



JUSTIÇA CONSTITUCIONAL ENTRE O PASSADO E O PRESENTE

CONSTITUTIONAL JUSTICE BETWEEN PAST AND PRESENT

Recebido em:	18/07/2022
Aprovado em:	27/09/2022

Mariana Barboza Baeta Neves Matsushita¹

Lauro Ishikawa²

Igor Rafael Carvalho de Alencar³

RESUMO

O presente trabalho analisa o panorama atual da justiça constitucional, especialmente sob o prisma da garantia jurisdicional da Constituição, a partir da verificação de decisões históricas paradigmáticas, análise teórica de Hans Kelsen sobre o tema, debate jurídico travado entre este filósofo e Carl Schmitt em torno do guardião da Constituição e questões atuais atinentes ao exercício do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro. Com base em metodologia analítico-propositiva da Constituição Federal, do modelo de justiça

¹ Professora e Coordenadora de Educação Continuada da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie- UPM - São Paulo/SP. Doutora e Mestre pela PUC/SP ambos com bolsa de estudos, pela CAPES e CNPq respectivamente. DEA - Diploma de Estudios Avanzados pela Universidad de Barcelona – España. Posgrado en Derecho Tributario Internacional - Universidad de Barcelona – España. MILE - Master in International Law and Economics - World Trade Institut - Bern Universität – Switzerland. Advogada. Endereço eletrônico: mariana.baeta@mackenzie.br

² Doutor e mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; pós-doutor pela Universidad de Salamanca, USAL; professor da graduação e do programa de pós-graduação stricto sensu da Faculdade Autônoma de Direito, FADISP. Endereço eletrônico: lauro.ishikawa@unialfa.com.br

³ Mestrando em Função Social do Direito, pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP (São Paulo). Especialista em Direito Público e em Direito Privado (ESMEPI). Especialista MBA em Gestão Judiciária (FGV – Rio). Juiz de entrância final do Tribunal de Justiça do Piauí. Endereço eletrônico: igor.alencar@tjpi.jus.br



constitucional desenhado por Hans Kelsen e em levantamento bibliográfico, com a exploração de textos científicos, doutrina e legislação referentes ao tema, , este artigo traça um panorama geral desse sistema de justiça, os seus objetivos e importância para a garantia e preservação da ordem democrática e dos direitos fundamentais, destacando a utilização do sistema misto de controle de constitucionalidade no Brasil, por meio da via concentrada e difusa, o que realiza, dentre outros tópicos, através da verificação de aspectos históricos acerca do movimento constitucional ocorrido na Europa e de decisões judiciais tidas como marcos iniciais sobre o tema.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Justiça Constitucional. Controle de Constitucionalidade. Doutrina Kelsen. Doutrina Schmitt.

ABSTRACT

The present work analyzes the current panorama of constitutional justice, especially under the prism of the jurisdictional guarantee of the Constitution, from the verification of paradigmatic historical decisions, Hans Kelsen's theoretical analysis on the subject, the legal debate between this philosopher and Carl Schmitt about the guardian of the Constitution and current issues concerning the exercise of constitutionality control in the Brazilian legal system. Based on an analytical-propositional methodology of the Federal Constitution, on the model of constitutional justice designed by Hans Kelsen, and on a bibliographical survey, with the exploration of scientific texts, doctrine and legislation referring to the theme, this article outlines a general panorama of this justice system, its objectives and importance for the guarantee and preservation of the democratic order and of fundamental rights, It highlights the use of the mixed system of control of constitutionality in Brazil, by means of concentrated and diffuse control, which is accomplished, among other topics, through the verification of historical aspects about the constitutional movement that occurred in Europe and of judicial decisions considered as initial milestones on the subject.



Keywords: Constitutional Justice. Hans Kelsen. Federal Constitution. Control of Constitutionality.

INTRODUÇÃO

A justiça constitucional pode ser definida como o sistema constituído pelo conjunto de atividades desenvolvidas por órgão jurisdicional com o escopo de examinar a observância e o cumprimento das normas e princípios previstos na Constituição Federal.

Sob o prisma dogmático, a justiça constitucional resulta da necessidade de implementação do princípio da supremacia constitucional, enquanto integrante de sistema escalonado de normas jurídicas, servindo de parâmetro fundamental para todo o ordenamento jurídico e, por conseguinte, como critério de solução de conflito normativo entre a aplicação de normas constitucionais e normas infraconstitucionais.

Para fins de análise do sistema de controle de constitucionalidade realizado por uma justiça constitucional, é importante a verificação de aspectos históricos acerca do movimento constitucional ocorrido na Europa e de decisões judiciais tidas como marcos iniciais sobre o tema⁴.

Com efeito, na Idade Antiga já havia referências sobre a preocupação em torno da existência de direitos individuais e a necessidade de proteção de tais direitos. Como exemplo, tem-se a proibição de penas corporais contra cidadãos em certas situações em Roma e o *Interdicto in Homine Libero Exhibendo*, tido por antecedente da ação de *Habeas Corpus*.

