de leis, permitidas as emendas parlamentares nas leis orçamentárias, embora com restrições, garantindo-se poder conclusivo de aprovação de projetos de lei a comissões da Câmara e do Senado, conforme leciona Júlio Roberto, o qual, ainda dispõe que seria suprimida a aprovação por decurso de prazo de projetos de lei do Presidente da República, elidida a manutenção de vetos do Presidente da República por decurso de prazo, garantida a possibilidade de emenda e revisão constitucionais.

Nesse âmbito, importante conhecer a ideologia presente nas Constituições brasileiras, uma vez que a ideologia constitucional evidencia o regime político presente nas Constituições, e, por conseguinte, reflete no exercício dos Poderes, e, em se tratando do processo legislativo, irá revelar a essência dos princípios orientadores do processo legislativo, bem como a estruturação do Poder Legislativo, sua autonomia ou submissão frente aos demais Poderes. A compreensão do que vem a ser ideologia constitucional se evidencia como pressuposto fundamental de importância. Nesse sentido, a doutrina do professor Ivo Dantas (2014), com raízes nas lições e Paulo Bonavides, *in verbis*:

“Nesse sentido é o que se justifica o avanço, cada vez maior, dos estudos de História e/ou Sociologia do Direito, dos quais, evidentemente, não poderia fugir o Direito Constitucional, sem dúvida o que mais sente de perto esses condicionamentos, em consequência do fato de que, como norma essencialmente de natureza política, nela se manifestam – mais do que em qualquer outra – o conteúdo ideológico do momento histórico-político, dando origem ao estudo da denominada **ideologia constitucional**”. (Grifo nosso).

A regulamentação da atividade legislativa desenvolveu-se sob diferentes perspectivas. As atividades parlamentares desenvolveram-se em momentos em que se pode observar tanto uma ascensão do Poder Legislativo, quanto o seu enfraquecimento, o que geraria repercussões no âmbito prático de feitura das leis emanadas do Legislativo.

Nesse âmbito, em decorrência da constitucionalização do procedimento legislativo, a produção normativa passou a ser realizada segundo os parâmetros Constitucionais orientadores da feitura das normas. Os regimentos internos das casas legislativas deixaram de ser as únicas fontes reguladoras da atividade parlamentar.

Ocorre que esses parâmetros irão variar conforme as Constituições brasileiras, as quais demonstram ora haver um maior respeito às instituições democráticas, ora uma inobservância aos pilares da democracia, evidenciando crises políticas com repercussões óbvias na observância no princípio da separação dos Poderes, comprometido devido às variações de regimes políticos experimentados nas Constituições brasileiras.

Não somente o processo legislativo será constitucionalizado, mas haverá, como descreve Raul Machado Horta (2010), um fenômeno que ele denominou de ritualística dos Regimentos Internos das casas legislativas, que passarão a incorporar normas materialmente constitucionais. O comando constitucional, desse modo, emanará não só dos dispositivos expressamente previstos nas Constituições, como também nos Regimentos Internos das casas do Poder Legislativo, verdadeiras fontes do Direito Parlamentar, e, bem ainda, dos deveres parlamentares, consubstanciados principalmente na feitura das leis, razão pela qual verifica, Raul Machado Horta (2010), nos Regimentos Internos das Casas Legislativas, uma função completiva da elaboração legislativa. As normas dos Regimentos Internos, contudo, irão variar quanto à força obrigatória, quanto à origem e, bem ainda, quanto à possibilidade de serem elas modificadas pelos próprios parlamentares. Daí Raul Machado Horta classificá-las em plásticas, rígidas, escritas ou consuetudinárias.

Embora a feitura das leis pertença ao domínio do Poder Legislativo, esse poder deve necessariamente se orientar conforme as normas e princípios constitucionais que lhe regem. O fenômeno da constitucionalização do processo legislativo trouxe a possibilidade de realização de um maior controle sobre a produção normativa estatal.

No contexto brasileiro, Raul Machado Horta (2010) enumera o modo como esteve organizado o Poder Legislativo brasileiro, destacando ter sido ele essencialmente bicameral, com variações nas Constituições brasileiras. Explica o referido autor que o bicameralismo brasileiro teria feições aristocráticas na Constituição Federal de 1824, seria um bicameralismo marcadamente equilibrado na Constituição de 1891, ao passo que, na Constituição de 1934, seria bicameralismo incompleto ou monocameralismo temperado. Na Constituição de 1937 seria um bicameralismo marcadamente autoritário, com a retomada do bicameralismo de equilíbrio na Constituição de 1946, para, na Constituição de 1967, haver o desfazimento do bicameralismo de equilíbrio, com a submissão do processo legislativo ao Presidente da República.

A Constituição de 1891, a primeira Constituição republicana do Brasil, trazia consigo um processo legislativo que Raul Machado Horta denominou de complexo, em razão das sucessivas fases de atos alternados de revisão dos projetos legislativos, resultando num processo de revisão complexa das emendas acrescidas ao projeto, que passava a tramitar repetidas vezes nas casas legislativas até a obtenção de consenso.

A complexidade residia, especialmente, na necessidade de haver sempre o retorno à casa iniciadora com fins a verificar as revisões implementadas, o que ocasionava uma maior lentidão na produção das leis, mas, também, revelava a existência de um equilíbrio no desempenho das atividades do Senado Federal e da Câmara dos Deputados. Daí a ideia de bicameralismo de equilíbrio mencionada pelo autor. Tratava-se, assim, de um processo legislativo marcado pelo requintamento técnico, incansavelmente deliberativo, com organização formal das discussões.

No contexto brasileiro, é possível observar que, durante a vigência das diversas Constituições, os Poderes do Estado disputaram um maior domínio político. Por vezes, será perceptível uma hipertrofia do Poder Legislativo, ora uma hipertrofia do Executivo, com atrofia dos demais Poderes. A Constituição de 1934 revela o contexto da crise do Senado Brasileiro, com a tentativa, na Constituinte de 1933, de alienar o Senado Federal da Constituição brasileira, com vistas à implantação do monocameralismo. A sociedade europeia do Pós-Primeira Guerra Mundial traria importante influência quanto a essa tendência monocameralista de organização dos Parlamentos, devido, especialmente, a afirmação da Câmara dos Deputados como expressão maior da vontade do povo,

configurando verdadeiro governo das massas, em contraposição à aristocracia que marcara a constituição do Senado nos diversos ordenamentos jurídicos (HORTA, 2010).

Não obstante a tentativa de retirada do Senado Federal da composição parlamentar brasileira, essa não prosperou, mas resultou no chamado monocameralismo temperado, ou bicameralismo eventual, de modo que a maior parte das atividades legislativas restava a cargo da Câmara dos Deputados, sendo convocado o Senado Federal somente em algumas ocasiões. Percebia-se a existência de um hibridismo, ou seja, a convivência de um monocameralismo com um bicameralismo, atestado pelos estudos de Raul Machado Horta. Esse hibridismo geraria consequências para o processo legislativo, que passa a ter um trâmite mais célere, já que se perfazia, na maioria das vezes, no interior da Câmara dos Deputados.

Embora haja um enfraquecimento do bicameralismo na Constituição Federal de 1934, bicameralismo este que depois será retomado na Constituição de 1946, é na vigência da Constituição de 1934 que haverá um maior detalhamento do processo legislativo, com a disposição, no texto constitucional, da titularidade específica para a iniciativa em projetos de lei. Com esse detalhamento, é possível verificar o avanço no processo de constitucionalização da feitura das Leis. Nesse âmbito de especificação das iniciativas em projetos legislativos, atenta Raul Machado Horta para o crescimento da liderança normativa do Presidente da República, liderança esta que atingirá seu auge na Constituição de 1967.

Importantes técnicas legislativas são implementadas com a Constituição Federal de 1934, as quais irão contribuir para uma maior celeridade no processo legislativo, a exemplo da possibilidade de inclusão de projetos de lei na ordem do dia, estatuinto-se, assim, o princípio da urgência legislativa no âmbito do processo legislativo (HORTA, 2010).

A Constituição de 1937, por seu turno, revela a influência direta do autoritarismo sobre o processo legislativo (HORTA, 2010), o qual passa a subordinar-se à autoridade máxima do Estado, qual seja, o Presidente da República. O autoritarismo latente revela-se, sobretudo, na iniciativa exclusiva do Presidente da República em algumas matérias constitucionais, combinado com a proibição de emendas aos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República. Raul Machado Horta fala em monopólio do chefe do Executivo, o qual teria a faculdade de suspender qualquer projeto em trâmite, caso

desejasse oferecer projeto de lei sobre o mesmo objeto de deliberação proposto pelas casas parlamentares. Era o que prescrevia o artigo 64, § 2º, CF/1937. Daí Raul Machado Horta nomear o processo legislativo da Constituição de 1937 como um processo legislativo nominal.

A respeito do unicameralismo e bicameralismo no Brasil, leciona José Afonso da Silva (1964, p. 61):

“É da tradição constitucional brasileira o princípio de divisão do Legislativo em dois ramos. Mesmo no período de 1934 a 1937 o princípio prevaleceu, sob certos aspectos, embora se dispusesse que o Poder Legislativo era exercido pela Câmara dos Deputados com a colaboração do Senado Federal, dando a impressão de se ter adotado o unicameralismo, e não se pode negar que, fundamentalmente, assim, deve ser entendido, porquanto o Senado Federal não foi colocado e organizado nos moldes tradicionais como ramo do Poder Legislativo, mas como órgão de organização dos Poderes. Sua função legislativa restringiu-se consideravelmente, podendo mesmo dizer-se que a normatividade do Direito brasileiro ficou a cargo, em parte, apenas de uma Câmara que era a dos deputados; ao Senado incumbia promover a coordenação dos poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura de leis e praticar os demais atos de sua competência”.

4.4 Da Jurisdição Constitucional do Processo Legislativo: breves notas introdutórias acerca da Justiça e Jurisdição Constitucionais

A atividade de legiferação é compreendida num sentido lato, isto é, abrange toda a atividade normatizadora do Estado, seja aquela manifesta por meio de uma assembleia constituinte, seja aquela manifesta por uma assembleia legislativa ordinária, no exercício da atividade legislativa *stricto sensu*. Abarca, inclusive, a atividade regulamentadora, conforme afirmará Mayr Godoy (1987), para quem se torna importante diferenciar a atividade normativa do Estado resultante de uma Assembleia Constituinte daquela atividade normativa resultante de uma assembleia legislativa ordinária, que, com base na norma fundamental, elabora as leis.

Nesse âmbito, possível afirmar, a partir da doutrina do referido autor, que a legiferação, como um objeto da técnica constituinte e legislativa, apresenta duas situações diversas, e diversas especialmente no que se refere à origem das ações que levam a cabo atividade legislativa, pelo que, na ação constituinte, haveria uma projeção da comunidade, através de seu corpo eleitoral, formador de uma assembleia que, segundo ele, seria livre

e incondicionada, agindo em nome do povo, com finalidade de constituir e limitar os poderes do Estado como forma de instrumentalização da vontade expressa em direitos (GODOY, .p. 37). Mas com isso não se quer afirmar que essa mesma vontade representativa não desempenhem as assembleias ordinárias, que devem respeito, sobretudo, à norma fundamental posta pela Assembleia Constituinte, e que, por isso, reproduzem, ou deveriam reproduzir, a vontade do povo nela expressa.

A princípio, algumas considerações acerca da diferenciação entre Justiça Constitucional e Jurisdição Constitucional são necessárias para situar o âmbito da presente análise. Segundo doutrina do professor Ivo Dantas (2012), há um problema terminológico próprio das ciências sociais que resulta num maior grau de dificuldade para a compreensão dos institutos, mormente em se tratando da ciência do Direito, cujas nomenclaturas revelam-se fartas. Nesse sentido, importa salientar as diferenças existentes entre o que vem a ser Justiça Constitucional, bem como a Jurisdição Constitucional. Não é demais destacar que há divergências doutrinárias quanto à conceituação. Convém destacar as palavras do doutrinador:

“O título objeto destas considerações (...) encontra-se motivado por uma questão de ordem terminológica, com reflexos no que se poderia denominar Teoria da Jurisdição Constitucional, a saber: o uso indiscriminado das expressões Jurisdição Constitucional, Justiça Constitucional e Processo Constitucional por parte da Doutrina (...). A fim de facilitar a exposição e defesa do nosso entendimento, afirmamos que nossa posição é no sentido de que são duas realidades distintas, ou seja, Jurisdição Constitucional ou Justiça Constitucional, integrando o conceito genérico de Jurisdição, é espécie desta, e cuja competência é privativa para julgar as diversas espécies de Processo Constitucional”.

O nascimento da Justiça Constitucional representa um marco evolutivo na comunidade política do final do século XVIII, é ela fruto das revoluções liberais, e reflete, portanto, os princípios liberais que marcaram o constitucionalismo em seus auspícios, fundados nos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, proclamados pela luta burguesa, especialmente na França de 1789.

Do advento do Estado de Direito, isto é, um Estado consagrador de direitos e garantias, a Constituição surge caracterizada pela suprallegalidade, situando-se acima das demais normas do ordenamento jurídico (DANTAS, 2012).

O Constitucionalismo do Estado Moderno, sendo todo Estado moderno, não existindo Estado que não o seja, nasce com aspirações liberais, e representam, sobretudo,

limites à própria atuação do Estado, implicando, por assim dizer, em um não fazer do Estado, a partir da consagração das liberdades dos cidadãos. A Constituição adquire corpo normativo e significado de supremacia, sendo legitimadora de Poderes estatais e direitos individuais. Trata-se de verdadeiro reflexo do Estado liberal, caracterizado por suas variantes básicas (NASCIMENTO, 2004), quais sejam: limitação dos Poderes do Estado e de seus fins (Estado mínimo).

A partir do surgimento da Constituição enquanto norma soberana, nasce a necessidade de garantia de sua observância. Nesse âmbito, desponta a problemática acerca de quem seria o legitimado para garantir a supremacia Constitucional.

A Jurisdição Constitucional e a Justiça Constitucional surgem nos Estados Unidos da América (PEREIRA, 2012). Em 1787, com a promulgação da Constituição americana, as bases da supremacia das normas Constitucionais sobre as demais leis são assentadas. Contudo, o controle de constitucionalidade das leis surge a partir de uma construção jurisprudencial americana, com a decisão do juiz da Suprema Corte Americana, Marshall, que delimitou o âmbito de incidência do Poder Judiciário Americano para tutelar a supremacia constitucional. Foi a partir do emblemático caso *Marbury versus Madison* que a Suprema Corte, em 1803, reconheceu-se como competente para aferir o cumprimento da Constituição pelos demais poderes.

Interessante notar que a Jurisdição Constitucional norte-americana surge em meio a discussões de cunho político, e em meio à problemática de separação dos Poderes. Por isso mesmo que a doutrina das questões políticas, chamadas *political questions*, nasce juntamente com a Jurisdição Constitucional norte-americana, tratando de distinguir as questões puramente políticas daquelas que teriam um caráter jurídico, e que, por isso, não poderiam ser objeto de análise pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, as palavras de José Elaeres Marques Teixeira (2004):

“Nos EUA, a partir da primeira decisão acerca das questões políticas, houve uma evolução quanto ao seu entendimento, de modo que o âmbito reservado a doutrina das questões políticas tornou-se mais restrito, de modo a permitir maior ingerência da jurisdição da Suprema Corte Americana, especialmente a partir da 14ª emenda à Constituição Americana, que expandiu a competência da Suprema Corte em matéria de interpretação constitucional e no que diz respeito ao controle das atribuições dos demais poderes”.

Paralelamente, a França, berço das revoluções liberais, contemporânea do Constitucionalismo americano, consagraria o Senado Conservador como guardião da Constituição, consistindo, ele, em Alta Corte de Justiça. Nesse sentido, as palavras de Amorim Pereira (2012) demonstram que as origens desse órgão de controle surgem no Senado Romano. Explica o autor:

“O constitucionalismo do século XIX, influenciado pelo modelo clássico do eforato espartano, caracterizou-se pela existência de diversas instituições, tais como os tribunos, censores e síndicos, os quais eram institucionalmente responsáveis pela guarda da Constituição. Destarte, o Senado Romano, autêntico defensor de sua Constituição, representou grande importância para o pensamento constitucional europeu, na medida em que foi utilizado como modelo para a instituição de uma segunda Câmara como defensora da Constituição. Nesse contexto, seguindo o modelo do Senado romano, a Constituição francesa do ano VIII (1799) instituiu o Senado Conservador como guardião da Constituição, bem como analogamente a sua Constituição de 11 de janeiro de 1852. Dessa forma, concebido como Alta Corte de Justiça, o Senado (Segunda Câmara) manteve-se, ao longo do século XVIII, institucional e constitucionalmente responsável pela guarda da Constituição em diversos ordenamentos jurídicos”.

O século XX, caracterizado pelo constitucionalismo do pós-guerra, trouxe as marcas do Estado Social. Devido à passagem do Estado liberal ao Estado social, e a consequente mudança do paradigma de Estado não intervencionista a Estado-intervencionista, os textos constitucionais adquirem os reflexos desse novo Estado, o que atribuiu às Constituições um caráter mais dirigente. Em meio a essa transição, emergiu o clássico debate travado entre Kelsen, representante de um constitucionalismo liberal, e Schmitt, cuja proposta de guarda de Constituição estaria atrelada a um controle político, a cargo do Poder Executivo, num Estado dito social (PEREIRA, 2012).

Em Kelsen, há verdadeira construção de um modelo de Justiça Constitucional baseado na existência de um Tribunal Constitucional – responsável exclusivamente pelo controle de constitucionalidade das leis – consagrado, primeiramente, na Constituição Austríaca de 1920.

A compreensão acerca do que vem a ser Jurisdição Constitucional é de fundamental importância para entender o papel que desenvolve o Poder Judiciário como guardião da Constituição. Nesse sentido, o mapeamento das competências atribuídas ao Poder Judiciário, em sede de jurisdição constitucional, revela os limites em que poderá atuar, e, bem ainda, as atuais tendências do Constitucionalismo.

