

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

TEORIA CONSTITUCIONAL

GISELA MARIA BESTER

MARCUS FIRMINO SANTIAGO

MENELICK DE CARVALHO NETTO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro, poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes - UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Gisela Maria Bester, Marcus Firmino Santiago, Menelick de Carvalho Netto – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-202-6

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

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria Constitucional. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

O Grupo de Trabalho Teoria Constitucional congregou, no dia 8 de julho de 2016, na sala AT04 da Faculdade de Direito da UnB, a apresentação dos treze trabalhos nele aprovados, bem como debates subsequentes entre os e as presentes.

Os artigos apresentados e ora publicados contemplam diferentes e relevantes aspectos da teoria constitucional contemporânea. A mutação constitucional é o marco teórico de três estudos, que abordam temas como a tensão entre as mudanças interpretativas e o fortalecimento normativo constitucional; a releitura das regras sobre imunidade parlamentar feita pelo Supremo Tribunal Federal; e novamente uma análise de precedente desta Corte, na celeuma referente ao princípio da presunção de inocência e à correlata garantia constitucional do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Reflexões sobre o poder constituinte fornecem as bases para, em um momento, discutir os limites ao poder de reforma e a necessidade de equilíbrio entre reforma e conservação do texto constitucional; e, em outro, contemplar as teorias de John Rawls e de Jürgen Habermas e suas contribuições na busca pela formação de uma base consensual capaz de legitimar o constructo constitucional.

A jurisdição constitucional e o papel do Poder Judiciário são abordados sob três aspectos: uma crítica, à luz da teoria luhmaniana, à prática do STF acerca da modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade; uma análise do ativismo judicial e do desequilíbrio presente nas relações institucionais; e uma defesa do sistema de controle difuso de constitucionalidade diante da especial abertura participativa que este proporciona.

Questões referentes ao modelo constitucional brasileiro são contempladas em três outros artigos: a história constitucional é revisitada, em um resgate do processo constituinte brasileiro de 1987/88, na busca dos fundamentos acerca do sistema de veto presidencial; os limites e as condições para exercício da liberdade de iniciativa previstos na Constituição Federal de 1988 são estudados à luz dos preceitos do neoconstitucionalismo; e as relações federativas restam discutidas a partir de uma perspectiva realista, em busca dos elementos e agentes reais que contribuem para o acontecer - ou a frustração - do modelo constitucional.

A realidade latino-americana não fica de fora, sendo lembrada e discutida em texto que aborda a ainda recente Constituição boliviana e a experiência do seu previsto tribunal indígena, em busca de uma melhor compreensão acerca desta instituição e de sua possível influência no sistema brasileiro.

A correlação entre Estado e crise é também abordada em um dos artigos apresentados.

Nos debates, em perspectiva crítica ao "status quo" reinante no atual cenário jurídico-político-institucional brasileiro, fez-se, em sintonia das diversas manifestações, uma reafirmação da defesa da força normativa da Constituição de 1988, em toda a sua riqueza de conteúdos que não podem ser flexibilizados, ignorados ou ultrapassados, nem mesmo pelo STF, em prejuízo do sistema de direitos e garantias instituído pelo constituinte originário.

Brasília, DF, 10 de julho de 2016.

Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto - PPGD UnB

Profa. Dra. Gisela Maria Bester - PPGD UNOESC

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago - PPGD Centro Universitário do Distrito Federal / PPGD Instituto Brasiliense de Direito Público

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: DIÁLOGOS (?) ENTRE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO SISTEMA DIFUSO E CONCENTRADO KELSENIANO

CONSTITUTIONAL JURISDICTION: DIALOGUES (?) BETWEEN PARTICIPATORY DEMOCRACY AND CONSTITUTIONALITY CONTROL IN DIFFUSE SYSTEM AND CONCENTRATE KELSIAN

Felipe Guimarães de Oliveira ¹

Resumo

O autor almeja, no presente estudo, analisar os possíveis diálogos existentes ou não entre a jurisdição constitucional no que dista ao controle de constitucionalidade de normas e a sua relação com a democracia participativa e o acesso à justiça. Para tanto, far-se-á uma análise prévia do surgimento da jurisdição constitucional e do judicial review nos Estados Unidos e a forma de concepção da jurisdição constitucional europeia, precipuamente com o sistema Kelseniano. A partir de então, o autor enfrentará o objetivo fulcral deste trabalho que é o debate sobre a feição democrática destes sistemas.