⁴ Para Canotilho, o movimento constitucional embrionário da Constituição moderna possui diversas origens. Rigorosamente, não há que se falar em um único constitucionalismo, mas vários deles, dos quais são exemplos o americano, o inglês e o francês. Cada um desses movimentos constitucionais com características locais e por vezes com traços que os aproximam, significando uma ligação histórico-cultural. Para o constitucionalista português: “Constitucionalismo é a teoria (ou a ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma sociedade”. CANOTILHO, *Op. cit.*, 2003, p. 51.



A proteção jurídica dos direitos fundamentais recebeu peculiar avanço durante o fim da Idade Medieval, na Inglaterra, com a consequente limitação do poder monárquico absolutista e a solidificação do poder do Parlamento. A Revolução Gloriosa de 1688 promoveu profundas alterações nas prerrogativas legislativas dos parlamentares, originando os direitos fundamentais na conhecida *Bill of Rights inglesa*.

Vale destacar que o constitucionalismo, como movimento clássico de transformação estatal, tem a Revolução Francesa como principal evento estruturante dos alicerces do que se considera hoje constitucionalismo moderno, em que se buscou a proteção de direito individuais ante a força arbitrária estatal.

Dessa forma, nesse momento revolucionário europeu, muito influenciado pelas ideias do Iluminismo, o exercício racional do poder político deveria observar a rígida tripartição dos poderes estatais e a observância de sistema mínimo de proteção de direitos individuais fundamentais.

Por sua vez e na mesma linha histórica e de pensamento, a Constituição norte-americana (1787) fundamentou-se no ideal liberal e de libertação colonial, deixando de consagrar direitos sociais em seu texto primário, consagrando direitos civis e políticos.

Para o autor italiano Mauro Cappelletti, acerca dos precedentes históricos do controle judicial de constitucionalidade das leis, entende que mesmo em sistemas jurídicos antigos, existiram leis que prevaleceram sobre outras, através de situação aproximada do que se reconhece hoje como normas constitucionais e normas ordinárias. Nesse aspecto, a diferença no Direito Ateniense entre o *nómos* e o *pséfisma*, associados ao que atualmente se denomina lei e decreto. A prevalência do *jus naturale* ante o *jus positum* durante a Idade Média. A posição de superioridade normativa da *common law* em relação à *statutory law*, da qual se



fundou a decisão de Edward Coke sobre a autoridade do juiz em face do poder do Rei, no século XVII⁵.

A partir do estabelecimento dos Estados modernos, como Estados Constitucionais, em que a monarquia absolutista foi superada pela organização dos Estados com base na Constituição como norma política fundamental, surge a necessidade de estruturação de órgãos de controle constitucional das normas produzidas.

Nesse sentido, a doutrina constitucionalista informa que o caso *Marbury v. Madison*, em território americano e no século XIX, inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno⁶.

É preciso esclarecer, contudo e de maneira complementar, que a doutrina do *judicial review* iniciou-se na Europa, considerando que o controle judicial de ato legislativo precede a Revolução Gloriosa, com a superioridade normativa decorrente da decisão judicial na *common law*, conforme decidiu Sir Edward Coke ante as prerrogativas do Rei, no ano de 1610⁷.

2. CASOS PARADIGMÁTICOS

O controle de constitucionalidade teve sua origem na Inglaterra do século XVII, onde o Juiz Edward Coke, com assento no Tribunal de Apelações Comuns e no Tribunal Superior de Justiça, defendia o princípio da supremacia da Lei Comum (*Common Law*) diante das prerrogativas do rei. Através de sua atuação judicial, especialmente no julgamento do caso Bonham, propunha-se a diminuição do poder da realeza na Inglaterra, fato que com a

⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. reimp. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 45-63.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro** – exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 10.

⁷ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 18-20.



posterior Revolução Gloriosa, e ante a própria evolução do sistema da *Common Law*, resultou em profundas consequências no desenvolvimento da legislação e da constituição britânicas.

É preciso dizer que no sistema jurídico da *Common Law* os usos e costumes e a jurisprudência são fontes do direito, razão pela qual o Legislativo produz diretrizes legislativas, mas a norma jurídica é efetivamente criada pelo Juiz, que diante do caso concreto examina os fatos e aplica a regra cabível. Assim, concebe-se que o texto legislativo se torna norma jurídica quando é utilizado como fundamentação na decisão judicial.

Neste contexto. Bonham foi médico inglês, formado por faculdade de medicina em instituição de ensino tradicional inglesa e entendia que, devido ao profundo conhecimento que possuía, não era necessário submeter-se a exame para fins de legítimo exercício da profissão médica. Ocorre que havia uma Lei, editada pela Parlamento Inglês sob a influência do Rei, que exigia para o pleno exercício da medicina que os médicos passassem por exame realizado pelo *Royal College of Physicians*.