A princípio, faz-se necessário destacar que, quanto ao que se compreende por Justiça Constitucional, há algumas divergências doutrinárias, mas costuma-se tratar de maneira imbrincada os conceitos de Tribunal Constitucional, Jurisdição Constitucional e Justiça Constitucional. Nesse sentido, o magistério do professor Ivo Dantas esclarece alguns campos investigativos que decorrem dos referidos institutos:

“Em nosso entendimento, quando falamos em Tribunal Constitucional, Jurisdição Constitucional ou Justiça Constitucional caber-nos-á esclarecer sua natureza e suas relações com os demais poderes do Estado, se ela está representada por um órgão único (controle concentrado), ou se, ao contrário, a competência de dizer o direito em matéria constitucional se encontra diluída entre vários órgãos, acima dos quais haverá uma corte que decide em última instância. Em alguns casos, como acontece no Brasil, além de julgar em última instância (quando se trata de controle difuso), tem a competência para apreciar e julgar de forma concentrada”.

Conforme se depreende das palavras do doutrinador, há variantes acerca do modo pelo qual é exercida a Justiça Constitucional, e, bem ainda, que órgão a representa.

Segundo o magistério de José Alfredo de Oliveira Baracho (2003), a noção de justiça constitucional compreende o conjunto de instituições e técnicas através das quais se permite assegurar a supremacia da Constituição, e, simultaneamente, proporciona uma ampliação do conteúdo inserido na Constituição escrita através da jurisprudência constitucional. Explica o referido autor que uma das primeiras definições acerca da Justiça Constitucional foi oferecida por Eisenmann, que a considerou como uma espécie de Justiça, como meio de jurisdição através do qual seria possível verificar os aspectos das leis constitucionais. A Justiça Constitucional nasceria da repartição entre a legislação ordinária e a legislação constitucional.

Dois seriam os principais âmbitos de atuação da jurisdição constitucional, uma atinente a garantia dos direitos fundamentais, consistindo na chamada jurisdição das liberdades, e outra referente à garantia da supremacia da Constituição, podendo abranger, esta última atribuição, desde conflitos de competência constitucionais até o controle de constitucionalidade das leis (CATTONI, 2001).

A preocupação em se definir o âmbito de atuação do Poder Judiciário, especialmente quando se trata de jurisdição constitucional, emerge com significativa importância, dada a amplitude de atribuições que vem adquirindo aquele poder ao longo do desenvolvimento do constitucionalismo. Da amplitude dada à atuação do Poder

Judiciário como guarda da Constituição, decorreu uma maior ingerência desse Poder sobre o âmbito de atuação dos demais, de modo que os limites antes traçados à luz do Estado Liberal ganharam novos contornos com o advento do chamado Estado Social, e, para utilizar as palavras do professor Ivo Dantas, com o advento do Estado neoliberal.

A delimitação do âmbito de atuação dos Poderes do Estado sempre se revelou como uma árdua tarefa, e assumiu diferentes significados conforme o contexto histórico em que desenvolvido. No atual estágio do constitucionalismo, a definição do âmbito de atuação de um Poder do Estado não se mostra suficiente considerando-se apenas as funções materiais que desempenha determinado Poder, mas, sobretudo, o órgão que o desempenha. Devem ser considerados, portanto, aspectos materiais e formais para a delimitação das zonas atuação (TAVARES, 2003).

Nesse ínterim, André Ramos trata das funções que, exercidas por um Tribunal Constitucional, representarão a Justiça Constitucional, em requisitos considerados de forma aglutinada. Duas seriam as precípuas funções do Tribunal Constitucional, órgão máximo de representação da Justiça Constitucional: função de fiscalização (defesa) e função de aplicação (cumprimento) da Constituição.

Uma observação importante há de ser feita. O Tribunal Constitucional em alguns ordenamentos jurídicos não integra o Poder Judiciário. É o que ocorre na Itália, por exemplo. Dessa forma, nesses casos não se poderá dizer que sua função teria caráter jurisdicional. Há ordenamentos jurídicos nos quais o Tribunal Constitucional sequer integra um dos Poderes, estando fora da estrutura dos Poderes.

Contudo, num Estado dito Constitucional, todos os poderes tem o dever de observância e aplicação das normas constitucionais. Nesse sentido, o desempenho dessa função não se mostraria suficiente para a diferenciação do âmbito de atuação da Jurisdição Constitucional. Para delimitar a esfera do Tribunal Constitucional, considerado por Tavares (2003) como o órgão máximo responsável pelo exercício da jurisdição constitucional, seria necessário considerar o binômio motivo-finalidade proposto por Malberg. É a partir desse binômio que será possível diferenciar as atuações dos Poderes, de maneira a proporcionar ao Tribunal Constitucional (aqui compreendido como órgão supremo do Poder Judiciário, não importando se configurado nos moldes propostos por

Kelsen) uma maior identidade quanto ao desempenho de funções que possam singularizá-lo em relação às funções desempenhadas pelos demais Poderes.

Nesse sentido, o legislador edita atos normativos para regular a vida em sociedade. O Tribunal Constitucional pode editar atos decisórios, com cunho normativo, mas com exclusiva finalidade de defesa da constituição. Trata-se da teoria unitarista das funções do Tribunal Constitucional (TAVARES, 2003).

Dois são os pressupostos da existência da Justiça Constitucional e do Tribunal Constitucional, quais sejam: a supremacia de uma Constituição, e a atribuição, por essa mesma Constituição, da função de guarda a um órgão por ela legitimado. Caso esse órgão seja o Tribunal Constitucional, poderá ter ele essa função de maneira exclusiva ou não. É da própria Constituição que a jurisdição constitucional retira sua legitimidade formal (MORAES, 2003).

Canotilho (1994) apresenta dois problemas relativos à Justiça Constitucional, quais sejam: a legitimidade para aferir a constitucionalidade dos atos do poder político estaria situada no âmbito do próprio poder político, ou estaria situada no âmbito do Poder Judiciário? Ademais, a fiscalização da constitucionalidade das leis e atos normativos seria uma atribuição pertinente somente aos órgãos e entidades constitucionais do Estado?

Nesse âmbito convém esclarecer em que sentido o referido doutrinador concebe um Tribunal Constitucional, isto é, em que consiste esse órgão integrante da chama Justiça Constitucional, e que o autor o concebe a partir de um conceito amplo. Assim, explica Canotilho (1994):

“Convém introduzir uma primeira afinação conceitual. Um Tribunal, qualquer tribunal, será um tribunal constitucional, quando ele tem competência para decidir sobre questões constitucionais. Neste sentido, os tribunais ordinários com competência para julgar a inconstitucionalidade de actos normativos aplicáveis aos factos submetidos a julgamento serão tribunais constitucionais”.

Essas breves considerações tiveram por finalidade assentar as bases para a compreensão do que vem a se considerar por Jurisdição Constitucional, bem como os possíveis órgãos legitimados a exercê-la, de maneira a compreender suas funções precípuas, a fim de possibilitar a análise acerca da jurisdição constitucional do processo legislativo.

4.5 Da Jurisdição Constitucional do Processo Legislativo no Ordenamento Jurídico Brasileiro e os Atos Interna Corporis

A estudo da origem das leis, tomando como base na necessidade de que elas representem os anseios sociais, requer atentar para a necessidade, como menciona Alessia Chevitarese (2016), de que essa origem seja poligenética, e poligenética no sentido de que não apenas um setor da sociedade atue no seu contexto de construção, mas que, sobretudo, esse contexto construtivo se dê por intermédio da participação não somente do Legislativo, mas dos Poderes do Estado como um todo, ainda que desempenhando papéis diferentes. Se ao Legislativo compete a produção ideológica das leis, o Judiciário atua com destaque importância em averiguar o devido respeito as chamadas ‘regras do jogo democrático’, para bem utilizar as palavras de Bobbio (1997), para assegurar a observância do procedimento-garantia.

Nesse âmbito, as regras procedimentais representam verdadeiras garantias para os destinatários das normas jurídicas, de modo que são elas um possível indicador da observância ou não da expectativa democrática, muito embora o suposto cumprimento do procedimento nem sempre represente o que efetivamente significa. Situações podem surgir em que, não amparadas pelo Direito, estejam encobertas pelo manto da legalidade e aparente legitimidade, razão pela qual autores como Jeremy Waldron (2003) falem em majoritarismo simbólico, e simbólico no sentido de que ilusória muitas vezes é a ideia de que o Legislativo atua no interesse da maioria, e, se opondo a essa maioria, atuaria o Judiciário no seu papel contramajoritário – enquanto uma instituição cuja legitimidade não esteja fundada na representatividade. Entretanto, autores como Habermas (1997) apostarão na garantia do devido processo legislativo, ao compreendê-lo como um espaço deliberativo – democracia deliberativa é a sua proposta – que permita conformar tanto a autônoma pública como a privada na construção das vontades políticas com destino à aplicação social, conforme lições de Marcelo Cattoni (2016).

Em sede de tutela do processo legislativo, no ordenamento jurídico brasileiro, o Judiciário, e, no que se refere a presente pesquisa científica, o Supremo Tribunal Federal, está autorizado a atuar como um garante do devido cumprimento procedimental, sempre que, provocado pelo Legislativo, um parlamentar vislumbre não estar integrando um procedimento cujos trâmites observem a ordem legal. Em razão disso, a atuação do Judiciário na garantia do procedimento se encontra desenvolvida a partir de uma atuação

paralela, juntamente com o próprio Legislativo, por intermédio de mandados de segurança impetrados por parlamentares federais – os titulares do devido processo legislativo – perante o Supremo Tribunal Federal. Nesse âmbito, não atua, o STF, no sentido de intromissão na vontade legislativa, não adentra, portanto, a formação ideológica da Lei, mas atua para viabilizar a observância das regras que regem a formação das leis, em situações nas quais esteja em risco a Constituição Federal de 1988, ou, com vistas a garantir o direito das minorias parlamentares, e, para utilizar as palavras de Alessia Chevitarese (2016), atuando como um freio republicano à vontade das majorias. Essas são, portanto, as duas situações nas quais o Judiciário atuaria na chamada tarefa poligenética de produção das leis, nos termos apregoados pela referida autora.

Sob algumas diferentes perspectivas pode ser abordada a jurisdição constitucional do processo legislativo. O enfoque dado por Marcelo Cattoni (2016) toma por base a teoria procedimentalista do direito, de Habermas, pela qual as regras do procedimento seriam dotadas de grande importância para assegurar direitos e garantias, e, nessa medida, a devida observância do procedimento de feitura das normas, a partir de uma abertura comunicativa, proporcionaria que os destinatários das normas vissem a si mesmos como coautores dessas normas. Nesse sentido é que Cattoni justifica a extensão do controle jurisdicional sobre o processo de feitura das leis, considerando que pode, o Poder Judiciário, assegurar a devida observância do processo legislativo, do qual não somente o parlamentar seria titular do direito público subjetivo, mas esse direito seria, também, compartilhado com os destinatários das normas.

Por outro lado, a compreensão da extensão do controle jurisdicional de constitucionalidade do processo legislativo pode ser tomada sob o enfoque de representar, ele, uma garantia para a observância dos direitos das minorias. Sob esse aspecto, o Judiciário agiria no sentido de viabilizar a observância dos procedimentos de produção das normas de maneira que as minorias não fossem esmagadas pelas majorias eventuais, razão pela qual autores como Alessia Chevitarese (2016) analisarem a atuação da jurisdição constitucional com fins a acomodar as disputas entre maioria e minoria, evidenciando, em sua pesquisa, o Mandado de Segurança como um instrumento do qual pode se valer o parlamentar a fim de acionar o Judiciário para garantir seu direito líquido e certo de participar de um processo legislativo devido. Nesse sentido, os mandados de segurança são, por vezes, impetrados mais em razão de discordância ideológico-partidária

e propositiva que propriamente em razão de burla às normas que regem as feitura das leis.

Nesse sentido, muitas vezes se torna dificultoso, inclusive, para o Judiciário, analisar em que medida, por exemplo, determinadas deliberações parlamentares, objetos de mandado de segurança, configuram atentado contra uma cláusula pétrea consagrada na Constituição, ou em que medida determinada disposição regimental parlamentar, uma vez violada, representaria uma afronta às garantias democráticas.

A tutela do processo legislativo pela Judiciário adentra, portanto, a questão de poder o Judiciário analisar se estariam sendo cumpridas as disposições regimentais para a feitura das normas, o que traz à tona a questão de um possível controle preventivo de constitucionalidade. Sob a ótica do procedimento como uma garantia democrática, a análise do devido processo legislativo pelo Judiciário pode ter por enfoque a necessidade de que as regras procedimentais se revelam como uma garantia cuja observância permita a identificação dos destinatários das normas como seus coautores, conformando autonomia pública e privada num espaço onde as deliberações ocorreriam de forma devida. Sob o enfoque do crescimento da importância das normas regimentais em razão da preocupação com as minorias parlamentares, o controle jurisdicional do processo legislativo viabilizaria a sobrevivência das minorias. Diferentes as vertentes, portanto, sob as quais se pode abordar a presente temática, razão pela qual serão analisadas em grau comparativo.

Seja qual for a ótica sob a qual se toma a presente discussão, analisar a produção das leis configura controle preventivo de constitucionalidade, e representa, portanto, adentrar questões que, a princípio, seriam consideradas *interna corporis*. Mas o que vem a ser uma questão interna corporis? Essa é uma temática cujo debate nunca se encerra, mas há particulares ordenamento jurídicos cujas previsões de controle de constitucionalidade a elas se estende.

Por outro lado, no que atine à segurança do cumprimento dos regimentos internos, seja enquanto uma garantia para a sociedade em geral – isto é, uma garantia democrática – seja enquanto uma garantia para as minorias parlamentares, a exemplo do entendimento esposado pela jurisprudência espanhola (MACEDO, 2007), em que medida representariam as normas regimentais alguma segurança se, para alguns autores, a exemplo de Victor Aguiar Jardim de Amorim (2015), elas teriam uma caráter dinâmico,

podendo ser modificadas pelos próprios parlamentares, discricionariamente? O caráter dinâmico dos regimentos internos demonstraria, então, a fragilidade do argumento de depositar nessas disposições infraconstitucionais uma garantia democrática ou uma garantia para as minorias parlamentares, já que, pela vontade da maioria do parlamento, as disposições regimentais poderiam ser alteradas deliberadamente sem quaisquer restrições.

Nesse âmbito, as normas do regimento, dado o seu caráter dinâmico, representariam simplesmente guias dos trabalhos realizados pelo Parlamento sem profunda força vinculante, a serviço dos interesses parlamentares eventuais. Esvaziado, portanto, estaria o discurso-garantia de sua observância para a democrática feitura das leis, esvaziando, por tabela, a atuação preventiva do Judiciário em assegurá-las. Aliás, o que muito ocorre, tendo em vista o fato de que poucas não são a vezes em que sucede a perda de objeto dos mandados de segurança impetrados, tendo em vista a aprovação de lei ou proposta de emenda constitucional como suas causas de pedir, razão pela qual seu objeto, qual seja, o ato procedimental impugnado, cairia, autorizando tão somente, ao Judiciário, conhecer das ações posteriormente intentadas em sede de controle de constitucionalidade repressivo, já que não caberia mandado de segurança contra lei em tese – como, aliás, já disporia o enunciado da Súmula 266 do Supremo Tribunal Federal.

Conforme anteriormente mencionado, o debate acerca da natureza das normas regimentais dos Parlamentos tem sua importância, especialmente quando se trata da extensão do controle da jurisdição constitucional sobre o processo legislativo, do que poderá resultar ou não a análise do cumprimento de ditas normas regimentais no processo de feitura das leis. Essa análise pode encontrar limitações a depender da natureza jurídica que a elas seja imputada, e, bem ainda, para além da natureza jurídica, qual a força que possuem e qual a importância para o cumprimento do devido processo legislativo. A depender da atribuição de maior importância ou não que lhes seja dada, vislumbrar nelas uma garantia procedimental, e, mais que uma procedimental, uma garantia democrática, pode não trazer grandes contribuições se daí não resulta nenhuma observância por parte do Parlamento, nem sindicância do Judiciário ao considerá-las como disposições cujo cumprimento e interpretação esteja resguardado às chamadas matérias *interna corporis*.

Essa é uma discussão que coloca em questão a autonomia do Parlamento e, bem ainda, a independência dos Poderes, no que se refere a possibilidade de autonormatização

do Legislativo, mas que encontra limitações, sobretudo, em decorrência do fenômeno da constitucionalização do processo legislativo, revelando, por assim dizer, numa tensão entre a autonomia do Parlamento e a Constitucionalização do direito parlamentar, conforme firma Victor Aguiar Jardim de Amorim (2015).

Para o referido autor, a natureza das normas regimentais sofrera algumas mudanças nos contextos do Estado Liberal, quando, então, o Parlamento estaria no seu auge e nele repousaria a soberania. Com o advento do Estado Democrático de Direito, a própria concepção de Parlamento e de sua livre atuação sofreria mudanças substanciais, e novos parâmetros de atuação surgiriam, de maneira a observar os novos parâmetros jurídicos advindos do Estado sob a égide do Direito. Nesse sentido, as palavras do autor esclarecem a partir de que momento surgiriam as primeiras regulamentações das atividades do Parlamento:

“No curso do século XVIII, o direito continental europeu é extremamente influenciado pelas bases da “autonomia parlamentar” inglesa. Na França, por ocasião dos debates iniciais da Assembleia Nacional Constituinte em 1789, trava-se a discussão a respeito da necessidade de ação de um regulamento para assegurar o bom andamento dos trabalhos legislativos, tendo em vista a experiência das tumultuadas e improdutivas sessões anteriores. Dessa forma, em 29 de julho de 1789, é aprovado o regimento definitivo da Assembleia Constituinte e são estabelecidas regras essenciais de funcionamento, notadamente os trâmites internos, a ordem dos debates e a concessão da palavra – clara influência da prática parlamentar inglesa”.