Palavras-chave: Democracia participativa, Jurisdição constitucional, Controle de constitucionalidade, Sistema difuso, Sistema concentrado

Abstract/Resumen/Résumé

The author aims, in the present study, to analyze the possible existing dialogues or not between the constitutional jurisdiction in which is distant to the judicial review and their relation with democracy participatory. Therefore, there will be a previous analysis of the appearance of the constitutional jurisdiction and the judicial review in the United States and the form of conception of the European constitutional jurisdiction, primarily with the Kelsian system. From then on, the author will face the central objective of this work that is the debate about the democratic feature of this system.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Democracy participatory, Constitutional jurisdiction, Judicial review, Diffuse system, Concentrate system

¹ Advogado, Professor do Centro Universitário do Pará (CESUPA), Mestrando em Direito pelo Centro Universitário do Pará (CESUPA). Email: fguima.oliveira@hotmail.com

INTRODUÇÃO

Os pressupostos que ensejaram a ideia de Constituição e que moveram os revolucionários franceses não são muito diferentes dos pressupostos que influenciaram os constituintes norte-americanos, a exemplo, da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Nos Estados Unidos, a ideia de controle de leis e do *judicial review* começou a ser desenhada antes mesmo que no continente europeu, este ainda extremamente sufocado com o dogma da onipotência do legislador e da supremacia do Parlamento, ganhando envergadura com o famoso caso *Marbury vs. Madison* em 1803, que sedimentou, de maneira clara, o fundamento e a necessidade da supremacia da Constituição e de realização de um controle de eventuais normas que com esta fossem conflitantes, estabelecendo assim, o chamado, sistema difuso.

No continente europeu, a doutrina da Constituição como *fundamental law*, de nulidade de normas inferiores em confronto com normas superiores, tem seu início imediatamente após a aventura napoleônica, decorrente dos ataques concentrados da direita e da esquerda.

A direita, ratificando, o princípio monárquico e fazendo do monarca uma fonte pré-constitucional de poder e, da própria constituição, portanto, e, a esquerda, através de Ferdinand Lasalle, na sua famosa conferência em Berlim, no ano de 1862, sobre a Essência da Constituição ou Que é uma Constituição (*Ueber Verfassungswesen*)¹, assim entendida por ele, como uma “*mera folha de papel*”, cujo fundamento político exclusivo, seria precisamente, o de ocultar as reais relações de poder existentes. Assim sendo, a esquerda manteve através de fundamentos marxistas, a desconsideração da Constituição como uma norma suprema.²

Dessa forma, a recepção na Europa da doutrina norte-americana de controle judicial de leis é tardia, vindo a ser concretizada apenas no primeiro pós-guerra do século XX, por volta dos anos 1919-1920, através das obras de Hans Kelsen e da Constituição Austríaca de 1920, influenciada por este mesmo autor quanto à forma do controle de constitucionalidade.

Por isso, a afirmação de José Acosta Sánchez³ de que no direito europeu teria havido um fenômeno primeiro de constitucionalismo sem Constituição.

¹ LASSALE, Ferdinand. **¿Qué és una Constitución?** Madrid: CENIT, 1931.

² ENTERRIA, Eduardo. **La Constitución como Norma y El Tribunal Constitucional.** Madrid: Civitas, 1988. p. 46.

³ SANCHEZ, José Acosta. **Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional.** Madrid: Tecnos, 1998.

Ademais, conforme será analisado a seguir, o controle concentrado, na visão de Kelsen, surge como um instrumento para conter os dois maiores problemas do sistema difuso, que na visão dele seriam, a segurança jurídica, decorrente da não vinculação das decisões (efeito *inter partes*) e do uso indiscriminado do aparato judicial para resolução de demandas com o mesmo objeto.

Porém, a despeito dessa nova tentativa de se conceber um modelo de controle de constitucionalidade mais eficaz, aspectos de cunho e feição democrática foram emudecidos com o passar do tempo, notadamente, com o estabelecimento do sistema concentrado na Constituição da Áustria de 1920 e com as obras de Hans Kelsen, o que nos leva a questionar se o modelo Kelseniano, não seria então um modelo menos democrático que o estadunidense, difuso.

Tentando responder esta indagação é que o presente trabalho se apresenta, de maneira não exaustiva e, sim, provocadora de um debate no meio acadêmico sobre o tema.