Por não aceitar essa regra e trabalhar em Londres sem a respectiva licença, Bonham foi em um primeiro momento multado e posteriormente preso pela reiteração do exercício da medicina sem licença. O caso concreto recebeu um novo julgamento do Juiz Edward Coke, o qual, em sua decisão datada de 1610, concluiu que o controle das leis será feito pelo *common law*, nas situações em que a legislação for contrária à razão comum e ao Direito, bem como nas situações em que a legislação *sub judice* for incompatível com o referido direito comum ou repugnante. Em tais casos, decidiu o juiz, deverá o judiciário reconhecer a nulidade das leis. Coke analisou o caso sob o ângulo da proporcionalidade da sanção e verificou que a punição de prisão era por demais severa em relação ao fato cometido pelo médico, porquanto o acusado Bonham não deveria ser posto na prisão por exercer a medicina e, conseqüentemente, salvar vidas, apesar de atuar profissionalmente sem licença.

Desse ponto de vista, a decisão do Juiz inglês é considerada marco no controle judicial de ato legislativo, tornando sem efeito a prisão decretada e reconhecendo que há limites



normativos à legislação, de forma que compete ao Juiz a atuação de controle dos atos que os exorbitem. Essa decisão, segundo Lenio Streck⁸, demonstra as bases da estrutura do *judicial review* como doutrina originária da *common law*, tradicionalmente inglesa e culturalmente aceita e adaptada em solo norte americano, como resultado da época colonial.

O segundo caso paradigmático de que se tem notícia em sede de esboço de construção da doutrina do controle de constitucionalidade das normas, amplamente divulgado como *leading case*, ocorreu nos Estados Unidos da América e foi apreciado e decidido pela Suprema Corte Americana no ano de 1803, quando do julgamento de *Marbury v. Madison*, oportunidade na qual Marbury, de corrente política Federalista, escolhido e indicado pelo ex-Presidente John Adams, também Federalista, não tomou posse em seu cargo de Juiz de paz, pois o Secretário de Estado Madison, anti-Federalista e sob as ordens do então Presidente recém empossado Thomas Jefferson, de mesma linha política, determinou que a posse de Marbury não se efetivasse no cargo⁹.

Vale explicar o caso com maiores detalhes. John Adams, então Presidente da República e no final de seu mandato, nomeou William Marbury para ser juiz de paz no Distrito de Columbia, juntamente com outros quarenta e dois juízes, que depois ficaram conhecidos como juízes da meia-noite.

A nomeação foi formalizada e assinada, mas não foi enviada ao órgão competente para que Marbury fosse empossado, vez que não houve tempo hábil, devido à transição presidencial ocorrida. O novo Secretário de Estado, James Madison, de ideologia política anti-Federalista, mesmo sendo obrigado a dar posse a Marbury, não o fez ao cargo de juiz de paz.

⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 262-263.

⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 264.



Isso porque Jefferson, entrando em exercício como Presidente da República, não admitiu que seu governo empossasse Federalistas como juízes e ordenou que seu Secretário de Estado Madison desconsiderasse as indicações do Presidente anterior.

Devidamente representado por seu advogado, Procurador Geral da República na época do governo de Adams, Marbury impetrou mandado de segurança na Suprema Corte, pleiteando a declaração de seu direito de ser empossado no cargo de juiz de paz e que a Corte concedesse a segurança para determinar que o Secretário de Estado cumprisse essa obrigação. Por sua vez, John Marshall, que era o Secretário de Estado quando da nomeação feita pelo Presidente da República John Adams, portanto, de corrente Federalista, tornou-se nesse período o Presidente da Suprema Corte e foi o relator do caso.

Por certo, com o resultado das eleições presidenciais e mudança da administração executiva, os Federalistas, que saíram da Presidência da República, perceberam que se tornariam o partido minoritário pela primeira vez em muitos anos e que tanto o Legislativo quanto o Executivo teriam composição majoritária anti-Federalista.

John Marshall, nessa época de crise institucional entre os Poderes constituídos, proferiu decisão que examinou o mérito para, ao final, decidir o processo acolhendo questão de natureza processual, afirmando que “a competência da suprema corte está prevista na constituição federal e as leis federais não poderiam tratar da competência da Suprema Corte”.

De fato, pelas circunstâncias históricas e políticas, esse caso possui relevância constitucional mais por ser modalidade de controle de ato do Executivo e de separação dos Poderes, do que de construção de doutrina de controle de constitucionalidade das normas.

É que a intenção principal do Juiz Marshall não era, efetivamente, a partir da observação das normas constitucionais, desenvolver modelo de controle de normas jurídicas, mediante a análise de compatibilidade com um paradigma fundamental e de observância obrigatória. Em verdade, houve a necessidade de pacificação de um conflito político, tensionado pela possibilidade de enfraquecimento ainda mais da Corte e de seus Ministros.