As normas que regiam o direito parlamentar e a Constituição não se encontravam diferenciadas, tanto que haveria uma incorporação pela Constituição Francesa de 1791 das normas Parlamentares, de modo que fora a doutrina alemã que, em verdade, estaria mais preocupada com o ajuste das normas parlamentares às normas do Governo, explica Amorim (2015, p.344), a partir dos ensinamentos de Aranda Alvarez, de modo que, segundo o referido autor, teria sido a doutrina alemã a precursora da investigação acerca da natureza dos regimentos internos, através de Paul Laband, que os explicaria como um estatutos autônomos, a obrigar somente os membros da casa, explica Amorim a partir das ideias de Vidal Marín, demonstrando na doutrina alemã a origem da distinção do parlamento das outras instituições do Estado. Rudolf von Gneist fora quem primeiro utilizara a expressão ‘interna corporis’. Não é demais trazer à colação as palavras de Amorim (2015, p. 344):

“Ao discorrer a respeito da possibilidade de apreciação da regularidade na tramitação de lei pelo Poder Judiciário, em conferência realizada no ano de 1863 na cidade de Berlim, Gneist valeu-se, pela primeira vez, da expressão “*interna corporis*” (GNEIST, 1863) para referir-se à liberdade conferida ao Parlamento para regulamentar e dispor não apenas do procedimento de trabalho legislativo, mas também dos assuntos que lhe são submetidos. No caso, Gneist, propondo-se a responder sobre a admissibilidade de controle externo dos atos do Legislativo – que se negara a aprovar determinada proposta orçamentária –, afirmou que, em tese, tal controle seria possível, exceto se se tratasse dos estágios de formação da lei no interior do Parlamento (CASTILLO, 2000, p. 65).

Autores franceses como León Duguít, Joseph Barthélemy e Paul Duez afirmariam o caráter obrigatório dos regimentos internos para as casas parlamentares, ao passo que Jellinek afirmaria a natureza do direito parlamentar como uma natureza estatal, de modo que o seu descumprimento acarretaria uma lesão à ordem jurídica estatal (AMORIM, 2015, p. 345). Para Amorim, essa nova característica que assumiriam as normas regimentais das casas do Parlamento seriam resultado de uma mudança provocada pelas próprias ideias que permeavam o Estado Liberal, somadas à tradição inglesa, o que traria por consequência a caracterização das normas regimentais como normas jurídicas, e que sofreriam um processo de constitucionalização, e, nesse sentido, com a constitucionalização até do direito parlamentar, junto com algumas disposições regimentais, haveria uma diferenciação no interior das próprias normas regimentais, razão pela qual autores como Temistocles Martines fariam uma classificação quanto às normas que compõem um regimento interno das casas legislativas (Amorim, 2015, p. 349), razão pela qual não haveria uma única categoria de normas regimentais.

Nesse sentido, importantes são as colocações de Jorge Miranda acerca nas normas que compõe o regimento interno, destacando o autor que, muito embora elas possam ser consideradas normas dinâmicas, e, nesse sentido, podendo ser modificadas pelas casas parlamentares, dado o poder de autonormatização que possuem, tal não se contradiz com a afirmação de que elas devam ser observadas pelo Parlamento quando estiverem em vigor, razão pela qual, não obstante exista a faculdade de modificá-las, tal não desobrigaria o Parlamento de sua observância.

Nesse sentido, Amorim aponta para a necessidade de que a dinamicidade do funcionamento parlamentar se compatibilize com o paradigma do Estado Democrático de Direito, de modo a que não haja um total engessamento da atividade parlamentar, mas, por outro lado, também não haja lesão à ordem democrática conformadora do Estado

Democrático de Direito. Trata-se de uma equação a ser equilibrada, o que não se revela uma tarefa fácil, já tendo por parâmetro a Supremacia da Constituição, essa impera-se como uma ordem não só jurídica, como, também, de valores (DANTAS, 2011), que se impõe inclusive perante os regimentos internos, tanto que existem normas que, presentes nos regimentos internos das casas legislativas, reproduzem disposições constitucionais, razão pela qual serem, no interior do regimento, dotadas de uma maior dignidade. Daí o referido autor (2015, p. 352) defender a ideia de que “a inobservância ou afastamento pontual de uma regra regimental (que não seja reprodução do texto constitucional), a partir de um consenso formado no seio da Casa Legislativa tendente a viabilizar a tramitação de determinado projeto de lei, não enseja necessariamente um desrespeito à Constituição”. Para o referido autor (2015, p.353), o artigo 412 do Regimento Interno do Senado evidencia o caráter dinâmico dos regimentos internos, ao possibilitar que, mediante deliberação, com aprovação por unanimidade, presentes, no mínimo, 3/5 dos membros da casa, possa ser afastada a aplicação, circunstancial, de alguma norma regimental.

Nesse âmbito, possível afirmar, com Amorim (2015), que a preocupação com a natureza das normas regimentais tem início no século XVII, num contexto de ascensão do Parlamento inglês, investido de soberania, a partir da Revolução Gloriosa de 1648, a partir da qual o pensamento inglês iria influenciar a experiência francesa e alemã, quando, então, as normas regedoras da atividade parlamentar teriam uma característica de direito costumeiro e interno, e que, por isso, não seriam passíveis de sindicância. Esse quadro somente iria mudar com o advento do Estado Constitucional, e o processo de constitucionalização do Direito, na medida em que, por força da Constituição, as normas regimentais e os trabalhos realizados no interior das casas legislativas a ela, Constituição, devessem observância, de modo que estaria a Constituição na condição de parâmetro a ser observado por todas as normas, muito embora, como se verá adiante, a prática jurisprudencial, em sede de jurisdição constitucional do processo legislativo, ainda oscile entre fazer valer e não fazer valer as disposições regimentais quando da feitura das leis.

Mas, afora esses questionamentos que poderiam esvaziar a importância e utilidade da presente discussão, a bem da verdade, necessário adentrar os aspectos que norteiam a compreensão das normas regimentais e em que medida elas representam uma garantia para aqueles que as consideram importantes para garantir um saudável jogo institucional nos Parlamentos, e, se, em representando garantias democráticas, que normas seriam

essas, que, não observadas, comprometeriam a democracia deliberativa. E que sanções seriam aplicáveis aos atos que a ela violassem, e em que medida cumpririam a finalidade que pretendia o cumprimento do regimento interno, caso houvesse sido devidamente observado. Nesse sentido, sábias seriam as palavras de Cristiane Branco Macedo (2007), que atenta pela inutilidade da sanção pelo simples fato da sanção, isto é, o caráter punitivo de uma sanção que não resguardaria verdadeiramente a finalidade maior de garantia de sanabilidade do procedimento.

São questões como essas que, a priori, aqui se encontram antecipadas, para proporcionar uma maior compreensão acerca do debate ora travado, que pode, inclusive, revelar maior ou menor importância acerca da pesquisa ora desenvolvida, já que revelam sob que ótica pode ser analisada a extensão do controle jurisdicional do processo legislativo e a utilidade de seu debate.

Nesse sentido, primeiramente sob a ótica da importância das normas regimentais como garantia, sobretudo, das minorias, é o estudo empreendido por Cristiane Branco Macêdo (2007), a partir do exemplo espanhol, pelo qual o Tribunal Constitucional espanhol estende a jurisdição constitucional à análise do cumprimento dos regimentos internos parlamentares, durante a feitura das leis, o que, através da autora Biglino Campos, explica Cristiane Branco Macedo que encontra justificativas, sobretudo, no Princípio Democrático. Para a referida autora, a identificação dos vícios no procedimento legislativo seria possível mediante a verificação do cumprimento do princípio democrático, considerado em sua complexidade não apenas como um princípio que faria imperar a vontade da maioria, mas que, somando-se a ela, seria composto pelo pluralismo político e pela publicidade. Assim, seria, possível aferir a existência de vícios no procedimento legislativo. Para o Tribunal Constitucional espanhol, a ofensa do princípio democrático não se verifica tão somente mediante a não observância dos regimentos internos, como, também, em sendo observados, seja possível não atender aos ditames e valores democráticos.

Interessante atentar para o fato de que, se, por um lado, a autora associa o crescimento da importância dos regimentos internos ao crescimento da importância tributada às minorias parlamentares, por outro, a partir dos ensinamentos de Biglino Campos, traz ela o Princípio Democrático como um medidor da existência de vícios no procedimento legislativo, o que poderia aparentar uma contradição, contradição no

sentido de que, regimentos internos são ao mesmo tempo garantias protetivas para as minorias parlamentares, mas a aferição da observância desses regimentos internos seria averiguada pela técnica da vontade da maioria. Em outras palavras, garantias das minorias avaliadas por critérios majoritários. Trata-se de uma aparente contradição, mas não substancial contradição, já que toma Cristiane Branco Macedo o Princípio Democrático em sentido amplo, compreendendo três aspectos fundamentais, quais sejam: democracia, pluralismo político e publicidade.

Analisar a extensão do controle jurisdicional sobre o devido processo legislativo como legítima, a partir do prisma da observância das normas procedimentais, implica numa diferenciação que Cristiane Branco Macedo realiza a partir dos ensinamentos de Habermas, uma distinção entre discursos de justificação jurídico e discurso de justificação legislativo, no sentido de que, em havendo uma extensão da jurisdição constitucional sobre o processo legislativo, não pode o Judiciário substituir o discurso legislativo pelo discurso jurídico, assumindo um espaço que não lhe pertence. Ao fazê-lo, deve o Judiciário, portanto, verificar o cumprimento das disposições que regulam o jogo democrático. E, nesse sentido, que disposições regimentais das casas legislativas seriam de fundamental importância para garantia do Princípio Democrático? Seria essa conexão clara para o judiciário, de modo que, em não sendo cumpridas, a detecção da violação ao princípio democrático restaria flagrante? Nesse sentido, autora aponta as principais disposições regimentais cuja observância se faz imperativa para permitir a conformação das maiorias e minorias no processo de feitura das leis.

Quando, então, haveria a substituição do discurso político pelo jurídico? Explica a autora que tal se daria sempre que o Judiciário não vislumbresse importância nas regras procedimentais que regem a feitura das normas, sempre que os argumentos ponderados pelo Judiciário fossem de índole política e não jurídica, de modo que, nessas circunstâncias estaria o Judiciário adentrando a lógica de justificação legislativa, substituindo o legislador naquilo que lhe caberia fazer. Se ater a aferição do cumprimento das ‘regras do jogo’ faria, então, da atuação do Judiciário mais legítima e menos invasiva (MACEDO, 2007).

O fato de fazer chegar ao Judiciário as discussões para a preservação dos regimentos internos das Casas Legislativas não deveria, entretanto, transformar-se numa via corretiva que não cumprisse o fim de, verdadeiramente, garantir um devido processo

legislativo. Dai porque Cristiane Branco Macedo (2007, p. 160) compreender a necessidade de, juntamente com o Princípio Democrático, ser observado o Princípio da Economia das Formas Jurídicas. Sob esse pensamento, seria a orientação do Tribunal Constitucional espanhol, o que, segundo a autora, em boa parte se assemelharia ao entendimento esposado pelo STF no sentido de atribuir aos Regimentos Internos das Casas Legislativas força de Lei, sem, contudo, toda e qualquer violação a norma regimental implicar na invalidação dos atos que a ela dessem ensejo. Nesse sentido, as palavras da referida autora (2007, p. 167):

“(...) Nota-se com o tratamento conferido ao controle judicial sobre os atos do processo legislativo pelo STF, o qual tem se pautado pela autolimitação diante da liberdade do parlamento para auto-organização e autonormatização, que compreende a edição, a aplicação e a interpretação de seu regimento interno; mas opõe como balizas dessa liberdade a ordem constitucional e as normas constitucionais atinentes ao processo legislativo; o respeito aos direitos subjetivos, de natureza pública ou privada, e, como explicado recentemente, a defesa dos direitos da minoria”.

Nesse espaço discursivo, a citada autora enxerga no processo legislativo um instrumento que efetiva o pluralismo político, de modo que as próprias normas que regem a composição das mesas parlamentares, as comissões, as iniciativas, o direito de voto e expressão, configuram, em si, verdadeiras garantias, possibilitando, desse modo, a pluralidade do debate. Nesse sentido, diante do mister a que se prestariam os regimentos internos das Casas Legislativas, isto é, instrumento do pluralismo político, é que justificaria a fiscalização de sua observância, pluralismo esse que comporia o ‘tripé’ do Princípio Democrático, juntamente com a ideia de regra da maioria e o princípio da publicidade, de modo que a sua observância ou não consistiria num indicador da existência de vícios no processo legislativo (MACEDO, 2007, p. 167).

Possível, portanto, afirmar que o Princípio Democrático consistira numa via de mão dupla, possibilitando tanto a autonomia do Parlamento, na medida em que respeitado, o referido princípio, no desenvolvimento do processo legislativo, como possibilitando, ainda, a intervenção do Judiciário no caso de sua não observância, prestando-se tanto ao mister de assegurar a livre atuação do Parlamento, quanto justificar a fiscalização jurisdicional. Em outras palavras: ‘um servo com dois senhores’, sem, contudo, cair em contradição, já que sua aplicabilidade sempre bem-vinda teria diferentes contextos de incidência.

O princípio majoritário encontraria abrigo em normas encarregadas de disciplinar o quórum de deliberação e votação; a forma de dirimir empates, a garantia para assegurar a correta vontade da maioria (MACEDO, 2007). Importante não confundir princípio democrático com o princípio majoritário, já que esse sofre ponderação a partir da sua aplicação conjunta com a publicidade e o pluralismo político.

O supremo Tribunal Federal não se eximiu analisar, em sede de mandado de segurança, a respeito da necessidade de observância de quórum de votação de proposta de emenda constitucional, e não considerou a sua análise acerca do cumprimento de quórum como matéria interna corporis, explica a autora.

A importância da contabilização dos parlamentares para fins de instalação de sessões e votações traz consequências para o devido processo legislativo, no sentido de que, a depender da forma de votação, a condução dos trabalhos poderá atingir diferentes destinos. Nesse sentido, em situação analisada pelo Supremo Tribunal Federal em sede do MS 21754-5, em 1993, fora impugnado ato do Presidente do Congresso Nacional, que houvera feito uma contabilização visual do número de Parlamentares presentes à sessão, e que, em razão disso, deputados que apenas estavam ali presentes para fazer oposição legítima integraram a contabilização para fins de instalação de sessão, sessão essa que teria por objetivo a análise de proposta de reforma constitucional, o que, estudando o referido caso, Cristiane Branco Macedo vislumbrou flagrante ofensa ao Princípio Democrático. No entanto, o Supremo Tribunal Federal entendeu que se tratava de questões interna corporis. Para situações como essas, a autora aponta a possibilidade de, nos termos do próprio regimento interno das casas legislativa, ser realizado pedido de verificação de votação, uma verdadeira garantia de correção das decisões legislativas. Nesse sentido, não é demais trazer à colação as palavras da autora (2007, p. 176):

“A obstrução parlamentar constitui singular instrumento de defesa e participação política das minorias parlamentares reconhecida expressamente inclusive pelos regimentos da Câmara e do Senado (art. 82, § 6º; RICD e art. 13, § 2º, RISF). A minoria não deve ser forçada a contribuir para a formação do quórum de instalação de sessão e/ou para o quórum de deliberação de matéria contrária aos seus interesses políticos. A decisão do Presidente do Congresso Nacional, chancelada pela manifestação de nossa mais alta Corte Judicial, esvazia esse instrumento de defesa e de negociação das minorias parlamentares. O artifício utilizado pela maioria naquela ocasião burla as regras regimentais de deliberação legislativa e não pode ser considerado matéria interna corporis, quando se fez a opção constitucional por um Estado democrático (...).O pedido de verificação de votação, previsto

nos artigos 186 c/c 185, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, constitui garantia de correção das decisões legislativas na medida em que visa certificar que as decisões foram adotadas por um número suficiente de membros, parcialmente em matérias de maior repercussão, como as propostas de emenda à Constituição, dado que a inobservância do quórum constitucional de deliberação macula irreversivelmente a deliberação legislativa. Mas o pedido de verificação de votação é também recurso procedimental de defesa dos grupos parlamentares majoritários ou minoritários. Para as minorias, o pedido de verificação e votação formulado na apreciação de matérias polêmicas e controversas, impõe ônus adicional à maioria por dar ensejo à votação nominal. Nesses casos, a maioria deverá, além de agregar os votos necessários, sustentá-los publicamente”.

Embora as normas atinentes à composição das comissões das casas legislativas se revistam de importância para garantir a observância da proporcionalidade partidária, a respeito delas também se eximiu de analisar o Supremo Tribunal Federal, sob o argumento de que composição de comissões configura matéria interna corporis, a exemplo da decisão proferida em sede de MS 20.509/DF, o que acarretou por tabela a inobservância de norma insculpida no artigo 58, § 1º, CF/88, sem que para isso atentasse o STF.

Em sede de controle de constitucionalidade de extensão da jurisdição constitucional sobre o processo legislativo, convém salientar, como já fizera Gilvan Correia de Queiroz Filho (2001), que a proposta não é a de fazer substituir a vontade do legislador pela vontade do Judiciário, senão permitir ao Judiciário fiscalizar em que medida as casas legislativas observam os trâmites adequados para o processamento das leis, e, nesse sentido, cumpre observar que os ditames para o cumprimento do devido processo legislativo se encontram determinados não somente na Constituição Federal de 1988, como, também, nas próprias normas regimentais das casas legislativas. Nesse âmbito, leciona o referido autor (2010, p. 59) que, nem mesmo em países como a Alemanha, onde muito restrita é a matéria considerada interna corporis, tendo, inclusive, a respeito delas já se pronunciado o Tribunal Constitucional Federal alemão, a vontade do judiciário procura substituir a do legislador. Nesse sentido, as palavras do autor:

“Mesmo em países nos quais admissível um amplo controle judicial sobre os atos do Poder legislativo, como na Alemanha, onde o Tribunal Constitucional já se considerou competente para decidir se um lei ou qualquer outra resolução do Parlamento está de acordo com a Lei Fundamental, visto ser tal Corte a guardiã da Constituição, não se deve considerar que tal competência se estenda ao ponto de substituir, sob critérios subjetivos, por sua vontade, o desejo político do Bundestag,

pois, conforme EKKHART Stein, o Parlamento não está submetido ao Tribunal, enquanto órgão, mas somente à Lei Maior”.