Buscando alcançar esse desiderato, será apresentado ao leitor, inicialmente, nos dois primeiros tópicos, as características do sistema difuso e sistema concentrado, suas especificidades e breves aspectos históricos, para, a partir de então, ser trabalhado o ponto chave do trabalho no tópico terceiro, que realiza um cotejo da formatação destes modelos de controle de constitucionalidade com as idiossincrasias de qualquer democracia com viés participativo e o acesso à justiça.

1. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO SISTEMA DIFUSO NORTE-AMERICANO: O CASO *MARBURY VS. MADISON*

Importante destacar, antes de ser realizada qualquer investigação sobre a jurisdição constitucional, que algumas peculiaridades podem ser identificadas como responsáveis pela implementação e desenvolvimento do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos, que segundo Bastos⁴, seriam o desenvolvimento da ideia de Constituição como *Paramount Law*, a diferença no nível de rejeição ao Judiciário e de esperança no Parlamento, com maior frequência na Europa, relacionada a ideia de rejeição e/ou resistência aos juízes, e a arte e engenho dos defensores do *Judicial Review*, consistente na elaboração de uma teoria capaz de legitimar a jurisdição constitucional.

⁴ BASTOS, Elísio Augusto Velloso. A garantia jurisdicional da Constituição: A *vis attractiva* dos principais modelos. O resgate e defesa do controle difuso no Brasil. In: DIAS, Jean Carlos; KLAUTAU FILHO, Paulo. (Coords). **Direitos Fundamentais, Teoria do Direito e Sustentabilidade**. São Paulo: Método, 2010. p. 139.

Nesse sentido, é que, grande parte dos teóricos constitucionalistas vão concordar com a afirmação de que o mais importante marco teórico do *judicial review*, no direito norte-americano, se operou com a obra “O Federalista”⁵, constituída a partir de vários artigos voltados a defender a ratificação da Constituição dos Estados Unidos da América.

A partir desta obra, mais especificamente, em seu artigo 78, escrito por Alexander Hamilton, é ofertada uma fundamentação de extrema relevância para a solução do caso *Marbury vs. Madison*⁶ no ano de 1803.

Em apertada síntese, subscreve Vignoli⁷, que o caso versava sobre a situação política de Thomas Jefferson após derrotar John Adams, que tentava sua reeleição, e determinou a seu secretário, James Madison, que não entregasse o título de juiz de paz à William Marbury, nomeado no testamento político de Adams.

Marbury, neste sentido, não tomou posse do cargo e, por isso, requereu ao Tribunal a notificação de James Madison para que apresentasse suas razões, pelas quais não procedia com a entrega do título de sua nomeação, garantindo sua posse.

O mérito da causa só foi decidido⁸ dois anos mais tarde quando o Juiz Marshall declarou o direito à posse do cargo de Juiz à Marbury, e, conseqüentemente, sedimentou as bases do *judicial review*, cara aos Federalistas, que eram a maioria absoluta no Poder Judiciário, e, incômoda para o Governo Republicano de Thomas Jefferson, tudo isto, com fundamento no já citado escrito de Alexander Hamilton em “O Federalista”.

⁵ MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **O Federalista**. 3. ed. São Paulo: Russell, 2009. MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Selected Federalist Papers**. New York: Dover Publications INC. 2001.

⁶ Vide KLAUTAU FILHO, Paulo. A primeira decisão sobre controle de constitucionalidade: *Marbury vs. Madison* (1803). In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 2. jul./dez. 2003. p. 255-275.

⁷ VIGNOLI, Eline de Moraes Zarro. **Marbury X Madison**. Disponível em: <https://www.academico.direito-rio.fgv.br>. Acesso em 23.12.15.

⁸ Sobre esta decisão aduz José Sanchez: “*La decisión que se presenta como el acto de consagración judicial de la supremacía de la Constitución, guarda, en rigor, poca relación con la Constitución de los Estados Unidos. Marshall sólo buscó un soporte indirecto en ella. En efecto, una detenida lectura de la sentencia de 1803 revela que su autor se basaba, como Hamilton, en principios, más que en el Derecho supremo de los Estados Unidos. Según él, en orden a decidir si una ley del Congreso repugna a la Constitución sólo era necesario reconocer ciertos principios, que supuestamente se encontraban reconocidos desde hacía mucho tiempo, pero dónde exactamente, estando tan claros para Marshall como oscuros para sus críticos de 1803 y de hoy? En la naturaleza de las cosas y en la razón, segundo Marshall, se fundaban sus principios.* In: SANCHEZ, José Acosta. **Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional**. Madrid: Tecnos, 1998. p. 120-121.