Fundamental ressaltar que os casos analisados são emblemáticos na medida em que consistem nas primeiras experiências de controle de constitucionalidade. Neste contexto, sua influência não é essencialmente material, mas simbólica, posto que representam *point of no return* na doutrina constitucional contemporânea. Tanto é assim que André Ramos Tavares salienta que *Marbury v. Madison* é a base fundamental sobre a qual se constitui todo o controle de constitucionalidade concreto norte-americano¹⁰. É dizer, em que pesem as experiências dos países europeus e do Brasil serem diferentes da dos Estados Unidos, considerando que o controle de constitucionalidade nestes locais é o abstrato, conforme se verá, foi somente a partir da análise de *Marbury v. Madison* que se pôde pensar num conjunto estruturado de regras e procedimentos capazes de garantir a soberania normativa da Constituição.

3. GARANTIA JURISDICIONAL DA CONSTITUIÇÃO

Analisados os paradigmas originários do controle de constitucionalidade na Inglaterra e nos Estados Unidos e demonstrada a sua importância simbólica para a construção de um arcabouço teórico e normativo que sustentasse o controle, de competência do poder judiciário, de atos normativos produzidos pelo legislativo em face da constituição, cumpre salientar que, com o transcorrer do tempo, os Estados de Direito foram sedimentados e os textos constitucionais passaram a possuir um grau de normatividade efetivo, fato ensejador do desenvolvimento de uma doutrina do controle de constitucionalidade das normas jurídicas, que foi teorizada e efetivamente constituída através da composição da justiça constitucional.

De acordo com André Ramos Tavares, existem, atualmente, três correntes fundamentais que apontam as formas pelas quais o controle de constitucionalidade será

¹⁰ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. pp. 326-327.



levado a efeito¹¹. Em primeiro lugar, André Ramos Tavares aponta a existência do controle de constitucionalidade concreto, primordialmente aplicado nos Estados Unidos da América, contexto em que o poder judiciário é órgão competente para realizar o referido controle¹². Mais especificamente, trata-se de uma modalidade de controle de constitucionalidade difusa, porquanto um juiz singular, não integrante de uma Corte Constitucional, poderá avaliar se dada norma se coaduna com os limites constitucionais. Em segundo lugar, o autor destaca a existência do controle de constitucionalidade abstrato, desenvolvido por Hans Kelsen, situação em que o órgão especial terá a competência específica para realizar o controle de constitucionalidade de forma concentrada, com decisões de observância vinculante aos poderes instituídos (legislativo, executivo e judiciário)¹³. Por fim, em quarto lugar, André Ramos Tavares aponta a existência do controle de constitucionalidade preventivo, marcadamente francês, onde o referido controle é exercido de forma prévia à elaboração da lei¹⁴.

Em relação ao primeiro sistema, o regime jurídico norte-americano pressupõe que a verificação de compatibilidade constitucional das leis compete à função jurisdicional e que esse exame decorre da própria Constituição, sendo esta lei fundamental de *status* superior no ordenamento jurídico, caso haja conflito entre a norma constitucional e a lei, qualquer juiz ou tribunal pode negar a aplicação da lei eivada de inconstitucionalidade. Essa seria típica função judicial¹⁵.

Noutro giro, enquanto a teoria do *judicial review* e o controle difuso de constitucionalidade surgia e se desenvolvia na Suprema Corte americana, na Europa continental o controle concentrado de constitucionalidade ganhava força teórica e

¹¹ *Ibid.* p. 326

¹² *Ibid.* p. 326

¹³ *Ibid.* p. 326

¹⁴ *Ibid.* p. 326

¹⁵ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 31.



normativa. Este último modelo, diferentemente do americano, em que a fiscalização de constitucionalidade é atribuída a todos os membros do Poder Judiciário, confere-se tal prerrogativa de julgamento de questões constitucionais a uma única instância, denominado Tribunal Constitucional¹⁶.

O idealizador do modelo concentrado de controle de constitucionalidade foi Hans Kelsen, que se tornou juiz constitucional do Tribunal Austríaco instalado em 1920. De acordo com Favoreu¹⁷, na Áustria existe a mais antiga das Cortes Constitucionais, sendo a mesma responsável pela criação e implementação do modelo que inspirou várias outras Cortes do mundo ocidental.

Para Kelsen¹⁸, cada grau normativo do ordenamento jurídico constitui uma produção do Direito, frente a um grau inferior, e uma reprodução do Direito, ante o grau superior, de forma que a Constituição é a regra fundamental e encontra-se no ápice do escalonamento normativo, da qual as Leis, Regulamentos, atos administrativos e decisões judiciais derivam necessariamente.

Assim, tem-se que a Justiça Constitucional possui a natureza jurídica de função jurisdicional, pois deve ser exercida por órgão público, conforme dispuser a própria Constituição e segundo as regras processuais constitucionais¹⁹.

Conseqüentemente, a par da natureza jurídica de função a ser exercida por juízes devidamente investidos no órgão constitucional, deve-se compor um sistema de justiça constitucional, constituído de legitimados e de estrutura física que permita a atuação da Corte

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1057.

¹⁷ FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Tradução Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004. p. 41.

¹⁸ KELSEN, Hans. **La garantía jurisdiccional de la constitución (La justicia constitucional)**. Publicado em *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, ISSN 1138-4824, número 15, Madrid (2011), pag. 256.

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2003. p. 892.



e o legítimo controle dos atos normativos, em sede de exame de regularidade jurídico das normas editadas pelos poderes públicos.