Entretanto, tem ocorrido, na Alemanha, um esvaziamento das matérias interna corporis, dado o fato de parte da doutrina ali considerar não existir matéria interna corporis, o que possibilita, desse modo, ao judiciário conhecer de qualquer matéria (FILHO, 2001), evidenciando um fenômeno que autores tratam como judicialização da política, havendo, também, quem fale de politização da justiça. Daí o professor Matthias Jestaedt (2017), da universidade de Freiburg, afirmar que o modelo de autonomização de controle de constitucionalidade talvez não permita a imparcialidade que, a seu ver, a justiça integrada do modelo norte-americano possibilita. Fato é que doutrinadores alemães muitas vezes consideram não existirem matérias interna corporis do legislativo alemão, e disso resulta que acerca delas muito já se pronunciaram os tribunais alemães. Questões que digam respeito, contudo, a declaração de guerra, reconhecimento de Estado estrangeiro ou dissolução do Parlamento (Bundestag) estão isentas da interferência do Judiciário, explica Queiroz Filho. Segundo o referido auto, em razão da amplitude das competências do Tribunal Constitucional alemão, Karl Loewenstein tratou da chamada politização da justiça, no sentido de que o controle das chamadas questões políticas por parte das Cortes traria por consequência a tomada de decisões também políticas, o que Loewenstein não aponta precisamente como um problema no qual incorreria o Tribunal Constitucional alemão, que, inclusive em virtude da amplitude dessas competências, já passara a adotar posturas de maior auto restrição.

Percebe-se, portanto, que a possibilidade de o judiciário estender sua sindicância sobre os atos do Poder Legislativo, especialmente no que se refere ao processo de feitura das leis, está profundamente ligado à discussão acerca da possibilidade de um Poder político se sobrepor a outro, o que não se revela como um propósito do Estado Democrático de Direito, haja vista a busca pela harmonia e equilíbrio dos Poderes políticos. Entretanto, ao se tratar de sobreposição de poderes, interessante atentar para a posição privilegiada que ocupa o Tribunal Constitucional português, que, embora aparente pertencer ao poder judiciário, e, por isso, talvez se conceba o sistema de controle de constitucionalidade português como integrado, nos termos do controle norte-americano, aponta Queiroz Filho (2001) que, em verdade, o Tribunal Constitucional português se encontra como um tribunal autônomo, e que sobrepõe não somente aos outros tribunais, como também se sobrepõe ao próprio Legislativo, razão pela qual

desempenha um papel interessante na realização do controle de constitucionalidade preventivo, que convive com o controle de constitucionalidade repressivo também desenvolvido pelo referido tribunal. Nesse âmbito, a respeito do controle de constitucionalidade preventivo desenvolvido pelo Tribunal Constitucional português, leciona Louis Favoreu (2004, p. 116):

“Esse controle pode ser invocado contra as leis, a requerimento do Presidente da República, e, após 1989, contra as leis orgânicas, por iniciativa do Presidente da República, do Primeiro Ministro ou de um quinto dos deputados, no prazo de oito dias a contar da data do recebimento do ato. O tribunal tem 25 dias para pronunciar-se. Se declarar a inconstitucionalidade, a lei não pode ser promulgada se não for feita a excisão das disposições inconstitucionais. Todavia, a Assembleia da República pode decidir manter as disposições julgadas inconstitucionais, pela maioria de dois terços dos deputados presentes, quando esta maioria for superior à maioria absoluta dos deputados presentes”.

Os regimentos internos das assembleias legislativas portuguesas não são passíveis de sindicância judicial, haja vista a doutrina considera-los como expressão da autonomia do Poder Legislativo, e por isso compõem as chamadas matérias interna corporis, o que vem sofrendo alterações em virtude da aplicação do princípio da Supremacia Constitucional (FILHO, 2001). Explica Queiroz Filho que, no tocante à doutrina italiana, essa tem se orientado no sentido de que o Tribunal Constitucional somente pode fiscalizar o processamento das leis tendo como parâmetro o cumprimento das disposições constitucionais, o que, nesse particular, aproxima o entendimento do Tribunal Constitucional Italiano da orientação com a qual vem se posicionando o Supremo Tribunal Federal. Entretanto, o Tribunal Constitucional italiano, semelhantemente ao que ocorre no Tribunal Constitucional português, realiza controle preventivo de constitucionalidade, sem que com isso reste configurado pela doutrina uma sindicância indevida por parte do Tribunal. A respeito do controle preventivo italiano, leciona Louis Favoreu (2004, p.81):

“O governo pode encaminhar à Corte as leis regionais, antes que elas sejam promulgadas, nas seguintes condições: uma lei pode ser enviada ao Conselho Regional que a votou quando o Comissário do governo entender que ela ‘ultrapassa os limites da competência da região’ ou que ela está ‘em contradição com os interesses nacionais ou de outras regiões’; se o Conselho Regional mantiver seu voto com maioria absoluta, o presidente do Conselho de Ministros pode provocar a Corte Constitucional em um prazo de 15 dias, a contar do momento em que foi informado do segundo voto do Conselho Regional. O recurso tem efeito suspensivo e a Corte não tem prazo para julgar. Ela pode rejeitar

o recurso ou anular a lei após um debate entre o Estado e a região interessada.”

Em sede de controle de constitucionalidade norte-americano, o Juiz Hughes, na qualidade de Presidente da Suprema Corte, ofereceu alguns critérios através dos quais se poderia aferir em que medida uma questão seria tida como questão política, e, em sendo política, vedada estaria a incursão do Judiciário sobre ela. Daí inexistir um controle de constitucionalidade preventivo das leis no sistema norte-americano. Pelos critérios oferecidos pelo juiz Hughes, uma questão será política quando o Governo puder atribuir finalidade à ação de departamentos políticos e não houver a esse respeito um critério satisfatório para definição dessa finalidade que possa ser resolvido em sede de decisão judicial (FILHO, 2001, p.67). No caso *Baker versus Carr*, datado de 1959, a Suprema Corte norte-americana igualmente oferece parâmetros para aferição do que venha a ser uma questão política. Nesse âmbito, analisando o referido caso Queiroz Filho aponta os critérios utilizados pela corte naquele ano para definição de uma questão política, quais sejam: quando a própria Constituição atribuir literalmente a competência para dela conhecer a um poder político; quando a Constituição não oferecer parâmetros dos quais os juízes possam se valer para a dissolução das lides; quando a resolução da questão pelo Poder Judiciário implique na adoção de uma decisão política; quando a decisão adotada resultar em lesão ao princípio da separação dos Poderes. Interessante atentar para o fato de que o processo de emendamento da Constituição norte-americana é considerado pela doutrina como matéria interna corporis, conforme lições de Queiroz Filho. A respeito da possibilidade de controle jurisdicional do processo legislativo no sistema norte-americano e a discussão das questões interna corporis, leciona o referido autor (2001, p.69):

“No tocante às questões políticas consideradas como interna corporis do Congresso americano, notadamente quanto ao controle judicial do processo legislativo, existem fortes opiniões em defesa deste controle, ou seja, favoráveis à possibilidade de o Judiciário entrar na indagação do processo de formação das leis, a fim de verificar se ele se conforma com as prescrições de natureza regimental, desde que também previstas na Constituição, pois raros são os que discordam da soberania do Legislativo em matéria apenas pertinente ao regimento das Câmaras. Todavia, são também robustas as posições doutrinárias e jurisprudenciais no sentido de vedar qualquer apreciação judicial sobre a aplicação de regras de elaboração legislativa, mesmo quando previstas na Constituição. Nesse sentido, conforme leciona Francisco Campos, temos a decisão da Suprema Corte em *Fiel v Clark*”.

Quanto à doutrina brasileira acerca do que configura atos interna corporis, as lições de Hely Lopes Meirelles (2016) são sempre bem-vindas e insuperáveis, no sentido de que interna corporis seriam aqueles assuntos referentes, seja direta seja indiretamente, à formação ideológica da lei, razão pela qual caberiam tão somente à deliberação do parlamento, compreendendo os atos de eleições internas, de aferição de poderes dos membros, e, bem ainda, suas incompatibilidades, e, por isso mesmo, em razão disso, as questões atinentes à cassação de mandatos e concessão de licenças, compreendendo, ainda, o exercício das prerrogativas institucionais, desde o funcionamento da própria câmara, à elaboração dos regimentos, constituição de comissões e valoração das votações. Embora discorrendo acerca do que venha a compor esse contexto de interesse reservado tão somente ao Parlamento, leciona Ely Lopes Meirelles que o fato de dizerem respeito à economia interna das casas parlamentares, tal não afasta, por si só, a revisão judicial. Para o referido autor, a vedação diz respeito tão somente à substituição da vontade do Legislativo pela vontade do Judiciário, de modo que resguardado estará o direito a confrontar os atos praticados pelas casas legislativas com as disposições constitucionais, legais e regimentais que regulamentem o proceder das instituições legislativas. Nesse sentido, alerta Ely Lopes Meirelles ser lícito ao Judiciário verificar se as casas legislativas, no exercício de suas competências, cometem inconstitucionalidades, ilegalidades ou violam disposições regimentais, mesmo em sede de atos considerados interna corporis, pelo que o Judiciário deverá, contudo, ater-se à análise das formalidades, evitando ingresso no mérito legislativo. Em caso, portanto, de violação de normas constitucionais, legais, regimentais, por meio de deliberação do plenário, leciona o autor (p. 610):

“Assim, se, numa eleição de Mesa, o Plenário violar o regimento, a lei ou a Constituição, o ato ficará sujeito a invalidação judicial, para que a Câmara o renove em forma legal, mas o Judiciário nada poderá dizer se, atendidas todas as prescrições constitucionais, legais ou regimentais, a votação não satisfizer os partidos, ou não consultar o interesse dos cidadãos ou a pretensão da minoria. O controle judiciário não poderá estender-se aos atos de opção e deliberação da Câmara nos assuntos de sua economia interna, porque estes é que constituem propriamente os seus interna corporis”

Nesse sentido, há de se destacar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade de poder o parlamentar impetrar mandado de segurança sempre que vislumbre violação ao seu direito público-subjetivo de participar de um saudável processo legislativo, a fim de que sejam revistos os atos praticados em dissonância com as prescrições constitucionais, é solidificada. Trata-se de uma possibilidade reconhecida

pelo STF aos parlamentares, enquanto detentores do direito público-subjetivo ao devido processo legislativo, embora nem sempre o Supremo efetivamente opere a revisão de tais atos quando provocado pelos membros do parlamento, mesmo diante atos que impliquem em violação direta a disposições constitucionais, conforme crítica realizada por Marcelo Cattoni, mais adiante analisada.

As deliberações legislativas violadoras das normas que regulam o devido processo legislativo são, portanto, impugnáveis pela via do mandado de segurança, e, segundo a doutrina de Ely Lopes Meirelles (1989, p. 32), podem ser objeto de impugnação as decisões do Plenário ou da Mesa que ofendam direito individual ou de terceiros, dos membros da corporação, bem como membros da própria mesa, desde que no uso de suas atribuições, de modo que as câmaras legislativa, afirma o autor, não estão, obviamente, isentas da observância da Constituição, tampouco das leis em geral e das disposições regimentais, de modo que a tramitação e a forma do ato praticado pelo legislativo são sempre vinculados às normas legais que os regem. Nesse âmbito, leciona o autor que a discricionariedade ou a soberania do legislativo somente reside na possibilidade de escolha do conteúdo das leis, e, bem ainda, na faculdade de votá-las ou não, alcançando ainda a capacidade de organização interna. Para além dessas questões, não haveria discricionariedade.

Não obstante as lições do referido autor, a prática do Supremo Tribunal Federal não é constante em invalidar atos praticados no âmbito das casas legislativas que violem à Constituição e as normas regimentais, embora haja um entendimento consolidado em sede de controle de constitucionalidade preventivo no sentido de cabível sempre quanto haja proposta de emenda constitucional violadora do artigo 60, §5º CF/88. Nesse sentido, o MS 21.754/DF de 1993, o Supremo Tribunal Federal considerou que o simples descumprimento do regimento interno não implicaria violação ao direito público-subjetivo do parlamentar. Por outro lado, em sede de MS de nº 22.503/DF, no tocante à votação de Emenda Aglutinativa, o STF já decidira no sentido de vedação, em observância do artigo 60, § 5º, CF/88.

No tocante à possibilidade impetração de mandado de segurança por parlamentar em virtude de proposta de lei ou de emenda constitucional que viole a disposição contida no artigo 60, § 4º, CF/88, dispõe Queiroz Filho (2001, p. 91):

“Admite, entretanto, a Alta Corte, exceção relativa à tramitação de proposta de emenda à Constituição, por guardarem estas a peculiaridade de estarem limitadas por restrição imposta pelo constituinte originário ao poder de reformar da Carta, contida no seu art. 60, § 4º, que dispõe que não será sequer objeto de deliberação a proposta tendente a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais”.

Em sede de mandado de segurança, o MS 20.257/DF fora o pioneiro, ainda sob a égide da Constituição de 1967/69, quando, então, os parlamentares impetrantes visavam à proteção da República, sob o argumento que as propostas de emenda constitucional de número 51 e 52 estariam violando as cláusulas pétreas contidas no artigo 47, §1º, da Constituição. Nesse sentido, nas palavras que Queiroz Filho, após suas análises acerca da extensão da jurisdição constitucional sobre o processo legislativo:

“Admitiu o Supremo Tribunal Federal tal controle também na vigência da atual Constituição, como é visível no MS 21.747/DF, no qual o relator, Ministro Celso de Mello, ressaltou que as propostas de emenda à Constituição não estão excluídas, quanto à análise de seu **conteúdo material** e quanto ao exame dos pressupostos de sua formação, do controle do Poder Judiciário, estando o Congresso, enquanto constituinte derivado, subordinado à decisão do poder constituinte originário, que delimitou em nosso sistema constitucional um núcleo temático intangível e imune à ação revisora. Concluiu, finalmente, pelo cabimento de mandado de segurança no curso do processo legislativo, contraproposta de emenda que viole o artigo 60, §4º, CF/88”. (Grifo nosso).

Comentando os mandados de segurança de número 20.452/DF e, bem ainda, o MS 20.452/DF, Queiroz Filho verifica que há uma preocupação do Supremo Tribunal Constitucional referente ao devido processo legislativo quando questão constitucional esteja envolvida. Nesse sentido, no MS de número 20.452/DF, o Supremo adentrou à análise da questão acerca do quórum de aprovação de emendas à Constituição, reconhecendo, assim, a titularidade, aos parlamentares, do direito de participarem de uma votação cujos trâmites estivessem de acordo com a Constituição. Analisa, ainda, o referido autor, o MS nº 21.131/DF, pelo qual o STF teria suspenso a devolução ao Presidente da República, para fins de sanção, de projeto de lei de diretrizes orçamentárias, em razão de violação de disposições constitucionais (FILHO, 2001, p. 97). Entretanto, reitera o autor que, no tocante à controvérsias que versem tão somente sobre cumprimento de regimento interno, o Supremo Tribunal Federal se manifesta pela sua não fiscalização, conforme restou assentado na decisão proferida no MS de número 20.247/DF, bem como

no MS de número 20.252/DF, no qual o Supremo Tribunal Federal negou-se a deferir pedido de repetição de votação de emenda à projeto de lei, por compreender tal questão como pertencente aos interesses tão somente da casa legislativa.

A respeito da extensão da jurisdição constitucional sobre o processo legislativo, Alessia Chevitarese empreende análise no sentido de verificar alguns mandados de segurança impetrados por parlamentares, no intuito de assegurar o direito público e subjetivo e subjetivo de participar de um devido processo legislativo. Nesse ínterim, pelas disposições da autora, os mandados de segurança ora são utilizados pelas minorias parlamentares, em defesa do processo democrático, em conflito com as maiorias, naquilo que ela denomina de acomodação de conflitos entre a maioria e minoria parlamentares, ora utilizados como um instrumento realmente a serviço da proteção das garantias constitucionais a boa feitura das leis, o que nem sempre se revela eficácia, haja vista situações como aquelas analisadas por Cattoni em que, na verdade, há verdadeira afronta aos dispositivos constitucionais, quando, por exemplo, os parlamentares realizam emendas constitucionais aglutinativas, sem que o STF nada faça a respeito, quando, então, há flagrante desrespeito à determinação do artigo 60, § 5º, da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, convém destacar que, em sede de mandado de segurança para controle de constitucionalidade preventivo das leis, a doutrina costuma mencionar o mandado de segurança 20.257, julgado em 1980, ainda sob a égide da Constituição Federal de 1967. Esse mandado de segurança fora impetrado contra ato da mesa do Congresso Nacional que houvera aceito a tramitação das Propostas de Emenda Constitucional de número 51 e 52, que teriam por objetivo aumentar o mandato dos prefeitos, vereadores e vice-prefeitos, de dois anos para quatro anos. Os impetrantes alegaram, então, que essa prorrogação implicaria uma violação ao princípio republicano, no sentido de que, por esse princípio, os mandatos teriam duração periódica e deveriam ser renovados, sendo o princípio republicano uma verdadeira cláusula pétrea, protegida pelo artigo 47 da Constituição então vigente. Esse fora o primeiro mandado de segurança impetrado por parlamentares com vistas a garantir o devido processo legislativo brasileiro, realizado a partir dessa prática parlamentar. O STF, entretanto, entendeu pela impossibilidade jurídica do pedido, por considerar que o processo de submissão de propostas de emendas à Constituição configura simples ato de rotina e que tal não implica qualquer lesão à direito de parlamentar, não tendo vislumbrando nem violação a direito

público subjetivo de parlamentar, nem afronta a princípio republicano. Restou, ademais, assentado, que a aceitação de proposta por si só não configura deliberação. Ato de deliberação implica em votação. Comentando o referido caso, Alessia Chevitarese (2016, pg. 290):

“Esse entendimento instauraria a tese à época de que o momento para a propositura do mandado de segurança, no que concerne ao trâmite do processo legislativo, não se exauria com o juízo de admissibilidade do presidente do Congresso Nacional. Contudo, com as alterações implementadas a partir da Constituição de 1988, na atualidade, a PEC, conforme dispõe o art. 202 do RICD, ‘será despachada pelo Presidente da Câmara à CCJC, que se pronunciará sobre sua admissibilidade, o prazo de cinco sessões, devolvendo-a à Mesa com o respectivo parecer. Em verdade, voto ministro Moreira Alves abre caminho para entendimento de que o fundamento do mandamus encontra-se no direito subjetivo do parlamentar de não se submeter à votação de emenda constitucional violadora de princípios da própria constituição”.