Continua o Juiz Marshall, neste sentido, em seu voto⁹, que é competência somente do judiciário interpretar as leis em casos conflitantes e definir se determinada lei é ou não inconstitucional para que seja anulada, tendo como base paradigmática a própria Constituição, definida por ele como a lei máxima do ordenamento jurídico.

Marshall preocupado com a interpretação da Constituição, conferiu ao Poder Judiciário, naquela oportunidade, a atribuição de supremo intérprete do texto constitucional, o que lhe parecia “*the very essence of Judicial duty*”.¹⁰

Obra de arte política, a sentença reconhecia o princípio controle judiciário da constitucionalidade de leis, sem conferir efeitos práticos imediatos à declaração de inconstitucionalidade. O que interessava fundamentalmente à Marshall era aquele reconhecimento, que servia a dois objetivos de longo alcance: o de neutralizar possível reação desfavorável do Governo Federal e firmar valioso precedente jurisprudencial para impedir, se necessário, as transformações esperadas em virtude dos resultados do pleito de 1801.¹¹

Neste caso, considerou-se competência própria do Judiciário dizer o Direito, estabelecendo o sentido das leis. Assim é, que, sendo a Constituição uma lei, e uma lei dotada de supremacia¹², cabe a todos os juízes interpretá-la, inclusive negando aplicação às normas infraconstitucionais que com ela venham a conflitar.¹³

A ruptura que a *judicial review* americana consagra com a tradição inglesa a respeito da soberania do Parlamento vai provocar uma mudança de paradigmas.¹⁴ A simplicidade da

⁹ KLAUTAU FILHO, Paulo. A primeira decisão sobre controle de constitucionalidade: *Marbury vs. Madison* (1803). In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 2. jul./dez. 2003. p. 255-275.

¹⁰ HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 139.

¹¹ Idem. p. 137-138.

¹² Neste sentido a observação de Garcia de Enterría: “*En The Federalist Alexander Hamilton pronpondrá ya directamente el tratamiento de la Constitución como fundamental law, que impone a los jueces una vinculación más fuerte que la debida a las leyes (superior obligation and validity) con la facultad (y el deber) de inaplicar las leyes del Congreso en contradicción con ella. (...) Es la doctrina de la supremacia constitucional que se expresa en una vinculación más fuerte: la Constitución vincula al juez más fuertemente que las Leyes, las cuales sólo pueden ser aplicadas si son conformes a la Constitución. (...) Así se forja la doctrina de la supremacía normativa de la Constitución y la instrumentación en su favor del principio de la judicial review, que reconocerá el poder de los Tribunales de declarar nulas, a efectos de su inaplicación, las Leyes que contradigan a la Constitución*”. In: GARCIA DE ENTERRIA, op.cit. p. 54.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 47.

¹⁴ Assevera Francisco Segado: “*En definitiva, desde esa capital Sentencia de 1803 (Marbury Vs.Madison), la judicial review, entendida como control judicial sobre la constitucionalidad de la leyes, va a desarrollarse y va a concluir siendo una pieza central del sistema, incluso de la sociedad americana entera.*” Noutra senda, citando Steele Commange, “*aludiría al impacto sobre la sociedad norteamericana del supremo órgano jurisdiccional, estableciendo la siguiente comparación: El Tribunal Supremo, con el tempo, ha llegado a ser para los americanos lo que la Familia Real era a los ingleses, el Ejército para los alemanes, y la Iglesia a los españoles*”. In: GARCIA BELAUND, D;

forma, reconhecimento da competência para auferir a constitucionalidade ao juiz da causa, será determinante para a sua adoção em diversos países do mundo.¹⁵

Algumas outras características desse sistema são narrados pela doutrina,¹⁶ entre elas:

- 1) O controle de constitucionalidade só se efetua em defesa de algum direito subjetivo previsto na Constituição.
- 2) A supervisão judicial implica a atuação do Tribunal Supremo para destruir a presunção de constitucionalidade de uma lei, quando possível, sem destruir sua essência.
- 3) A intervenção judicial se produz dentro do âmbito das sentenças resolutivas de litígios, quando nestes, as partes invocam lesão ou prejuízo decorrente da violação de direitos da Constituição.
- 4) O juramento que se impõe aos juízes em cumprirem a Constituição.
- 5) O reconhecimento como lei suprema do texto fundamental.