Com a promulgação de uma Constituição, em consonância com o que determina o texto constitucional em relação à estruturação do Estado, suas competências, limites e definição de direitos, observa-se a necessidade de exercício efetivo de controle dos atos públicos, do ponto de vista da garantia da Constituição.

Segundo Hans Kelsen²⁰, no Estado Constitucional o problema jurídico da regularidade das normas estaria sempre presente. Isso porque a Constituição serve de aplicação e criação de Lei, Regulamento, Ato Administrativo e Sentença, que são atos que compõem a estrutura hierárquica das normas do Estado Constitucional. E os Atos Administrativos realizados e as Sentenças proferidas poderão decorrer mediatamente da Constituição e imediatamente da Lei e Regulamentos.

Nesse sentido, dentro do ordenamento jurídico haverá normas jurídicas gerais e normas jurídicas individuais. E a regularidade de uma norma jurídica é justamente a relação de correspondência entre um grau inferior e um grau superior do ordenamento jurídico.

Assim, a garantia da Constituição significa a verificação de compatibilidade vertical das normas imediatamente subordinadas à Lei Fundamental, é dizer, essencialmente a garantia da constitucionalidade das leis que regem a vida social.

Segundo a doutrina positivista de Hans Kelsen, a Constituição encontra-se escalonada no grau máximo superior de hierarquia das normas do ordenamento jurídico. Ela possui a representação de Princípio Supremo, que determina por inteiro o contexto de produção de normas, interpretação e integração normativa no interior do Estado Constitucional, sendo a essência da comunidade constituída por esse ordenamento. Por certo, a Constituição é fundamento do Estado, base do ordenamento jurídico.

²⁰ KELSEN, Hans. **La garantía jurisdiccional de la constitución (La justicia constitucional)**. Publicado em *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, ISSN 1138-4824, número 15, Madrid (2011), pag. 259.



O tema garantia da constituição, quando se verifica a questão do procedimento adotado para a elaboração de norma jurídica e o próprio conteúdo do texto normativo, passa por exame sobre o que denomina Constituição formal e material. No entendimento do teórico austríaco, Constituição em sentido material coincide com Constituição em sentido formal. Para o autor, é Constituição o que se encontra devidamente positivado como texto jurídico.

Pontualmente aqui, trazendo-se essa distinção sobre a classificação das normas constitucionais segundo o ordenamento jurídico brasileiro, a partir do texto da Constituição Federal, vale destacar a classificação da doutrina constitucionalista quando se refere ao controle de constitucionalidade formal, circunstancial e material, a partir do exame da norma constitucional violada.

Em artigo científico publicado em 1928, Hans Kelsen teoriza que a proteção da Constituição pode ocorrer de forma preventiva ou repressiva, pessoal ou objetiva²¹. Será preventiva quando a norma supostamente violadora da Constituição for submetida à apreciação da jurisdição constitucional antes de sua entrada em vigor. E nesse caso, somente após a apreciação da justiça constitucional essa norma poderia ser publicada e surtir efeitos. Será repressivo o controle quando a norma jurídica já se encontrar produzindo efeitos jurídicos. Poderá ainda haver a previsão constitucional de responsabilidade pessoal do agente público que produzir norma jurídica flagrantemente inconstitucional. E o controle objetivo diz respeito ao exame de nulidade ou anulabilidade da norma eivada de inconstitucionalidade.

Por conta do alcance do resultado do exame de constitucionalidade e a natureza da repercussão da decisão, entende Hans Kelsen ser mais adequado que tal exame de regularidade seja feito pela jurisdição constitucional, em última análise, a partir de juízes

²¹ KELSEN, Hans. **La garantía jurisdiccional de la constitución (La justicia constitucional)**. Publicado em *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, ISSN 1138-4824, número 15, Madrid (2011), pag. 266-267.



devidamente preparados tecnicamente para o exercício dessa função jurídica, compondo a justiça constitucional.

O Parlamento não poderia, por sua própria natureza, ser obrigado a anular a Lei por ele criada. De forma que cabe ao Tribunal Constitucional o desempenho da função de Legislador negativo, na medida em que invalidar uma Lei ou dispositivo da norma equivale a criar uma norma geral que o revoga.

O Tribunal Constitucional, enquanto guardião da Constituição, no exercício desse poder de controle da regularidade do ordenamento jurídico, não afeta a separação dos poderes, ao passo em que possui independência frente ao Parlamento e ao Governo.

Conforme recomenda Hans Kelsen, é preciso que a função constitucional esteja absolutamente determinada pela Constituição, com o delineamento dos limites de sua atuação de cada órgão público de controle, sendo que a jurisdição constitucional cumpre uma missão puramente jurídica de interpretação. Para o doutrinador, é importante que o Tribunal Constitucional seja composto por juristas, no sentido de pessoas reconhecidamente qualificadas para o cargo, excluindo-se da escolha a ser feita para a respectiva indicação membros do Parlamento e do Governo, como medida a preservar a independência dos juízes constitucionais.