Nesse âmbito, a referida autora (2017, p. 293), a partir dos ensinamentos de Ely Lopes Meirelles, dispõem que há limitações de ordem material explícitas e implícitas que compõem as cláusulas pétreas, e que, em decorrência disso, busca-se a proteção dos princípios estruturantes do próprio sistema constitucional, de maneira que revestem-se, essas limitações, de um caráter inibitório de deliberações que tenham por objetivo aboli-las, não importa em que âmbito discursivo sejam elas travadas, se no interior de uma Comissão de Constituição e Justiça, por exemplo, ou se no interior de uma comissão especial, ou discussões em plenário, de modo que atacáveis são, pela via do mandado de segurança, quaisquer deliberações, em caso de violação de direitos individuais ou coletivos, por violarem dispositivos constitucionais. Autores como Gilmar Mendes, por outro lado, considerarão a possibilidade de mesmo antes de ser votada uma emenda cujo objeto viole cláusula pétrea da Constituição Federal de 1988, seja impetrado mandado de segurança em caráter preventivo (2012, p. 240).

Nesse âmbito cumpre destacar importante diferenciação a ser feita no tocante à realização do controle de constitucionalidade em caráter preventivo pela via do mandado de segurança impetrado por parlamentar, e que justificará o controle preventivo e não repressivo. Tal diferenciação consiste na diferença entre a inconstitucionalidade da lei e a inconstitucionalidade do processamento da lei. Vale destacar que o controle preventivo de constitucionalidade se presta a combater a inconstitucionalidade no processamento da lei, o que implica em concluir que visa a realização de um controle das formalidades e trâmites no procedimento de feitura. Entretanto, ministros como Celso Antônio Bandeira

de Melo irão atentar para o fato de que, no que se refere à Propostas de Emendas à Constituição que impliquem em atentado às cláusulas pétreas, consagradas no art. 60, § 4º, CF/88, esse controle, embora preventivo, não será tão somente de ordem formal, mas, também, material.

Nesse sentido, é a partir do MS 20.257 de 1980 que o STF passa a aceitar o controle de constitucionalidade das leis pela via do mandado de segurança, quando, então, resta assentado, pelo entendimento do ministro relator, que situações há em que a inconstitucionalidade é preexistente à própria promulgação da lei, razão pela qual autorizado estará o controle preventivo pela via do mandado de segurança, como legitimados para tanto os parlamentares que, investidos do direito público subjetivo de participarem de um processo legislativo conforme os ditames constitucionais, e, em não vislumbrando o cumprimento do devido procedimento, impetrem mandado de segurança perante o STF, em havendo afronta à Constituição. Nesse sentido, as palavras de Alessia (2016, p. 295)

“Ao reconhecer a natureza do mandado de segurança como um instrumento que garanta a efetividade dos direitos individuais, coletivos e sociais contra o arbítrio do Poder Governamental e contra os abusos do poder de legislar, é possível avançar na preservação do espaço democrático-republicano de decisão. A regra é a harmonia entre os Poderes que deve prevalecer quando se concebe o agir decisional em cada uma das funções do Estado como um exercício norteado pelos princípios da prudência e da razoabilidade. No que concerne à nomogênese da lei, somam-se ao agir decisional na busca por uma melhor qualidade da lei, os princípios: i) princípio da alternatividade, ii) princípio da densidade normativa; iii) princípio da temporalidade; princípio da coerência. Contudo, o trâmite de formação da lei pode ser um processo envolto às manobras casuísticas capazes de atentar contra as regras e os valores contidos no Estado Democrático de Direito. Diante desse cenário, e uma vez efetivamente demonstrada a ameaça de lesão, o mandado de segurança pode constituir um instrumento para se evitar a erosão democrática. Nesse sentido, a jurisdição constitucional, como um freio republicano, está autorizada a exercer em caráter de absoluta excepcionalidade o controle preventivo do trâmite do projeto de lei que ofenda Cláusula Pétrea. Reitera-se que o Writ é reservado para situações excepcionálíssimas para garantia pronta e rápida resposta ao exercício de direito por parte do parlamentar. Contudo, a tônica da questão repousa ainda no problema da extensão quanto ao controle de constitucionalidade, isto é, se apenas recai sobre vícios formais (concernentes ao trâmite regular) ou também materiais (o próprio conteúdo do Projeto de Lei”.

No tocante ao controle preventivo de leis ordinárias, a sua efetivação se revela mais problemática, pois seus mecanismos regulamentadores são menos numerosos e

menos rígidos. Nesse âmbito, pouco interfere o judiciário. Exemplo disso foi o MS nº 32.033, impetrado contra a tramitação da Proposta de Lei 4.470/2012, que versava sobre migração. Por esse mandado de segurança, os impetrantes entenderam haver violação ao seu direito público subjetivo de participar de um devido processo legislativo por vislumbrarem na referida proposta de lei violação ao princípio do pluralismo político e a livre criação, incorporação e fusão dos partidos políticos garantida pela Constituição Federal de 1988, e que, ante a violação do princípio do pluralismo político, também restaria violado o princípio republicano, ferindo, desse modo, o artigo 60, § 4º, da Constituição Federal de 1988. O vício formal, por sua vez, apontado diria respeito à tramitação em regime de urgência. O STF, contudo, entendeu que o debate adentraria o mérito, razão pela qual denegou a segurança, haja vista não ter cabimento o controle de constitucionalidade preventivo das leis. Em verdade, o contexto do referido mandado de segurança revela um âmbito de disputas partidárias. A esse respeito, pontuais as palavras de Alessia (2016, p. 303):

“Em verdade, o debate sobre a intervenção entre os Poderes desvia a temática principal do problema, que é a garantia e a unidade da Constituição na guarda dos direitos individuais e coletivos. Com efeito, na dinâmica democrática, no que concerne à elaboração das leis, a última palavra é confiada ao Congresso Nacional, sobretudo em razão da representatividade. O problema maior está na qualidade das leis. O desprestígio da normativa parlamentar poderia ser atenuado pela utilização de técnicas da legística e dos princípios jurisprudenciais. Para Ferreira Filho, o desprestígio da lei decorre, sobretudo, a partir de um quadro de competição partidária em que a maioria parlamentar procura editá-la sob influência de grupos de pressões que não estão preocupados com o bem comum, mas em vantagens específicas e até transitórias. A multiplicação das leis é uma consequência dessa prática, uma vez que não exprimindo um padrão de justiça estável, o sistema serve a fins políticos em constante e frenética oscilação. De certo, a própria ordem jurídica é o desprestígio de uma decisão judicial por afetar diretamente o princípio republicano. Verifica-se que em razão do sistema de freios e contrapesos, a intervenção de um Poder sobre o outro, realizada segundo os ditames do Estado Democrático de Direito, representa uma prática possível. Isso não equivale a dizer que um Poder se sobrepõe ao outro, mas que a Constituição se sobrepõe a todos. E a considerar que a todos cabe o respeito aos valores e aos princípios da Constituição, mas que cabe à função jurisdicional a guarda da Constituição no que tange à preservação do ordenamento jurídico contra leis atentatórias. Ainda resta certo temor quanto ao desprestígio de uma decisão judicial, mormente quanto ao controle de constitucionalidade”.

Algumas situações, em sede de controle de constitucionalidade preventivo, o Supremo Tribunal Federal possui entendimento já consolidado, a exemplo do que já

determinara em sede do MS 24.831/DF, no qual, mais uma vez, reiterou o Pretório Excelso as Comissões Parlamentares de Inquérito como direito público subjetivo nas minorias parlamentares, e se revela como uma forma de afirmar a proteção das minorias frente às majorias (CHEVITARESE, 2015, p. 305). No mesmo sentido se orientou o STF quando conheceu do MS 26.441, no qual mais uma vez afirma a possibilidade de controle de constitucionalidade sobre atos de caráter político sempre que sobre eles recaia questão constitucional, e que, no caso a que se referia o citado MS, tratava-se de Comissões Parlamentares de Inquérito, decisão na qual, mais uma vez, o STF afirmaria o direito público subjetivo das minorias parlamentares de investigação.

Nesse ínterim, a possibilidade de impetração de mandado de segurança perante o STF por parlamentar tem na violação à Constituição seu principal motivo ensejador, de modo a justificar a extensão da jurisdição constitucional sobre o processo de feitura das leis sempre que se revele flagrante violação às normas constitucionais. Nesse sentido, também possível verificar situações em que a violação a normas regimentais possa dar ensejo a impetração de mandado de segurança. A esse respeito, dispõe Chevitarese (2016, p. 307):

“Prima facie, observa-se que os atos praticados por parlamentares na elaboração da lei, na votação de proposições ou na administração do Legislativo pertencem à categoria de atos de autoridade e podem ser objeto do writ desde que infrinjam a Constituição ou as normas regimentais e ofendam direitos ou prerrogativas do impetrante parlamentar. Contudo, a correição judicial não recai sobre a lei regularmente formada, em observância ao devido processo legal substancial, assim como os atos interna corporis do legislativo, assim compreendidos como aquelas deliberações do Plenário, das Comissões ou da Mesa que cuidam direta e exclusivamente das atribuições e prerrogativas da Corporação. Todavia, não se conclui daí que todo e qualquer ato desses órgãos constitua matéria interna corporis vedada à apreciação judicial. Cumpre recordar ainda a inafastabilidade do Poder Judiciário, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da CF/88.”

No tocante às limitações materiais e procedimentais, a autora é incisiva ao dispor que autorizada está a impetração de mandado de segurança sempre que, durante o processo de feitura das leis, em especial nas propostas de emenda à Constituição, atente-se contra as cláusulas pétreas dispostas no artigo 60, §4º, CF/88.

Nesse ínterim, sempre salutares são os ensinamentos de Ely Lopes Meirelles, para quem o parlamentar é titular do direito de proteção contra lesões ao seu direito individual no exercício de seu mister, razão pela qual, em caso de violação às disposições que regem

a feitura das leis, estará ele investido da faculdade de acionar o Poder Judiciário, com fins a promover a anulação do ato que deu ensejo à ilegalidade ou à inconstitucionalidade, a fim de que seja novamente reproduzido o ato, dessa vez sem que esteja inquinado dos vícios que ensejaram a demanda jurídica.

Diante das análises que faz acerca da extensão da jurisdição constitucional do processo legislativo, Alessia Chevitarese (2016, p. 314) conclui:

“Ao que tudo indica, a presente ordem jurídica brasileira diante da sistemática da nomogênese legislativa parece carecer de um instrumento de controle preventivo de constitucionalidade que incorpore os princípios da Legisprudência contra o abuso de poder legislativo nos casos que há ofensa à cláusula pétrea e direito das minorias”.

A respeito da judicialização das questões interna corporis do Poder Legislativo, interessante abordagem é realizada por Flávia Santiago (2016), analisando as relações travadas entre o Supremo Tribunal Federal e as casas parlamentares. Segundo dispõe a autora, frequente é o questionamento dos atos interna corporis pelas minorias parlamentares, o que acaba por resultar na judicialização da política. Essa judicialização da política, para a referida autora, seria um fenômeno decorrente da relação entre a democracia e o Estado de Direito, que proporcionaria, em decorrência da separação dos Poderes, uma competição entre eles, e, bem ainda, um controle recíproco. Nesse sentido, a respeito da judicialização das questões interna corporis, leciona a autora (2016, p. 311):

“Vive-se um momento de intensa judicialização das questões reservadas à exclusiva apreciação e à deliberação interna legislativa, como: escolha dos membros das mesas das Casas, instauração de comissões, verificação de poderes e incompatibilidades de seus membros (cassação de mandatos, concessão de licenças, etc.), utilização das suas prerrogativas institucionais e valoração das votações (MEIRELLES, 2013, p. 683). Nesse universo existe a busca do respeito às formalidades do processo legislativo, por intermédio da constante procura pelo STF das minorias parlamentares, com o acompanhamento atento da opinião pública e dos movimentos sociais”.

Nos termos em que leciona a citada autora, o controle jurisdicional de constitucionalidade do processo legislativo se revela como uma via excepcional, já que, em regra, esse controle preventivo é realizado no interior mesmo do Poder Legislativo, e podendo dele também participar o Poder Executivo através do veto. Nesse âmbito, em regra, as comissões mistas de deputados e senadores realizam o controle de constitucionalidade preventivo das medidas provisórias editadas pelo Presidente da

República, ao passo que as Comissões de Constituição e Justiça das casas legislativas realizam o controle preventivo de constitucionalidade das demais espécies legislativas (SANTIAGO, 2016, p. 315). Ocorre que, ante a ausência de disposições normativas, dispõe a autora que o STF vem realizando controle de constitucionalidade preventivo das leis, prática que decorreu da impetração de mandados de segurança por parte dos parlamentares para verem assegurando o devido processo legislativo, de modo que o primeiro Mandado de Segurança impetrado com essa finalidade por parlamentar teve por objetivo impedir a abolição de cláusulas pétreas, conforme já mencionado anteriormente.

Entretanto, discussões há a respeito de, em realizando o controle de constitucionalidade preventivo das leis, o Poder Judiciário poder verificar em que medida estariam as casas parlamentares observando as disposições dos regimentos internos. Trata-se de uma problemática que orbita as questões referentes a própria autonomia do parlamento e a natureza jurídica das normas regimentais, isto é, daquelas normas que regem as atividades dos parlamentares. Nesse sentido, conforme mais adiante será mencionado, embora não sejam normas materialmente constitucionais, os regimentos internos seriam dotados daquilo que J. J. Canotilho chamaria de normas de parametricidade constitucional. Por outro lado, haveria autores que, conforme menciona Flávia Santiago, entenderiam que as normas regimentais comporiam o chamado bloco de constitucionalidade, e que, por isso, seriam normas materialmente constitucionais. A teoria do bloco de constitucionalidade tem origem precisamente na doutrina francesa, onde a maior parte dos direitos dos cidadãos não se encontra contida na Constituição, mas em declarações, de modo que, nem por isso, perdem a qualidade de normas materialmente constitucionais. Contudo, não é essa a natureza que se atribui aos regimentos internos das casas legislativas via de regra, como, aliás, já fora lecionado por Hely Lopes Meirelles.

Analisando em que medida o Supremo Tribunal Federal atua como um garante do devido processo legislativo, a autora tece considerações acerca de alguns mandados de segurança impetrados por parlamentares, dentre eles o MS de número 21.648/DF, pelo qual foram impugnados atos dos Presidentes das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, haja vista a admissibilidade de tramitação da Proposta de Emenda Constitucional de número 48, pela qual se intentava instituir um imposto sem a observância do princípio constitucional da anterioridade tributária. Embora se trata-se de mandado de segurança que tinha por objeto discussão de questão constitucional, explica a autora que o Supremo Tribunal Federal sequer chegou a conhecer do referido mandado

de segurança, em razão da perda de seu objeto, tendo em vista a aprovação da referida proposta de emenda à Constituição, e, considerando-se a velha súmula 266 do Supremo Tribunal Federal, que veda a impetração de mandado de segurança contra lei em tese, não fora conhecido o referido mandado de segurança de número 21.648/DF. Entretanto, embora não tenha sido conhecido pelo Supremo Tribunal Federal o citado mandado de segurança, a respeito do controle de constitucionalidade preventivo realizado pelo Supremo Tribunal Federal lecionou o Ministro Celso de Mello ser cabível o controle preventivo, tanto formal quanto material, ainda que excepcionalmente, sempre que houver, no caso, lesão à ordem jurídico-constitucional, de modo que as propostas de emenda à Constituição não estariam excluídas da análise, ainda que preventiva, de seu conteúdo material, e, bem ainda, não estariam excluídos do exame prévio do judiciário, os pressupostos formais.

O controle prévio jurisdicional de constitucionalidade fora, então, construído a partir da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não havendo previsão normativa constitucional acerca dele, razão pela qual ser afirmado o seu caráter excepcional. Nesse sentido, possível, portanto, vislumbrar um ativismo jurisdicional por parte o Supremo Tribunal Federal, haja vista o fato de que ele mesmo definiu os limites de sua competência em sede de jurisdição constitucional preventiva do processo legislativo (SANTIAGO, 2016, p. 320).

Ainda analisando mandados de segurança, a autora trata do MS de nº 22.503/DF, datado de 1996, no qual foram apontadas violações tanto a normas constitucionais como a normas regimentais das casas legislativas. O Supremo Tribunal, contudo, somente conhecera do pedido do mandado de segurança naquilo que se referiu a violação de norma Constitucional, que, no caso, tratava-se de violação ao dispositivo do artigo 60, § 5º, que veda as emendas aglutinativas. Nesse âmbito, convém salientar a incoerência por parte das decisões do Supremo Tribunal Federal, haja vista que, com relação mesmo a vedação às emendas aglutinativas o próprio STF, conforme afirmara Marcelo Cattoni quando da análise do MS de nº 33.630/DF, quando, então, o Supremo Tribunal Federal furtou-se de coibir a emenda aglutinativa vedada pelo artigo 60, § 5º, CF/88.