Dessa forma, é estabelecido o controle difuso, também chamado de sistema concreto, em que todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, estaduais ou federais, têm o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais nos casos levados a seu julgamento¹⁷.

Neste modelo, ainda se sedimentam aspectos procedimentais peculiares, dentre eles, o entendimento de que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei se apresenta como incidente processual e em decorrência de uma lide concreta, sem a possibilidade desse controle ser operado *ex officio* pelo Tribunal.

Importante frisar que, além do exame prévio, sobre a constitucionalidade ou não de uma lei pela via incidental, aplicando-a ou não ao caso concreto submetido à análise, não será acarretada revogação da norma em discussão do ordenamento jurídico, isto porque além de incidental ou difuso, neste sistema, a decisão que julga o eventual conflito produz efeitos *interpartes*, aplicando-se somente às partes daquela determinada demanda judicial.

Quanto aos efeitos temporais da decisão, tem-se que a regra é o mesmo ser operado *ex tunc*, retroagindo, de modo a alcançar aquele determinado ato até a data em que a norma reconhecida como inconstitucional tenha entrado em vigor no ordenamento jurídico.

FERNANDEZ SEGADO, F. **La Jurisdicción Constitucional en Iberoamerica**. Madrid: Dykinson, 1997. p. 58.

¹⁵ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1162.

¹⁶ RIVAS, Juan José Gonzáles. **Análisis de los Sistemas de Jurisdicción Constitucional**. Madrid: LAEL, 2001. p. 26-27.

¹⁷ BARROSO, id. *ibid.* p. 47.

São estas, portanto, as premissas que norteiam as características e o surgimento do controle difuso de constitucionalidade nos EUA, com grande influência do caso *Marbury vs. Madison*.

Far-se-á agora, o estudo do sistema concentrado ou austríaco, desenvolvido com a teoria de Hans Kelsen e com a Constituição da Áustria de 1920 na jurisdição constitucional europeia.

2. O SISTEMA CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE: KELSEN E A CONSTITUIÇÃO AUSTRIACA DE 1920. O CONSTITUCIONALISMO SEM CONSTITUIÇÃO.

Na Europa, cujo primeiro tronco constitucional vinha da inspiração francesa, houve uma prática diferenciada, atribuindo originariamente o conceito de supremacia não à Constituição¹⁸, como fruto da Assembleia Constituinte, mas à própria Lei, obra do Parlamento, do Poder Legislativo, em virtude da ideia de que o “governo das leis” impediria a criação de uma Lei suprema cujo objetivo fosse limitar o Poder Legislativo.

Na realidade, a sociedade francesa e o Estado Francês se desenvolveram até 1946 com seus códigos, leis e administração, sem necessidade de Lei Suprema alguma. As constituições francesas do século XIX são expressões de um constitucionalismo sem Constituição, neste sentido.

José Sanchez assinala alguns outros fundamentos desse constitucionalismo sem Constituição, dentre eles, o processo de implantação, na Europa, do Estado Liberal ao longo do século XIX, que se desenvolve através de uma série de compromissos entre a antiga classe dominante, a aristocracia, a burguesia, a monarquia, e, a implantação do parlamentarismo na Europa no século XIX, que se caracteriza pela impossibilidade de Constituições normativas em limitar o legislador.¹⁹

¹⁸ Contrariamente ao ideal norte-americano. Neste sentido, Elísio Bastos afirma que nos Estados Unidos o ideal perseguido era o de Constituição como Lei Suprema (Paramount Law) que se originou da tradição de governar por intermédio de Cartas. Os Colonos Ingleses, quando atravessaram o Atlântico, portavam consigo Cartas, que não apenas autorizavam a exploração, mas lhe atribuíam todos os direitos que tinham na Inglaterra (*Law of the Land*). In: BASTOS, Elísio Augusto Velloso. A garantia jurisdicional da Constituição: A *vis atractiva* dos principais modelos. O resgate e defesa do controle difuso no Brasil. In: DIAS, Jean Carlos; KLAUTAU FILHO, Paulo. (Coords). **Direitos Fundamentais, Teoria do Direito e Sustentabilidade**. São Paulo: Método, 2010. p. 139-140.

¹⁹ SANCHEZ, op. cit. 145-175.