Em sede de controle de constitucionalidade, seriam objeto as Leis ou atos normativos atacados de inconstitucionalidade. E o exame de constitucionalidade seria direto quando a norma em questão decorrer diretamente da Constituição, ou indireto quando apenas resultar da complementação de Lei. Neste último caso, ocorreria o exame de legalidade da regra.

Nesta esteira de entendimento, os Tratados Internacionais são considerados atos imediatamente subordinados à Constituição, a qual permanece na categoria de grau máximo de superioridade hierárquica normativa.

Entretanto, caso haja na Constituição mecanismo que equipare os Tratados Internacionais a emendas ao texto constitucional, uma Lei que contrarie um Tratado



Internacional nesta situação, para Kelsen, é inconstitucional. Na Constituição Federal do Brasil, por exemplo e sob a influência Kelseniana, o art. 5º, §3º, prescreve força normativa constitucional a Tratados Internacionais de Direitos Humanos aprovados pelo Congresso Nacional com o quórum qualificado de Emenda Constitucional.

Importante ressaltar que, ainda nesta situação, o Tratado Internacional também poderá ser objeto de controle de constitucionalidade, uma vez que as próprias emendas constitucionais estão sujeitas ao referido controle. É dizer, caso o Tratado Internacional altere tema imutável do texto constitucional, será considerado nulo.

Noutro giro, de acordo com a teoria de Kelsen, a Constituição deverá ser precisa na definição dos princípios constitucionais, não deixando margem ao reconhecimento material de princípios expressamente não previstos em seu texto. Como resultado do controle de constitucionalidade, a sentença teria natureza anulatória, como regra, e dessa forma produziria efeito *ex nunc*²². A norma jurídica impugnada seria válida e produziria efeitos até que fosse publicada a sentença anulatória. O efeito retroativo não seria a regra. E a sentença poderia invalidar Lei ou regulamento em sua totalidade ou alguns de seus dispositivos.

Sobre as regras de procedimento do controle de constitucionalidade, tem-se que o processo iniciaria através de seus legitimados. A iniciativa popular foi percebida por Kelsen como uma situação de perigo para o fluxo de demandas na Corte Constitucional, pois poderia gerar ações temerárias e insuportável congestionamento de processos.

E toda autoridade pública que, tendo dúvida sobre a regularidade de uma norma a ser aplicada, poderia interpor ante o Tribunal Constitucional uma demanda.

Em sentido amplo, o direito de ação das partes se efetivaria em processos judiciais protocolizados diretamente na Corte Constitucional, de acordo com os legitimados para o controle concentrado de constitucionalidade, ou ajuizados em qualquer órgão da justiça e por

²² KELSEN, Hans. **La garantía jurisdiccional de la constitución (La justicia constitucional)**. Publicado em *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, ISSN 1138-4824, número 15, Madrid (2011), pag. 270.



qualquer parte processual devidamente representada por agente com capacidade postulatória, em sede de controle difuso.

4 DEBATE ENTRE HANS KELSEN E CARL SCHMITT

Na sequência à exposição sobre a necessidade de garantia da constituição, no contexto do Estado Constitucional, e as formas de controle concentrado e difuso de constitucionalidade, tendo como referencial teórico sobre o tema a doutrina de Hans Kelsen, que influenciou a formação do Tribunal Constitucional austríaco e a maioria das Cortes Constitucionais dos países ocidentais, na década de 1920 surgiu debate teórico entre o doutrinador austríaco e o alemão Carl Schmitt.

A questão sobre quem deveria ser o guardião da Constituição, isto é, competiria a qual órgão público ou representante estatal dizer a última palavra sobre a Constituição, interpretando-a, integrando-a e, inclusive, eventualmente suspendendo o exercício de direitos fundamentais por alguma circunstância excepcional, para fins de garantia dela própria enquanto texto normativo supremo.

Hans Kelsen idealizava que o controle de constitucionalidade das normas deveria ser realizado no exercício da função jurisdicional, a ocorrer em ambiente de Tribunal Constitucional, criado com a finalidade de examinar as questões de constitucionalidade na seara concentrada, seguindo-se regras de processo constitucional previstas na Constituição, composto por juízes independentes e que fariam as vezes de legislador negativo, retirando do ordenamento jurídico as normas jurídicas inconstitucionais.

Por sua vez, Carl Schmitt sustentou em seus escritos que a Constituição material, decorrente da vontade política fundamental de um povo, tem que ser preservada ainda que em detrimento da constituição formal, positivada, pois os valores políticos fundamentais são anteriores à criação do texto jurídico e ao próprio poder constituinte originário. Dessa forma,



a guarda da Constituição seria atribuição do soberano, vez que consiste em representante do voto majoritário do povo e legitimamente detentor da vontade política fundamental.