Quanto à possibilidade de realização do controle preventivo de constitucionalidade das leis ordinárias por parte do Judiciário, o Supremo Tribunal Federal deixou assente não caber controle material preventivo de projeto de lei ordinária,

do que é exemplo a decisão proferida em sede de MS de nº 32.033/DF, do ano de 2013. Analisando as principais decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle preventivo de constitucionalidade das leis e das propostas de emendas à Constituição, e 1980 a 2013, Flávia Danielle Santiago (2016, p. 324-325) conclui:

“Assim, o STF, ao admitir os Mandados de Segurança impetrados por parlamentares, pratica o controle preventivo de constitucionalidade, ao caracterizar ativismo jurisdicional, sobretudo porque o instituto não está previsto entre suas atribuições na CF (BRASIL, 1988). Porém, no mérito, nega a segurança, entendendo não haver violação de cláusula pétrea. Aliás, o STF tem se posicionado no sentido de que não é possível interferir em questões interna corporis das Casas Legislativas. Como exceção, algumas decisões monocráticas suspenderam o trâmite de propostas de alteração constitucional ou projetos de lei, como a decisão liminar do Ministro Marco Aurélio no MS no 20.253 (BRASIL, 1996) e a decisão do Ministro Gilmar Mendes no MS no 33.032 (BRASIL, 2013), respectivamente. (...) Da análise das decisões do Tribunal, portanto, resta caracterizada a autocontenção (ou autorrestrrição) quanto ao resultado dos julgados, no reconhecimento de que cabe ao Tribunal resguardar os espaços de deliberação democrática, especialmente das competências legislativas – terceiro significado sugerido por Posner (2012, p. 521, grifo nosso). A necessidade de conformação do STF decorre, ademais, da sua inserção no conserto entre os Poderes (LIMA, 2014, p. 266). A jurisprudência do STF limita aos congressistas a legitimidade ativa ad causam para discussão em torno de eventual violação do devido processo legislativo, de sorte que se depende da plausibilidade jurídica do pedido, mas também do interesse político desses titulares de Poder. Referida impressão conjuga-se com a abordagem proposta por este artigo, de que a judicialização da política é um fenômeno amparado nas normas jurídicas, mas se insere no universo das preferências dos atores políticos. Nesse caso, verificou-se que os parlamentares amparam seus pedidos no direito das minorias ao devido processo legislativo, mas também nas violações das cláusulas pétreas, argumento que conta com maior receptividade no Tribunal. Nos últimos anos, sobretudo na atual legislatura, a tendência acentuou-se. É cada vez mais frequente as minorias parlamentares irem ao STF para que este suspenda, liminarmente, e, no mérito, anule deliberações de acordo com esses fundamentos”.

A respeito da extensão da jurisdição constitucional sobre o processo legislativo, Marcelo Cattoni (2016) tece importantes considerações ao dispor que, em tempos de crise econômica e política, a jurisdição constitucional muitas vezes se encontra constrangida pelos sistemas econômico e político, o que acaba por resultar num afrouxamento das garantias constitucionais, ocasionando a substituição dos argumentos de princípio pelos argumentos políticos, em sede de jurisdição constitucional.

Em sede de jurisdição constitucional do processo legislativo, o autor, ao analisar o MS de número 33.967/DF, impetrado pela Câmara dos Deputados em razão da

tramitação da Proposta de Emenda Constitucional de número 171/93, verifica que o STF se exime de inibir flagrante violação à disposição constitucional que veda as emendas aglutinativas na mesma sessão legislativa. O Supremo Tribunal Federal, inclusive, teria dificuldades em detectar em que medida uma emenda seria aglutinativa. O mandado de segurança impetrado visava impedir o ato de submissão dessa emenda na mesma sessão legislativa em que fora rejeitada. Acerca do MS de número 33.967/DF, dispõe o referido autor (2015, p. 30):

“No caso, o mandamus acima citado pretende a concessão da segurança na Proposta de Emenda à Constituição 171/93 que visava modificar a Constituição, art 228, para reduzir a maioria penal para 16 (dezesseis) anos completos. Com efeito, na terça-feira do dia 30/06/2015, a PC 171/1993 foi colocada em pauta para discussão e deliberação na Câmara dos Deputados. Tal Proposta de Emenda à Constituição foi rejeitada, tendo em vista não ter alcançado o quórum constitucional de 3/5 dos membros da casa legislativa em 1º turno, alcançando o voto favorável de 303 deputados (...).“A questão posta pelo mandado de segurança, portanto, é a garantia constitucional do art. 60, § 5º, da CF/88, a qual dispõe que a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa. Em síntese, ao Supremo Tribunal Federal deve ser questionado qual a função da referida garantia para o direito? O que o Supremo Tribunal Federal espera da democracia no exercício do controle de constitucionalidade?”

Fora objeto de análise também pelo referido autor o mandado de segurança de número 33.729/DF, impetrado perante o Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que as contas presidenciais não teriam sido analisadas em sessão conjunta das casas legislativas, mas, tão somente, pela Câmara dos Deputados.

Explica o autor que, no MS de número 33.630/DF, onde também o artigo 60, § 5º, apresentava-se como norma violada, o Supremo Tribunal Federal entendera, na pessoa da Ministra Rosa Weber, que não caberia, a ele, enquanto órgão judiciário, adentrar à referida questão por se tratar de matéria interna corporis, tendo afirmado, ainda, a referida ministra, que muitas vezes as emendas podem guardar semelhança entre si, mas apresentarem diferentes contextos, o que impossibilitaria o Judiciário de analisar sem adentrar no mérito legislativo. A respeito desse posicionamento Cattoni afirmou que o STF não viabilizou, nesse modo, as garantias processuais de formação da vontade pública. Nesse sentido, as palavras do autor (2015, p. 31):

“O STF não compreende, tanto neste mandado de segurança, quanto no anterior (a respeito de outra “manobra” da Câmara, a que levou à reapresentação da PEC sobre financiamento empresarial de campanha):

(i) qual o papel deste writ, uma criação brasileira que, desde a origem, possui intrínseca familiaridade com questões políticas de alta indagação; (ii) a ideia de que, embora um ato de Poder Público possua presunção de legalidade/veracidade, isso não impede a concessão de liminar, pois que, fosse assim, essa medida estaria vedada à maioria dos mandados de segurança; (iii) que esta é uma ação de cognição sumária e que é justamente por isso que se justifica uma análise do “*fumus boni iuris*” em liminar, a partir dos documentos acostados e da legislação; (iv) do papel do parlamentar em defender a regularidade do processo legislativo, ainda mais quando este se refere aos estritos limites de alteração de uma Constituição super-rígida. Ora, mais uma vez, é preciso lembrar que o STF possui jurisprudência consolidada sobre o papel do parlamentar em defender um “direito público subjetivo” de regularidade do processo legislativo; de outro lado, tocando especificamente o caso, ou a Constituição é norma superior e sua alteração deve ser vista como algo excepcional – e, logo, as normas que tratam de tal possibilidade também devem ser interpretadas de forma restritiva –, ou a diferença daquela frente a uma lei ordinária será basicamente um problema de quórum. No processo de alteração ou criação de uma lei ordinária, emendas aglutinativas podem ser utilizadas para a reapresentação de projetos de lei rejeitados mediante requerimento da maioria absoluta dos membros da o STF não compreende, tanto neste mandado de segurança, quanto no anterior (a respeito de outra “manobra” da Câmara, a que levou à reapresentação da PEC sobre financiamento empresarial de campanha): (i) qual o papel deste writ, uma criação brasileira que, desde a origem, possui intrínseca familiaridade com questões políticas de alta indagação; (ii) a ideia de que, embora um ato de Poder Público possua presunção de legalidade/veracidade, isso não impede a concessão de liminar, pois que, fosse assim, essa medida estaria vedada à maioria dos mandados de segurança; (iii) que esta é uma ação de cognição sumária e que é justamente por isso que se justifica uma análise do “*fumus boni iuris*” em liminar, a partir dos documentos acostados e da legislação; (iv) do papel do parlamentar em defender a regularidade do processo legislativo, ainda mais quando este se refere aos estritos limites de alteração de uma Constituição super-rígida. Ora, mais uma vez, é preciso lembrar que o STF possui jurisprudência consolidada sobre o papel do parlamentar em defender um “direito público subjetivo” de regularidade do processo legislativo; de outro lado, tocando especificamente o caso, ou a Constituição é norma superior e sua alteração deve ser vista como algo excepcional – e, logo, as normas que tratam de tal possibilidade também devem ser interpretadas de forma restritiva –, ou a diferença daquela frente a uma lei ordinária será basicamente um problema de quórum. No processo de alteração ou criação de uma lei ordinária, emendas aglutinativas podem ser utilizadas para a reapresentação de projetos de lei rejeitados mediante requerimento da maioria absoluta dos membros da Casa (artigo 67). Tal regra não se aplica às Propostas de Emendas à Constituição (tratadas exclusivamente no artigo 60) – isso para não relembrarmos, mais uma vez, que o § 5º do artigo 60 deixa claro que a “matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa”: o Poder Constituinte Originário, único que pode limitar o Poder Constituinte Derivado (não é o Regimento Interno da Câmara que poderá fazê-lo), não estabelece diferença quanto à rejeição de uma proposta estar em

uma emenda, um substitutivo, na Proposta original ou coisa similar. Se a matéria, que era objeto de uma proposta, foi à votação e foi rejeitada, não poderá ser reapreciada na mesma sessão legislativa”.

Nesse ínterim, Cattoni (2016) atenta para um problema que ele chama de “ordinarização do processo de reforma”, na medida em que, além de realizarem emendas aglutinativas, os parlamentares, ao votá-las, o fazem como se estivessem tratando de rito ordinário de produção de leis, aprovando-as nos termos do artigo 67, da Constituição Federal, pelo qual se torna possível, mediante reapresentação por uma nova maioria parlamentar qualificada, submeter a reapreciação matéria havida por prejudicada ou rejeitada. Reforça, o autor, que não cabem emendas aglutinativas em processo de reforma constitucional, de modo que a aplicação de Regimento Interno e da Constituição sem considerar a diferença no processo de produção de leis daquele processo de reforma constitucional, isto é, processo ordinário e processo de reforma, implica em verdadeiro comprometimento da rigidez constitucional. A apresentação de emendas aglutinativas viola não somente as disposições do artigo 60, § 5º, da CF/88, como, também, o artigo 60, I, da Constituição Federal, afirma Cattoni, que relembra que o processo pelo qual se aprova uma emenda constitucional necessita que ela seja votada em dois turnos, na Câmara e no Senado, e, nesse processo, não funciona uma casa como revisora da outra, exige-se exatamente dois turnos de votação em cada casa. Desse modo, a respeito do MS 33.967/DF, afirma Cattoni que o Supremo Tribunal Federal perdera uma boa oportunidade de realizar um controle de constitucionalidade forte.

No tocante ao mandado de segurança de número 33.729/DF, supracitado, que tratava da questão da análise das contas presidenciais realizada tão somente pela Câmara dos Deputados, quando, na verdade, deveria ter sido realizada em sessão conjunta, Cattoni aponta a violação ao artigo 57, §§ 3º e 5º, da Constituição Federal de 1988, pelos quais a análise das contas presidências deve ser feita em sessão conjunta. Explica o autor que, embora o STF tenha reconhecido a competência do Congresso Nacional para tanto, não determinou a repetição daquela votação para que se desse de forma conjunta, apenas determinou que as futuras apreciações das contas presidenciais observassem o imperativo constitucional de que sejam realizadas em sessão conjunta, de modo que, nesse episódio, vislumbrou, Cattoni, modulação temporal dos efeitos da decisão em sede de controle preventivo de constitucionalidade, em mandado de segurança. A respeito da modulação dos efeitos temporais do controle de constitucionalidade, Cattoni afirma que, até mesmo quando se trata de controle repressivo e abstrato, trata-se de uma saída jurídica que

encontra algumas críticas quanto a sua constitucionalidade, imagine-se o que se dirá da utilização dessa técnica quando da realização de controle concreto de constitucionalidade, mediante juízo monocrático, quando, pela dicção do artigo 27, da Lei 9.868/99, a modulação temporal dos efeitos da decisão somente pode se dar por voto de 2/3 dos membros do tribunal. Entretanto, sequer determinou, o Supremo Tribunal Federal, que as futuras apreciações de contas presidenciais e dessem de forma conjunta, ele apenas proferiu orientação no sentido de que essa exigência fosse observada, o que fez Cattoni afirmar que o STF, diferentemente do Tribunal Superior Eleitoral, não tem dentre as suas funções, a competência para dar consultas aos outros Poderes. Diante de suas análises, Cattoni (2016, p. 34) conclui:

“O Supremo Tribunal Federal aqui vem, desde há tempos, relativizando garantias democráticas, com base em uma concepção autoritária de processo legislativo, ainda herdada da Ditadura Civil-Militar. Garantias democráticas como, por exemplo, de se respeitar a tramitação de importante modificação na Constituição, de permitir que os cidadãos se reconheçam coautores e destinatários das normas que eles mesmos se dão, de possibilitar que as normas que vão de fato atingir a esfera jurídica dos cidadãos possam ser debatidas e refletidas pelos partícipes da comunidade política. Enfim, o Supremo Tribunal Federal não leva a sério o devido processo legislativo”. (Grifo nosso). (...) De se concluir, então, que há uma jurisdição constitucional em crise, devido à não compreensão, com a devida profundidade, das garantias democráticas, desde longo período temporal, e não uma jurisdição constitucional da crise”. (Grifo nosso).

A delimitação do âmbito de análise se torna imperiosa. Primeiramente, importa destacar que a imunidade do Parlamento tem uma tríade de fundamento, qual seja, a soberania do Parlamento, as questões políticas e as questões interna corporis. A doutrina costuma inserir os atos interna corporis no âmbito das questões políticas, de modo que essas seriam o gênero do qual os *atos interna corporis* seriam espécie.

O trato das questões interna corporis no ordenamento jurídico brasileiro guarda ligação especial com a forma como se deu a separação dos Poderes no Brasil. Inicialmente, não é possível detectar essa discussão de forma específica quanto aos atos interna corporis. Esse debate no Brasil emerge com mais clareza no período da Primeira República Brasileira, sob a égide da Constituição de 1891, e tem como um de seus maiores expoentes Rui Barbosa. Contudo, a discussão irá transitar entre a diferença entre questões políticas e jurídicas, mas sem adentrar especificamente todos os âmbitos compreendidos nos atos interna corporis.

Em Rui Barbosa, a definição de questões políticas não se revelaria suficiente a afastar a tutela jurisdicional, seria, antes, inclusive, desnecessária a diferenciação entre questões políticas e jurídicas, já que, uma vez postas à análise do Judiciário, seriam tornadas jurídicas.

A delimitação das atribuições de cada Poder ao longo da história das instituições brasileiras em experiência e vivências constitucionais trará diferentes perspectivas quanto à atuação do Poder Judiciário, e, bem ainda, quanto à legitimidade de sua ingerência sobre os demais Poderes. Nos diferentes períodos constitucionais brasileiros, desde o antigo regime até a democratização advinda com a Constituição de 1988, nota-se que, a depender do momento histórico, haverá um maior destaque ou não da atuação do Judiciário.

A presente análise adentra, portanto, a relação inter poderes, a forma como se estrutura essa relação será ditada sob a égide das Constituições vigentes, desde as outorgadas, até as promulgadas constituições democráticas, variando conforme o contexto e ideologia constitucionais.

A análise da tutela jurisdicional do processo legislativo tem sua importância no ordenamento jurídico brasileiro. A princípio, considerando o mecanismo em que se desenvolve o controle de constitucionalidade das leis no Brasil, caracteristicamente um controle repressivo, a ideia de um controle preventivo de constitucionalidade poderia soar como desnecessário, haja vista todo o arcabouço jurídico a propiciar a defesa do ordenamento jurídico, expurgando normas que, uma vez promulgadas, fossem consideradas inconstitucionais, em sede de controle abstrato/repressivo, o que tornaria desnecessário um controle incidentemente preventivo quando do procedimento de feitura dela mesma, norma.

Nas palavras de Marcelo Cattoni (2001), a jurisdição constitucional como exercício do poder jurisdicional em matéria constitucional consiste na apreciação de alegações que explicitamente se fundam em razões de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, no contexto lógico-argumentativo de aplicação reconstrutiva do Direito Constitucional.

Em verdade, seja controle de constitucionalidade de norma constitucional já posta no ordenamento, seja controle de constitucionalidade incidente sobre uma norma que não se possa dizer ‘pronta e acabada’, com o perdão da coloquialidade vocabular, a

problemática acerca da jurisdição constitucional resulta sempre discussão acerca da legitimidade para fazê-lo, na legitimidade para a guarda da Constituição. Trata-se de questão que remete aos tempos de Kelsen e Schmitt (PEREIRA, 2012), que, em seus debates incessantes, procuravam dispor sobre quem seria o guardião da Constituição.

Analisar a presente temática adentra inúmeras questões, especialmente àquelas relacionadas ao Princípio da Separação dos Poderes, prelecionado por Montesquieu, e que seria um dos grandes marcos do Constitucionalismo Moderno (NASCIMENTO, 2004), a partir do qual seria possível definir o conteúdo do que seria uma Constituição, que necessariamente deveria conter em seu bojo os limites estabelecidos entre os Poderes, a fim de que pudessem ser exercidos, os Poderes, dentro dos parâmetros ditados como legítimos à luz de um Estado dito democrático.

O princípio da separação dos poderes, em se tratando de jurisdição constitucional do processo legislativo, remete necessariamente a doutrina dos chamados atos *interna corporis*, e, a depender do que se possa conceber como atos *interna corporis*, a tutela jurisdicional do processo legislativo poderá ser considerada como intromissão indevida ou não do Judiciário na esfera do Poder Legislativo. Trata-se de problema de importante relevância, já que não há um consenso doutrinário, tampouco jurisprudencial, dos limites do que venha a ser concebido como um ato *interna corporis*. A definição acerca do que seja *interna corporis* é, portanto, uma definição problemática. Trata-se de matéria de interesses corporativos, a envolver apenas aqueles que sejam seus destinatários. Mas como identificar sua linde?

Ocorre que a dificuldade reside, essencialmente, em se afirmar os limites dos interesses, isto é, até que medida um interesse restringe-se ao âmbito de um Poder, sem afetar outros Poderes, e, principalmente, em se tratando da proposta constitucional de um Estado Democrático de Direito, e, aqui, especialmente, no que se refere a ordenamento jurídico brasileiro, cuja Constituição atribui ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição, qual o papel do judiciário na salvaguarda do processo legislativo, quando a doutrina e jurisprudência têm atribuído apenas aos parlamentares o direito subjetivo ao devido processo legislativo.

Nesse âmbito emerge a doutrina dos atos *interna corporis*, atos estes que integram o gênero das chamadas questões políticas (BARBOSA, 2010).

Diante da dificuldade de se delimitar o que integra os atos interna corporis, especialmente aqueles afetos ao Poder Legislativo, a doutrina e jurisprudência orientam-se a partir de um critério de exclusão, ou seja, a partir do que concebem como não sendo um ato interna corporis, o que revela com maior clareza a substância desses atos.