Contudo, não se percebe, mais uma vez, a consolidação da Constituição como norma suprema e com poder cogente sobre todas as demais normas do ordenamento e, sim, a ideia de supremacia do Parlamento como entidade suprema.

Porém, a despeito do que já fora mencionado, o que deve ser destacado é que, o ponto fulcral do sistema concentrado de constitucionalidade é que ele introduz uma mudança básica na forma da prestação jurisdicional, concentrando o controle das normas em um único Tribunal, diferentemente do sistema difuso já visto, que pode ser realizado por todos os Tribunais e juízes.

A pecha de inconstitucionalidade deve ser, neste sistema, resolvida de maneira prévia nos casos dos Tribunais Comuns e, a decisão do Tribunal Constitucional, que irá versar única e exclusivamente sobre o problema abstrato de compatibilidade de normas, será remetida ao Tribunal em que tenha surgido o incidente.

Com isso, almeja-se neste sistema, atenuar os riscos de um governo dos juízes, especialmente perigoso na Europa, durante a vigência da Escola Livre do Direito, que pretendia, de certa forma, libertar os juízes, da observância das leis instituídas.²⁰

Kelsen, a esse respeito, dirá que o Tribunal Constitucional é um órgão legislativo, porém, não um legislador positivo, que cria e edita leis e normas jurídicas, e sim, um legislador negativo, eliminando as leis incompatíveis com a Constituição.²¹

Importante ressaltar, ademais, que todo esse sistema é construído durante a Constituição da Áustria de 1920, constituindo um marco e modelo para todo o constitucionalismo do primeiro pós-guerra na Europa. A postura de adotar o controle concentrado proposto por Kelsen, por exemplo, é encabeçado por Pietro Calamandrei na Itália e Hans Nawiasky na Alemanha²², guardadas as especificidades de cada um dos ordenamentos jurídicos destes países, já que o sistema adotado neles leva em conta o princípio da supremacia da Constituição (resquício do sistema difuso norte-americano) juntamente com as características do sistema Kelseniano, enquanto instrumento técnico e procedimental.

Desta feita, os primeiros reflexos de recepção desse sistema de controle de leis, por intermédio dos Tribunais Constitucionais, se opera com o modelo Kelseniano, sendo este, o

²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA. op. cit. p. 51.

²¹ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

²² GARCÍA DE ENTERRÍA. op. cit. p. 133.

modelo mais adaptável à jurisdição europeia, ante a dificuldade de se acolher o sistema americano originário e ainda o forte apelo existente à supremacia do Parlamento.

Louis Favoreu²³ identifica algumas explicações para o fracasso da implementação do sistema difuso na Europa, como sacralização lei, discurso este fortemente arraigado a partir da Revolução de 1789, com o dogma rousseauiano de infalibilidade da lei, que se impôs e raramente foi posto em dúvida. O direito é cada vez mais identificado com as leis do Parlamento. Nos Estados Unidos a Constituição é sagrada, na Europa a lei que é sagrada, rebate o autor.

Ainda assim, deve ser mencionada a incapacidade do juiz ordinário em exercer a justiça constitucional, face a sua fraqueza e timidez, devido o modelo de juiz continental, que se explica pelo seu estatuto de magistrado de carreira, sem investidura democrática, como o juiz estadunidense e, ainda, a insuficiente rigidez da Constituição, como mais uma explicação de rejeição do modelo difuso em alguns países no período entre-guerras, como ocorreu na França da 3ª República e na Alemanha no artigo 76 da Constituição de Weimar, em que se permitia derrogar materialmente o texto constitucional em detrimento da proteção e defesa dos direitos humanos.²⁴

Porém, não apenas por esses motivos, a adoção do modelo Kelseniano, em grande parte da Europa, se deu também por razões históricas, com maior proximidade na Alemanha e na Áustria em que a ideia de um Tribunal como Corte Constitucional, pelo menos no que se refere aos litígios federais, fora expressa desde 1848 e realizada em 1867. No mesmo sentido, o precedente do Tribunal do Júri Constitucional com Sieyès na França e o Tribunal de Garantias Constitucionais na II República da Alemanha.²⁵

As razões teóricas para a consolidação do sistema concentrado na Europa, segundo Louis Favoreu, advém das obras de Hans Kelsen, como já mencionado, e de seu discípulo, Charles Eisenmann, com a ideia de que a criação de um Tribunal Constitucional, encarregado de controlar a constitucionalidade de leis, estava perfeitamente de acordo com a teoria da separação dos poderes.