Carl Schmitt faz a seguinte crítica sobre o pensamento austríaco:

En su conjunto, la manera usual de ser actualmente tratada esta difícil cuestión de Derecho constitucional hallase aún muy influida por las 'ideas judicialistas que se inclinan a encomendar simplemente la solución de todos los problemas a um procedimiento de tipo judicial, y desprecian en absoluto la fundamental diferencia que existe entre un fallo procesal y la resolución de dudas y divergencias de criterio acerca del contenido de un precepto constitucional. Ante todo se siente la necesidad de protegerse contra el legislador, es decir, contra el Parlamento, limitando, em consecuencia y con arbitrariedad notoria, el problema de la protección constitucional a la mera defensa contra leyes y decretos anticonstitucionales, y desnaturalizando también esta cuestión al buscar en el terreno de la Justicia el protector de la Constitución 'sen detenerse a meditar sobre el asunto', como Rudolf Smend ha dicho en una critica incidental, pero certera²³.

Assim, para Carl Schmitt o legítimo Guardião da Constituição deveria ser o representante do Poder Executivo e não o Poder Judiciário, seja este representado por juízes atuando em jurisdição ordinária ou especializada constitucional. Nesse sentido, o autor afirma:

La Constitución de Weimar es una decisión política del pueblo alemán unificado, como titular del poder constituyente, y que, en virtud de esta

²³ SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución**. Madrid: Tecnos, 1995. p. 32.



decisión, el Reich alemán es una democracia constitucional, la cuestión relativa al protector de la Constitución puede resolverse de otra manera que mediante una ficticia judicialidad²⁴.

E veja o que dispunha a Constituição do Reich alemão, de 11 de agosto de 1919 (Constituição de Weimar), artigo 48, §2º:

Caso a segurança e a ordem públicas estejam seriamente ameaçadas ou perturbadas, o Presidente do Reich (Reichspräsident) pode tomar as medidas necessárias a seu restabelecimento, com auxílio, se necessário, de força armada. Para esse fim, pode ele suspender, parcial ou inteiramente, os direitos fundamentais (Grundrechte) fixados nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 154.

Ressalta Carl Schmitt que “é o objetivo de toda Constituição sensata dar um sistema organizacional que possibilite uma volição estatal e um governo capaz de governar”²⁵, e, embora chame a atenção para o caráter “provisório” das determinações deste artigo 48, §2º, adverte:

Mas, apesar dessa dificuldade e perturbação totalmente extraordinárias, pode-se constatar que uma praxe que conta agora com dez anos, desenvolveu, juntamente com uma abrangente literatura específica, alguns preceitos sobre a interpretação do artigo 48, §2º, pelos quais não se pode mais negar, em uma consideração imparcial, a imposição de seu reconhecimento geral. Isto é válido, pelo menos, para

²⁴ SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución**. Madrid: Tecnos, 1995. p. 32.

²⁵ SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Trad. por Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 168.



os dois pontos seguintes: a) O poder do presidente do Reich em promulgar *decretos substitutivos de leis* segundo o artigo 48, §2º (...); b) O desenvolvimento de um Estado de emergência e de exceção *especificamente econômico e financeiro* (...)²⁶.

Acerca desta controvérsia sobre a jurisdição constitucional, Gilmar Ferreira Mendes observa tratar-se do “ápice de uma disputa entre dois dos mais notáveis juristas europeus do início do século XX”, mostrando-se “relevante ainda hoje”²⁷.

A doutrina do filósofo alemão influenciou a Alemanha até o final da segunda guerra mundial, quando Hitler tornou-se o líder da respectiva nação e guardião da Constituição de Weimar, ao que, segundo observação de Gilmar Ferreira Mendes, mostraria que “a vitória de Schmitt não era definitiva”, pois “Hitler chegava ao poder sem romper com nenhum aspecto de legalidade existente à época”²⁸.

No pós-guerra, contudo, a teoria de Hans Kelsen sobre a garantia jurisdicional da Constituição expandiu-se mundialmente e influenciou, sobretudo, a Constituição Federal de 1988, quando atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a função de seu guardião (art. 102, CF/1988). Entretanto, o regime constitucional brasileiro também atribuiu aos demais órgãos do poder judiciário a competência para realizar o controle de constitucionalidade difuso, isto é, não aplicável *erga omnes*, mas somente entre as partes.

5 SUPREMAS CORTES E CORTES CONSTITUCIONAIS

²⁶ SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Trad. por Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 171-173.

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Apresentação. In: SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Trad. por Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. XV.

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Apresentação. In: SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Trad. por Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. XIII.



Atualmente, conforme a existência de Tribunais que detenham a competência de fazer exame de constitucionalidade das leis e atos normativos a partir do controle de compatibilidade pela via concentrada ou difusa, pode-se classificar as respectivas Cortes em Supremas ou Constitucionais.

Consequentemente, sendo o controle de regularidade constitucional exercido por um único Tribunal da nação, com competência constitucional originária para essa função especializada de controle de constitucionalidade, significa que o legislador constituinte resolveu criar uma Corte Constitucional, tal como existe na Áustria, Alemanha, Itália, França e Equador.