Nesse sentido, interessantes são as lições de Leonardo Augusto de Andrade Barbosa (2010), para quem não seriam atos interna corporis, e, portanto, seriam passíveis de controle jurisdicional: o processo legislativo constitucional; excepcionalmente o processo de feitura das normas; a violação de normas dos regimentos internos das Casas Legislativas que reproduzam ou possam diretamente ser reconduzidas à Constituição; procedimentos legislativos que se mostrem atentatórios a direitos individuais.

Reitere-se, contudo, que não há, efetivamente, um consenso doutrinário acerca de quais atos do Poder Legislativo estariam sujeitos à jurisdição constitucional. Não obstante, certo é que, em se tratando de inobservância de normas constitucionais reguladoras do processo de feitura da lei, a possibilidade de controle jurisdicional se torna imperiosa, e mesmo ocorre efetivamente, especialmente em razão do direito ao devido processo legislativo de que são titulares os parlamentares, os quais, respaldados no direito líquido e certo fundado diretamente na Constituição, são legitimados para a propositura de Mandado de Segurança a fim de ver cumpridas as disposições constitucionais (QUEIROZ FILHO, 2001).

Quanto ao processo de feitura da norma, situações há em que estará o judiciário legitimado a exercer ingerência, desde que provocado, quando, por exemplo, houver proposta de Emenda Constitucional tendente a abolir cláusula pétrea, quando a própria Constituição Federal de 1988 veda a deliberação acerca de tal abolição, de modo que, uma vez diante de tal situação, poderia um parlamentar impetrar Mandado de Segurança, judicializando a questão perante o Supremo Tribunal Federal.

Em se tratando de violação a normas regimentais das Casas Legislativas, a doutrina é controversa quanto à possibilidade de provocação do Judiciário. Hely Lopes Meirelles (2003), por exemplo, não considera tal questão judicializável, uma vez que compreende o Regimento Interno das Casas Legislativas como sendo afeto tão somente a esse Poder, o que não legitimaria uma ingerência do Poder Judiciário em caso de não observância do Regimento Interno por parte do Poder Legislativo.

Para o referido autor, trata-se de matéria interna corporis. Nesse sentido, segundo o magistério do referido autor, atos interna corporis seriam atos relacionados à economia interna da corporação legislativa, bem como seus serviços auxiliares, à formação de seus órgãos parlamentares, à elaboração de seu regimento interno, à fiscalização das prerrogativas e incompatibilidades de seus membros, e, bem ainda, à formação ideológica da lei.

Nesse âmbito, interessante é análise acerca do Regimento Interno que faz J.J. Gomes Canotilho, que trata os Regimentos Internos como normas interpostas, dotadas de parametricidade constitucional, mas cuja violação não implicaria necessariamente na violação da Constituição.

Contudo, já para Leonardo Augusto de Andrade Barbosa, devido ao caráter de normas interpostas, dotadas, por isso, de parametricidade constitucional, a provocação do Judiciário seria possível ante a inobservância de seu conteúdo normativo por parte da casa legislativa violadora. Nesse sentido, realiza pontual crítica a respeito da ideia de uma esfera jurídica privativa do Parlamento, no sentido de que o espaço assegurado ao Legislativo para a formação da vontade política não configura, tão somente, garantia institucional daquele Poder, mas uma garantia do regime democrático de direito, a justificar a tutela jurisdicional constitucional, motivo pelo qual não se deve apequenar a doutrina dos atos interna corporis a problemática pura de separação dos poderes, mas sua repercussão se protraí para um interesse que abrange toda a coletividade.

Dáí Marcelo Cattoni (2016) afirmar que os regimentos legislativos representam condições processuais que devem garantir um processo legislativo democrático, de modo a proporcionar uma institucionalização jurídica de formas discursivas e negociais, a fim de promover o exercício da autonomia jurídica dos cidadãos.

Desse modo, a compreensão das normas regimentais como normas que só organizam o funcionamento do legislativo não se coaduna com a democracia representativa. Faz-se necessário uma abertura institucional, a fim de evitar uma privatização do processo legislativo.

Em sentido contrário, contudo, orienta-se Carré de Malbergue, para quem as prescrições ditadas pelos regulamentos concernentes ao processo legislativo não formam regras constitucionais, tampouco influenciariam na formação constitucional das leis,

motivo pelo qual, para o autor, às casas legislativas compete o direito de modificá-las, não estando sujeitas ao dever de observá-las, o que não ocasionaria nenhum prejuízo para a constitucionalidade das leis elaboradas pelas casas legislativas (BARBOSA, 2010).

Não obstante o Supremo Tribunal Federal prossiga adotando inúmeras posturas no sentido de maior contenção no que diz respeito à tutela do processo legislativo, especialmente no que se referem à observância dos Regimentos Internos pelas Casas Legislativas, o Ministro Celso de Melo já proferiu voto no sentido de atribuir importância à observância dos Regimentos Internos das Casas Legislativas, e manifestou entendimento de que tal observância ofereceria repercussões para a constitucionalidade das Leis, e, sobretudo, importaria em obediência necessária para a garantia da supremacia da Constituição, tratando-se, a observância regimental, de pressuposto de validade dos atos normativos editados pelo Congresso Nacional (MS. 22.503-DF).

Mesmo que não se trate de doutrina amplamente difundida ou aceita, não se poderia deixar de tratar, na presente análise, acerca do chamado “bloco de constitucionalidade”, pelo qual, ainda que se tenha em questão uma norma interposta, por assim dizer, a exemplo dos Regimentos Internos – norma interposta que se remete indiretamente a Constituição -, a sua não observância poderia ocasionar inconstitucionalidade por ofensa reflexa à Constituição.

Nesse sentido, a tutela da jurisdição constitucional do processo legislativo justifica-se a partir do entendimento segundo o qual o direito ao devido processo legislativo seria um direito cuja titularidade seria difusa, não se limitando a direito subjetivo parlamentar, mas um direito que resguarda a sociedade de provimentos normativos manipulados por interesses que não aqueles sustentados pelos pilares do Estado Democrático de Direito.

Há, por assim dizer, utilizando-se das palavras de Leonardo Augusto Barbosa (2010) duas importantes pretensões ao se tutelar o devido processo legislativo. Uma pretensão que se dirige aos próprios órgãos legislativos, no sentido de lhes impor a observância das normas regimentais e constitucionais que orientam a saudável feitura da lei, e, bem ainda, a pretensão de anulação, cujo destinatário é o próprio Judiciário, quando, provocado, depara-se com questões de inconstitucionalidade.

Não são outras as lições de Marcelo Cattoni (2016) quando trata da gênese democrática das leis valendo-se das lições de Habermas. Em se tratando de uma teoria discursiva do direito, a origem democrática das leis requer um debate institucional em que os destinatários das normas se reconheçam como partícipes da produção normativa. Não se poderia afirmar uma gênese democrática das leis em hipóteses nas quais o Poder Legislativo se recusa à observância de normas regimentais e, reflexamente, ou, talvez, diretamente, a normas Constitucionais. Em se tratando do ordenamento Jurídico Brasileiro, importante papel desempenha o Poder Judiciário em fazer observar os preceitos Constitucionais.

Não se quer, contudo, afirmar que competirá ao Poder Judiciário realizar um controle político acerca dos atos normativos emanados das casas legislativas. Ao tratar da doutrina dos atos interna corporis, a problemática que desponta reside justamente no alargamento que se dá àquilo que se considera um ato interna corporis, o que faria, da tutela jurisdicional do processo legislativo, uma intromissão indevida. Com a redução das questões consideradas interna corporis, o controle jurisdicional do processo legislativo não assumiria qualquer feição política, mas, sim, feição jurídica.

Nesse âmbito, o Judiciário avalia atos a partir de parâmetros jurídicos, não se trataria de parâmetros políticos de aferição. Em meio a essa discussão, o devido processo legislativo assume feições que não se consubstanciam em política tão somente, mas, sim, feições jurídicas. Vale dizer, não se pode negar caráter jurídico ao processo legislativo, a justificar, tão somente, o controle político, dada a dificuldade de se separar o jurídico do político. Contudo, o Judiciário afere a regularidade procedimental mediante parâmetros jurídicos, e não políticos. Justificar-se-ia, então, um controle simultâneo, realizado no interior das próprias casas legislativas, e um controle Jurisdicional.

Contudo, ao se tratar de tutela jurisdicional do processo legislativo, importantes considerações surgem, especialmente no que atine às consequências geradas para o ordenamento jurídico. Antes de adentrar à presente análise, não é demais esclarecer que o controle preventivo não se confunde com o controle em abstrato da constitucionalidade formal das leis.

O controle abstrato de constitucionalidade formal, embora tenha por objetivo atacar vício constitucional na formação da norma, ocorre por via de ação, cuja pretensão é uma declaração de inconstitucionalidade, possuindo caráter repressivo, ataca, portanto,

uma norma que já existe no mundo jurídico, ao passo que o controle jurisdicional preventivo dos atos do Poder Legislativo diz respeito às formalidades indispensáveis à formação das normas, nos dizeres de Gilvan Correia de Queiroz Filho (2001).

Ocorre que, em se tratando de tutela jurisdicional do processo legislativo, e, por conseguinte, tutela da observância das normas regimentais quando da feitura das normas, autores como Canotilho (2003) entendem que a não observância de normas regimentais poderia ocasionar apenas uma questão de ilegalidade.

A princípio, trata-se de problema de difícil solução. Ao de tratar do devido processo legislativo como direito de titularidade difusa, seria possível valer-se da ação civil pública. Contudo, tal configuraria uma verdadeira violação à própria Constituição, já que não se mostra como via adequada para o controle de constitucionalidade, restando verdadeira usurpação da competência do STF (BARBOSA, 2010).

Em verdade, as características diversificadas das Constituições, do Brasil ou de outros ordenamentos jurídicos denotam a dificuldade de transitar por um processo legislativo linear, uniforme, especialmente em razão de grupos de pressão organizados para a feitura das leis, o que ora resulta numa maior, ora numa menor, importância e atenção aos preceitos ditados pela Constituição.

Por outro lado, considerando os mecanismos de controle de constitucionalidade que o ordenamento jurídico brasileiro confere, seria possível afirmar que, mesmo em tese, há possibilidade de gênese democrática das leis. A partir de um olhar puramente normativista, o sistema brasileiro ofereceria soluções plausíveis, de modo a expurgar do sistema jurídico as normas inconstitucionais.

Trata-se de enfoque onde o mundo da política em nenhum momento de depara com o mundo jurídico, em que todas as questões encontram-se milimetricamente delimitadas sem quaisquer problemas para a sociedade, onde as “questões políticas”, expressas em atos legislativos, e de governo, fogem à alçada judicial, não sendo objeto de exame de Constitucionalidade, salvo se interferirem na existência constitucional de direitos individuais (BONAVIDES), cuja titularidade, em se tratando de processo legislativo, pertence, tão somente, aos próprios parlamentares.

Nesse sentido, importantes são as considerações de Eduardo Appio (2016), ao afirmar que a jurisdição sobre matéria política não é necessariamente sinônimo de

jurisdição política, já que permanece como um processo decisório tomado a partir de pressupostos jurídicos, razão pela qual o fato de o judiciário analisar uma questão política não atribui à sua decisão caráter necessariamente político, poderá, sim, ter contornos jurídico-políticos.

Importa tratar o processo legislativo como um complexo de atos necessários à concretização da função legislativa do Estado, como conjunto de atos realizados pelos órgãos legislativos, cooperadores (SILVA, 2010).

Nesse sentido, não só o devido processo legislativo deve ser tutelado com maior cautela, como também a chamada “desjuridicização” das questões da regularidade regimental do processo legislativo deve ser combatida, especialmente com uma diminuição do que se compreende por matéria interna corporis, e, portanto, não suscetível de sindicância por parte do Poder Judiciário (CATTONI, 2016).

A definição do que venha a ser um ato interna corporis, um ato que integra o gênero das questões políticas, conforme anteriormente mencionado, não encontra entendimento pacífico na doutrina, motivo pelo qual inúmeros são os limites traçados pelos doutrinadores acerca da sindicabilidade desses atos pelo poder judiciário, mormente em se tratando de jurisdição constitucional do processo legislativo. A se considerar ou não como questões políticas as suscitadas durante o processo legislativo, as consequências jurídicas poderão ser as mais diversas. Não se trata de tarefa fácil apresentar as melhores soluções para a problemática.

Felipe Braga Albuquerque e Juliana Cristine Diniz Campos criticando a ausência de critério para definição das chamadas questões políticas por parte do STF, propõem a formação de uma teoria constitucional democrática das questões políticas a partir de alguns critérios. O primeiro deles refere-se ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, o que legitima a tutela jurisdicional das questões políticas, ressalvando, contudo, que deve o Judiciário se autoconter em hipótese nas quais não se vislumbre qualquer interesse alheio ao corporativo.

Ademais, será necessária a compreensão acerca de em que medida, no caso concreto, uma questão será tida como política ou não, e, mesmo sendo política, se será analisada à luz de parâmetros políticos. O fato de uma questão política ser posta sob a tutela da jurisdição constitucional não implicará, necessariamente, na análise do seu

mérito, o que será analisado a partir de um juízo de ponderação por parte do judiciário, que, sobretudo, não poderá adentrar questões cuja competência esteja exclusivamente reservada, pela própria Constituição, aos demais Poderes.

Não obstante as contribuições dos autores retromencionados, o deslinde das presentes questões acerca da tutela jurisdicional do processo legislativo e as implicações jurídicas que poderá ocasionar não se mostra tarefa fácil, inúmeras são os interesses envolvidos que vão desde o próprio direito subjetivo do parlamentar de participar de um processo legislativo nos moldes prescritos pela Constituição, e, bem ainda, pelos Regimentos internos que igualmente orientam a feitura das leis, a formação das mesas, o prazo de duração de comissões temporárias, a composição das mesas permanentes, até o direito dos destinatários das normas de se verem alcançados por normas que não representem interesses corporativos frutos de manipulação maiorias parlamentares eventualmente manipuladas por negociações.

Não obstante trata-se de problemática revestida de seriedade e consequências para o Estado Democrático de Direito, ela não seria possível se não estivesse, o Estado, sob a égide de uma Constituição. E, onde há uma Constituição, haverá sempre a discussão em torno de quem será o legitimado a salvaguardá-la (PEREIRA, 2012), seja no que concerne ao trato de questões políticas, seja no que concerne ao trato de questões jurídicas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do tema objeto de debate da presente dissertação, observa-se que fácil não é a tarefa de viabilizar o devido processo legislativo, na medida em que, para além das normas que regem seu processo de feitura, os princípios constitucionais impõem uma ordem de valores que o simples cumprimento das disposições regimentais nem sempre se afigura como uma segura proteção, mas que representam uma necessidade no sentido de fiscalização de seu cumprimento, enquanto uma garantia que minimamente se possa proporcionar ao devido processo legislativo.

Como exposto ao longo da presente dissertação, o nascimento da jurisdição constitucional se deu a partir da hierarquização do Direito, no sentido de que, através desse fenômeno, a Constituição passou a ocupar lugar no topo do ordenamento jurídico, gerando, assim, um ambiente propício de existência de uma jurisdição constitucional, e, mais que isso, criando a necessidade de exercício de uma jurisdição constitucional. Autores como Paulo Bonavides, a partir das ideias de Zagrebelsky, mencionam na mudança de paradigma-lei para o paradigma-constituição como condição para a existência da jurisdição constitucional.

Nesse ínterim, a suprallegalidade constitucional, para utilizar da doutrina de Ivo Dantas, requer mais que a simples declaração de condição de supremacia, requer mecanismos eficientes que resguardem o valor da Constituição.

Nesse âmbito, dado o escalonamento vertical do ordenamento jurídico, toda observância de legalidade é igualmente uma observância de Constitucionalidade. Outros não são os ensinamentos de Kelsen, motivo pelo qual a preocupação com a dignidade da legislação se torna imperiosa como garantia e respeito à dignidade da própria Constituição. Um processo legislativo que não observe a saudável feitura das normas representa ofensa à própria dignidade da legislação. Como, também, da própria Constituição, mesmo que essas ofensas impliquem em diferentes sanções.

O estágio atual do constitucionalismo tem levado a uma nova interpretação acerca do princípio da separação de poderes, interpretação essa que acaba por resultar numa nova perspectiva acerca da extensão da Jurisdição Constitucional sobre as instâncias majoritárias, permitindo ao Judiciário adentrar questões pertinentes aos outros poderes, sem, contudo, valer-se dos mecanismos de justificação que lhes pertença. O discurso

jurídico para ser legítimo não pode se confundir com o discurso político, daí Cristiane Branco Macedo para tal necessidade atentar, a partir dos ensinamentos de Habermas.

Em Habermas, o ideal seria que as discussões políticas permanecessem travadas no âmbito político, mas a judicialização tem se revelado como uma realidade quase que inescapável. Nesse contexto, como a judicialização pode se dar de maneira que assegure uma democracia deliberativa? A partir de mecanismos de justificação e observância das normas procedimentais viabilizadoras da deliberação e da discussão mediante um agir comunicativo, uma abertura comunicativa entre as instâncias. Na verdade, o Judiciário agiria não para substituir às instâncias majoritárias em matérias decisórias, mas agira para viabilizar a deliberação.

Nesse sentido, então, que o presente trabalho, sem pretensões de esgotamento, se propôs a analisar não só a necessidade de extensão da jurisdição constitucional sobre o processo legislativo, mas, sobretudo, em que medida se revelaria essa extensão com alguma utilidade, em se tratando do caso brasileiro, já que, em sede de controle preventivo de constitucionalidade, o Judiciário, embora dele venha a conhecer mediante provocações advindas das próprias instituições majoritárias, não se mostra muito atuante no sentido de garantir a democracia deliberativa, já que se exime de adentrar muitas questões que, sob seu entendimento, compreende como internas corporis, mas, cuja observância devida, traz importantes implicações para o jogo democrático. Contudo, longe está o presente trabalho de representar uma crítica ao Judiciário, considerando-se, sobretudo, a ausência de previsões legislativas e regimentais dotadas de suficiente clareza que permitam sempre observar que, em sendo violadas, representam agressões ao princípio democrático. Nesse sentido, até mesmo em sede de emendas constitucionais aglutinativas, por exemplo, cuja ocorrência encontra vedações expressas na Constituição, a identificação de sua ocorrência não se torna tarefa fácil, podendo representar ingresso do Judiciário em conteúdo material de lei, o que é se encontra vedado em sede de controle preventivo de constitucionalidade, resguardando a possibilidade de que seja pleiteada a fiscalização de constitucionalidade pela via repressiva, seja concentrada, seja difusa.

Nessa perspectiva, então, observa-se que, se a análise de ditas questões tem chegado ao judiciário, ela chega por intermédio da provocação das próprias instituições parlamentares. Em que medida, entretanto, essas impetrações cumpririam a finalidade de garantir o devido processo legislativo? E se verdadeiramente delas conheceria o

Judiciário para prover a ordem, ou, em simplesmente delas conhecendo, indeferi-la? Fora visto, portanto, que essa seria a postura mediante a qual se inclinara o Judiciário na maior parte das vezes, respeitando as chamadas matérias interna corporis. Difícil, contudo, vislumbrá-las como matérias interna corporis na medida que são tratadas por instituições que, representativas, deveriam assegurar os interesses sociais. Nesse sentido, procurou-se investigar que matérias regimentais garantiriam, então, a ordem democrática e viabilizariam a deliberação de uma forma mais democrática.

A partir da análise, ainda que breve, dos principais modelos de jurisdição constitucional, verificou-se que, com o desenvolvimento do movimento constitucionalista, a atuação da jurisdição constitucional adquire novos contornos, e, bem ainda, a necessidade de garantia da suprallegalidade constitucional igualmente encontra novas demandas. A formação de um diálogo institucional seria de fundamental importância para evitar que a tutela do devido processo legislativo se transformasse numa eterna desculpa para obstaculizar os trâmites legislativos, por questões que, em verdade, tivessem mais cunho ideológico. Nesse sentido, a busca pela verdadeira tutela do processo legislativo não poderia ser banalizada nem pelo Judiciário, nem pelo Legislativo.

A partir dessa concepção, a velha ideia de atuação do judiciário como uma atuação contramajoritária cairia por terra, a partir de um agir no sentido de se tornar ele um aliado democrático, mas, com isso contradizendo as perspectivas sob as quais John Ely Hart toma o Poder Judiciário, isto é, como o protetor das minorias. Em nada seria contraditória a ideia de enxergar no Judiciário um aliado democrático se tomado o princípio democrático nos termos concebidos por Cristiane Branco Macedo, a partir do seu estudo aplicativo da doutrina e jurisprudência espanholas, mormente no que se refere ao próprio Tribunal Constitucional Espanhol, à praxe brasileira, ou seja, o Princípio Democrático compreendido não somente de posse da aplicação da técnica da vontade da maioria, mas, sobretudo, a partir do fundamento de que pressupõe, também, o referido princípio, o pluralismo partidário, sem o qual, aliás, não haveria que se falar em participação da minoria. Nesse ínterim, conclui-se, mais uma vez, pela necessidade de se viabilizar a dignidade da legislação, a partir de uma função poligenética de produção das leis, para bem utilizar os ensinamentos de Alessia Chevitarese, e, sobretudo, coadunando autonomia pública e privada, fazendo do processo legislativo um espaço para um debate que, sobretudo, analise as regras do jogo democrático, como bem já ponderara Bobbio. Nesse sentido, a democracia deliberativa traz as garantias básicas para se viabilizar o

debate aberto e comunicativo que Habermas apregoa, devendo o Judiciário atuar no sentido de fiscalizar o cumprimento das regras devidas do ‘jogo político’.

A suprallegalidade constitucional não se limita a sua declaração. O valor de uma Constituição se viabiliza mais que pela simples declaração de sua supremacia, como bem já leciona a doutrina do professor Ivo Dantas. É bem verdade, contudo, que, como entende a doutrina espanhola, muitas são as vezes pelas quais, mesmo sendo observado o devido procedimento, há verdadeira burla ao sistema constitucional, o que revela como uma realidade quase que inescapável a realidade da clandestinidade e das vias extrajurídicas. Mas se houver uma garantia mínima que seja, e é uma necessidade para a qual atenta Jeremy Waldron, será possível, então, detectar, com mais facilidade, os vícios que inquinem o processo legislativo. Como afirmaria o autor, atrás da invisibilidade, do anonimato, da aparência de representatividade, ganha força a insegurança jurídica. Tratar da dignidade da legislação requer mais que positivismo jurídico, requer abertura moral, mas para princípios morais universais, como bem alertara Cattoni, a partir dos ensinamentos de Habermas, dada a atual sociedade descentralizada. Assegurar o ‘valor da Constituição’, portanto, abrange mais que positivismo jurídico e cumprimento de normas procedimentais.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional. Tradutor Mauro Raposo de Mello. Editora Del Rei, Belo Horizonte, 2006.
- ALMEIDA, Gabriel Bertin. David Hume contra os contratualistas do seu tempo. *Kriterion*. Belo Horizonte, nº 115, junho/2007.
- AMORIM, Victor Aguiar Jardim. O caráter dinâmico dos regimentos internos das casas legislativas. *Revista de Informação Legislativa*, a. 52, n. 2008, out./dez. 2015, p. 341-357.
- BALEEIRO, Aliomar. Constituições Brasileiras. Volume II. Senado Federal. Secretaria de editoração e publicações. Coordenação de edições técnicas. 3ª Edição. Brasília, 2015.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Aspectos da Teoria da teoria geral do processo constitucional – Teoria da Separação dos Poderes e Funções do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº 76, p.97-124, out/dez 1982 a.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do constitucionalismo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a.23. n. 91, jul./set. 1986.
- BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. Processo legislativo e democracia. Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2010.
- BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. Processo Legislativo e Democracia. Parlamento, Esfera Pública e Jurisdição Constitucional. Belo Horizonte. Del Rey, 2010.
- BARBOSA, Rui. Pensamento e ação. Brasília: Senado Federal, 1999.
- BICKEL, Alexander. The last dangerous branch. Yale University Press, 1986, p.16-23.
- BINENBJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional brasileira. Legitimidade democrática e instrumentos de realização. Editora Renovar, São Paulo: 2004.
- BINENBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2004.
- BOBBIO, Norberto. Liberalismo e democracia. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Edipro, São Paulo, 2017.
- BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 6ª Edição. Editora Paz e Terra. São Paulo: 1997.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 8ed. Ver. Atual.ampl. São Paulo, Malheiros, 1999.

BONAVIDES, Paulo. História Constitucional do Brasil. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade. Algumas observações sobre o Brasil. Estudos Avançados 18 (51), 2004.

CAGGIANO, Monica Herman. Constitucionalismo x Democracia: um navio à deriva? Cadernos de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, nº 1, 2011. ISSN: 2236-4544.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 6ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANTIZANO, Dagoberto Liberato. O processo legislativo nas constituições brasileiras e no direito comparado. Forense, Rio de Janeiro, 1985.

CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade de leis no direito comparado. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabres.

CARVALHO, Ernani de. Em busca da Judicialização da Política no Brasil. Apontamentos para uma nova abordagem. Rev. Sociol. Polít., Curitiba, 23, p. 115-126, nov. 2004.

CATTONI, Marcelo de Andrade Oliveira. Devido processo legislativo. Uma análise democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2016.

CATTONI, Marcelo. Direito processual constitucional. Editora mandamentos. Belo Horizonte: 2001.

CATTONI, Marcelo. Jurisdição constitucional da crise ou crise da jurisdição constitucional? Uma defesa da garantia do devido processo legislativo. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 8(1):28-36, janeiro-abril 2016 Unisinos - doi: 10.4013/rechtd.2016.81.04.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. BRITO, Luiz Navarro. Baleeiro Aliomar. Constituições Brasileiras. Volume VI. Senado Federal. Secretaria de editoração e publicações. Coordenação de edições técnicas. 3ª Edição. Brasília, 2015.

CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos. Controle jurisdicional do processo legislativo. Natureza e limitações do mandado de segurança. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

CHOPER, JESSE H. The political question doctrine: suggested criteria. Duke Law Journal, v. 54, p. 1457-1523, 2005, p. 1462.

DALLARI, Dalmo de Abreu. A constituição na vida dos Povos: da idade média ao século XXI. Editora Saraiva: 2015.

- DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos da Teoria Geral do Estado. 16 ed. Atual. Ampl. São Paulo: Saraiva, 1991.
- DANTAS, Ivo. Aspectos jurídicos das medidas provisórias. Editora Brasília Jurídica, 1997.
- DANTAS, Ivo. Constituição & Processo. Curitiba, Juruá, 2008.
- DANTAS, Ivo. Constituição Federal. Teoria e Prática. Editora Renovar, 1994.
- DANTAS, Ivo. Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas na Nova Constituição. Rio de Janeiro: Aide, Ed, 1989.
- DANTAS, Ivo. Instituições de direito constitucional brasileiro. Editora Juruá: 2014.
- DANTAS, Ivo. Novo processo constitucional brasileiro. Editora Juruá. Curitiba: 2010.
- DANTAS, Ivo. O Valor da Constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- DANTAS, Ivo. Poder constituinte e Revolução. Edição Jalovi. São Paulo: 1985.
- DANTAS, Ivo. Teoria do Estado Contemporâneo. 3ª edição. Curitiba, Juruá: 2016.
- DIMOULIS, Dimitri, LUNARDI, Soraya Gaspareto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). As novas faces do ativismo judicial. Salvador: JusPODIVM, 2011.
- DIPPEL, Horst. Constitucionalismo moderno. Introdução Sanchez Gonzalez. História Constitucional. Número 6. Setembro, 2005, p. 181-199. Universidade de Oviedo. Espanha.
- FAVOREU, Louis. As cortes constitucionais. Tradução Dunia Marinho Silva. Landy Editora: 2004.
- FILHO, Gilvan Correia de Queiroz. O controle judicial de atos do poder legislativo. Atos políticos e interna corporis. Editora Brasília Jurídica. Brasília: 2001.
- FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Do processo Legislativo. São Paulo, Saraiva, 1985.
- FREIRE, Natália de Miranda. Técnica e processo legislativo: comentários à Lei Complementar n. 95/98, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar n. 107/01.
- FRIEDMAN, Barry, The history of the countermajoritarian difficulty, part one: the road to judicial supremacy. New York University Law Review, 1998.
- GARGARELLA, Roberto. La justicia frente al gobierno – sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Barcelona: Ariel, 1996.

GODOY, Mayr. Técnica constituinte e técnica legislativa. Livraria Editora Universitária de Direito. São Paulo: 1987.

HABERMAS, Jurgen. Direito e Democracia. Entre a facticidade e a validade. Volume I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler-UGF. Editora Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro: 1997.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. O federalista. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: UNB, 1984, p. 142-154.

HENKIN, Louis. Is there a "political question" doctrine? The Yale Law Journal, v. 85, n. 5, p. 597-625, apr.1976, p. 599

HORTA, Raul Machado. Direito Constitucional. Editora Del Rey. São Paulo, 2012.

HORTA, Raul Machado. O processo legislativo nas Constituições brasileiras. Brasília, a. 26, nº 101, jan./març. 1989.

HORTA, Raul Machado. O processo legislativo nas Constituições Federais Brasileiras. Revista de Informação Legislativa. Brasília. a. 26 n.101. jan./març.1989.

IHERING, Rudolf Von. A luta pelo direito. Tradução José Tavares Bastos. Digitalização da primeira edição, 1909. Domínio Público.

JESTAEDT, Matthias. Tribunais e Suprema Corte. Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região. Conferência proferida em 7 de novembro de 2017.

KELSEN, Hans. A Democracia. Tradução Ivone Castilho Benedetti. Jeffersson Luiz. Marcelo Brandão Cippola. Vera Barkow. Editora Martins Fontes. São Paulo: 2000.

KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. Tradução Sérgio Sérulo da Cunha. Editora Martins Fontes: São Paulo, 2007.

KELSEN, Hans. Teoria geral do Direito e do Estado. Martins Fontes, São Paulo: 2000.

KESLSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

LABOULAYE, Edouard. Et all. O poder judiciário e a constituição. Porto Alegre: 1997.

LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. A doutrina da 'political question' na Suprema Corte Americana e seus reflexos no direito constitucional brasileiro. Evento: Currículo permanente – EMAGIS, TRF4, 2012.

MACEDO, Cristiane Branco. A legitimidade e a extensão do controle judicial sobre o processo legislativo no Estado Democrático de Direito. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília: 2007.

MAGALHAES, Marionilde Dias Brepohl. Reinhart Kosseleck. Crítica e crise. Revista Brasileira de História. São Paulo. V. 21, nº 42, p. 517-524.

MALTEZ, José Adelino. O Estado à procura do político. Disponível em: http://www.maltez.info/Textos/o_estado_a_procura_do_politico.htm.

MATEUCCI, Nicola. Breve storia del costituzionalismo. Brescia. Editrice Morcelliana, 2010.

MATTEUCCI, Nicola. Organización del poder y libertad: história del constitucionalismo moderno. Editorial Trotta. Madrid: 1988.

MC CLOSKEY, Robert G. The american Supreme Court. 5.ed. revisada por Sanford Levinson. Chicago: The University of Chicago Press, 2010, (kindle – posição 294/5399).

MCCLOSKEY, Robert G. The american Supreme Court. 5.ed. revisada por Sanford Levinson. Chicago: The University of Chicago Press, 2010 (kindle - posição 205/5399).
HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (orgs.). Constitucionalismo y democracia. Ciudad del México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

MENDES, Gilmar Mendes. Jurisdição constitucional. Editora Saraiva. São Paulo: 1996.

MORAES, Alexandre de. Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: Garantia Suprema da Constituição. Editora Atlas. São Paulo, 2003.

MULLER, Friederich. República e Democracia. Ver. Jur. Brasília. V. 7, nº 77, p. 01-07, fev./març. 2006.

NASCIMENTO, José Bento Soares do Nascimento. Abuso do Poder de Legislar: controle judicial da legislação de urgência no Brasil e na Itália. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.

NOBRE, Edilson Pereira. Medidas provisórias: controles legislativo e jurisdicional. Editora Síntese. Porto Alegre: 2000.

NOGUEIRA, Octaciano. Constituições Brasileiras. Volume I. Senado Federal. Secretaria de editoração e publicações. Coordenação de edições técnicas. 3ª Edição. Brasília, 2015.

PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo. Las fuentes en el drecho comparado. Instituto Iberoamericano de Derecho constitucional (Sección Peruana), 2003.

PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim. Jurisdição Constitucional do Processo Legislativo: Legitimidade, Reintegração e Remodelagem do Sistema no Brasil. Belo Horizonte. Ed. Fórum, 2012.

PINTO, Júlio Roberto de Souza. Poder Legislativo Brasileiro: institutos e processos. Editora Forense. Rio de Janeiro: 2009.

PINTO, Kleber Couto. Curso de Teoria Geral do Estado: Fundamento do Direito Constitucional positivo. São Paulo. Editora Atlas, 2013.

PITA, Vladimir Bazant. El precedente constitucional. Universidade Andina Simón Bolívar. Corporación e editora nacional. Série Magíster. Volume 173. Quito: 2015.

POLLETTI, Ronaldo. Constituições Brasileiras. Volume III. Senado Federal. Secretaria de editoração e publicações. Coordenação de edições técnicas. 3ª Edição. Brasília, 2015.

PORTO, Walter Costa. Constituições Brasileiras. Volume IV. Senado Federal. Secretaria de editoração e publicações. Coordenação de edições técnicas. 3ª Edição. Brasília, 2015.

QUEIROZ, Cristina. Interpretação Constitucional e Poder Judicial. Sobre a Epistemologia da Construção constitucional. Editora Coimbra, 2000.

RODRIGUES, Paulo Joaquim da Silva. Os 20 anos do The Global Expansion of Judicial Power e as diferentes teorias de judicialização da política no Brasil: continuidades e descontinuidades. Ponto de vista, nº 2, agosto de 2015. ISS 1983-733X.

ROSA, André Vicente Pires. Las Omisiones Legislativas y Su Control Constitucional. Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2006.

RUFFIA, Paolo Biscaretti di. Direito Constitucional: instituições de direito público. Editora Revista dos tribunais, 1984.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. Jurisdição e democracia. Porto Alegre: Editora Livraria do advogado, 2006.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. Jurisdição e democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Livraria do advogado, editora. Porto Alegre: 2006.

SANTIADO, Flávia Danielle. Perdedores no congresso nacional e no STF? Judicialização das questões interna corporis do Legislativo. Revista Jurídica da Presidência. Brasília. v. 18, n. 115. Jun/Set. 2016. p.307-330.

SANTOS, Rui. O Poder Legislativo: suas virtudes e seus defeitos. Brasília 1972.

SCHIMITT, Carl. O guardião da Constituição. Tradutor Geraldo de Carvalho. Editora Del Rey. Belo Horizonte: 2007.

SILVA, José Afonso da. Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a constituição. Malheiros editores. São Paulo: 2000.

SILVA, José Afonso. Princípios do processo de formação das leis no direito constitucional. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 1964.

SOBRINHO, Barbosa Lima. BALEEIRO, Aliomar. Constituições Brasileiras. Volume V. Senado Federal. Secretaria de editoração e publicações. Coordenação de edições técnicas. 3ª Edição. Brasília, 2015.

TÁCITO, Caio. Constituições Brasileiras. Volume VII. Senado Federal. Secretaria de editoração e publicações. Coordenação de edições técnicas. 3ª Edição. Brasília, 2015.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. Editora Saraiva, 2008.

- TAVARES, Sebastião Gilberto Mota. Controle jurisdicional preventivo da Lei: o devido processo legislativo. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2006.
- URBINATI, Nadia. O que torna a representação democrática? Lua nova, São Paulo, 67:191-228, 2006.
- VIVEIROS, Mauro. El control de constitucionalidad brasileño. Un modelo híbrido o dual? Editorial académica española. 2015.
- WALDRON, Jeremy. A dignidade da legislação. Martins Fontes:2003.
- WACHOWICZ, Marcos. Poder constituinte e transição constitucional: perspectiva histórico-constitucional. Editora Juruá: 2000.
- WHITTINGTON, Keith E. The political foundations of judicial supremacy: the Presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in U. S. history. Princeton: Princeton University Press, 2007.