Quando ocorre de a Constituição do Estado outorgar ao Tribunal nacional as funções jurisdicionais ordinária recursal e constitucional, com a previsão de controle de constitucionalidade pela via difusa, como se consagra no Brasil, Argentina, Uruguai e Estados Unidos da América, entende-se que há Suprema Corte.

Perante o ordenamento jurídico brasileiro, adota-se o controle misto de constitucionalidade. Com isso, todo juiz brasileiro, independentemente do ramo de justiça, é juiz constitucional, podendo afastar a aplicação de um dispositivo legal ou ato normativo diante do caso concreto. Além disso, o Supremo Tribunal Federal detém competência constitucional para a realização do exame de regularidade pelo processo concentrado de constitucionalidade.

Dentro dessa temática e tocante à evolução da atuação em sede de controle de constitucionalidade, percebe-se que, mesmo com o passar do tempo e a constante modificação da sociedade desde a promulgação da Constituição Federal em 1988, principalmente do ponto de vista social, econômico, cultural, educacional e populacional, a atuação legislativa ainda não regulamentou dezenas de direitos fundamentais previstos no texto normativo constitucional e dependentes de lei.



Essa omissão e a veemente pretensão de inclusão social e de expansão de direitos previstos na Constituição ou mesmo dos direitos previstos e não regulamentados tem produzido nítida mudança no ordenamento jurídico brasileiro, de origem *Civil Law*.

O construtivismo, de doutrina clássica do sistema baseado na *Common Law*, passa a ter influência no exercício da função constitucional e permeia questões levadas à justiça constitucional. Através dessa doutrina, aperfeiçoada pela Suprema Corte Americana, do juiz constitucional brasileiro requer-se a reconstrução do direito, na medida em que precisa decidir os casos de patente omissão legislativa em matéria de direitos fundamentais.

Embora isso aconteça sob o rótulo de ativismo, a prolatação de decisões substitutivas ou aditivas de texto em sede de controle de omissão constitucional ocorre com alguma frequência. A lei de Mandado de Injunção nº 13.300/2016, por exemplo, permite expressamente em seus artigos 8º e 9º a atuação positiva do Juiz, diante da mora legislativa. Por conseguinte, ainda que não haja um código de processo constitucional²⁹ a dispor sobre os limites de atuação processual constitucional, pelo conjunto das regras existentes sobre a atuação jurisdicional constitucional, de forma concentrada e difusa, concebe-se hodiernamente a possibilidade de atuação do juiz constitucional na qualidade de legislador negativo e positivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho objetiva tratar do tema Constituição e sua garantia de preservação, através dos mecanismos de proteção de seu texto e sobre qual órgão estatal incumbe exercer a guarda dos princípios e valores nela contidos.

²⁹ A Câmara dos Deputados criou uma comissão de juristas para avaliar legislação sobre processo constitucional. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-25/juristas-elaborar-projeto-normas-processo-constitucional>. Acesso em: 31/10/2022.



O jurista Hans Kelsen, através de sua doutrina constitucional positivista pura, influenciou a criação de Tribunais Constitucionais por inúmeros países, com a tese de que a garantia da Constituição deveria ser função exercida pelo Poder Judiciário, através de uma Corte especializada no controle de constitucionalidade das normas jurídicas.

No Brasil, tanto o modelo americano da *judicial review*, quanto o desenho de justiça constitucional Kelseniano inspiraram o poder constituinte originário brasileiro ao consagrar na Constituição Federal a adoção do sistema misto de controle de constitucionalidade.

E o guardião da Constituição Federal é o Supremo Tribunal Federal, que acumula a função de Instância Recursal e de Tribunal Constitucional, possuindo por força de da amplitude de sua competência forte carga decisória, tendente a produzir norma jurídica e a influir na sociedade como um todo.

A expansão do Poder Judiciário ocorre como um movimento sentido globalmente. No Brasil é perceptível em matéria de direitos fundamentais e em casos de omissão legislativa em regulamentar direito fundamental. Demandas judiciais que anseiam por implementação e efetivação do direito constitucional e qualificam as decisões judiciais como se ato legislativo positivo fosse.

O estabelecimento do sistema misto de controle de constitucionalidade no Brasil, com a elevação de legitimados para a atuação no controle concentrado, somado a outros instrumentos processuais à disposição do Judiciário, fortalecem a importância desse papel judicial a ser desempenhado pelos juízes constitucionais brasileiros de preservação da Constituição.

REFERÊNCIAS FINAIS

BARROSO, Luís Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro** – exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.



BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Acesso em 17 de novembro de 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. reimp. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CONSULTOR JURÍDICO. Comissão de juristas vai elaborar projeto sobre normas de processo constitucional. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-25/juristas-elaborar-projeto-normas-processo-constitucional>. Acesso em: 31/10/2022.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução: Hermínio A. Carvalho. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Tradução Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.



KELSEN, Hans. **La garantía jurisdiccional de la constitución** (La justicia constitucional). Publicado em Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, ISSN 1138-4824, núm. 15, Madrid (2011).

MENDES, Gilmar Ferreira. Apresentação. In: SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Trad. por Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución**. Madrid: Tecnos, 1995.

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

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.