²³ FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004. p. 20-21.

²⁴ *Idem*. p. 22

²⁵ Cita-se ainda as terríveis experiências nazistas e fascistas que foram a causa imediata da criação das Cortes Constitucionais na Alemanha e na Itália, o reestabelecimento da corte austríaca, a fundação da democracia pós-ditadura, reflexo da vontade de se fundar uma verdadeira democracia, após os períodos de ditadura, que sem dúvida, explicam a criação dos Tribunais Português e Espanhol. *In*: FAVOREU, Louis. op. cit. p. 22-23.

Já as razões institucionais ou políticas, tem ênfase no ano de 1929 com o discurso da necessidade de controle do Parlamento, que havia se tornado um poder majoritário, composto pela maioria parlamentar, ligada a um governo estável e monolítico, rígido e homogêneo, sendo impenetrável neste sentido, bem como a necessidade de proteção das minorias, ou seja, proteção da própria oposição.²⁶

O que se percebe na solução proposta por Kelsen²⁷ é a tentativa de se solucionar, por meio do controle concentrado, os dois maiores problemas do sistema estadunidense que, na visão dele, seriam, o problema da não vinculação das decisões e da contrariedade, fulminando a segurança jurídica, e o problema da economicidade no uso do aparato judiciário, consistente no número expressivo de demandas com o mesmo objeto.

Sobre o sistema difuso, estadunidense originário, Kelsen irá afirmar que a desvantagem dessa solução consiste no fato de que os diferentes órgãos aplicadores da lei podem ter opiniões diferentes com respeito à constitucionalidade de uma lei e que, portanto, um órgão pode aplicar a lei por considerá-la constitucional, enquanto outro lhe negará aplicação com base na sua alegada inconstitucionalidade. Finaliza ainda, aduzindo que a ausência de uma decisão uniforme sobre a questão da constitucionalidade de uma lei é uma grande ameaça à própria autoridade da Constituição.²⁸

Por isso mesmo, a grande maioria dos países europeus optou por adotar o sistema concentrado, guardadas as suas peculiaridades, tendo como característica essencial, nas cortes constitucionais europeias, um ordenamento constitucional confiado a um tribunal específico e independente de qualquer outra autoridade estatal, bem como o monopólio do contencioso constitucional e a indicação de juízes não magistrados pelas autoridades políticas.

A concepção Kelseniana que se formata é a de que o Tribunal Constitucional não é propriamente um Tribunal, pois este é órgão que aplica uma norma prévia a casos concretos, função não presente no Tribunal Constitucional, limitado a controlar a compatibilidade entre duas normas abstratas: A Constituição e as Leis, eliminando a norma incompatível com o texto fundamental, com efeito *ex nunc* e *erga omnes*.

Excepcionalmente, os efeitos poderão ser *ex tunc* ou *pro tempore*.

²⁶ FAVOREU, Louis. op. cit. p.23.

²⁷ KELSEN, op. cit. p. 299-319.

²⁸ KELSEN, op. cit. p. 303.

A ocorrência e atribuição do efeito *ex tunc* pode ser visualizada nas situações que envolvam normas que gozem de consequências jurídicas duradouras e que, no momento da decisão anulatória, ainda não foram objeto de nenhuma decisão advinda de autoridade pública no sentido de concretizá-las.

Por outro lado, a concessão do *efeito pro tempore* significa que, a anulação somente entrará em vigor a partir de certo prazo após sua publicação. Ocorre geralmente em casos onde a nulidade advém de um defeito formal e não de um defeito de conteúdo. Ainda assim, há casos em que o assunto é extremamente delicado e o processo legislativo demorado, sendo necessária a concessão do efeito retro, a fim de minimizar eventuais prejuízos.

Neste sistema, os objetos mais comuns, passíveis do controle de constitucionalidade são as leis (atos normativos do parlamento), os decretos com força de lei e os tratados internacionais.

Como regra geral, os meios comuns para iniciar o controle concentrado de constitucionalidade, são: a ação popular, que não é recomendada, face o risco de ações temerárias e de congestionamento do Tribunal Constitucional²⁹, por isso mesmo, vedada na grande maioria dos ordenamentos jurídicos para este propósito.

Sobre este aspecto, reporta Kelsen:

Quando se estava preparando a Constituição de 1920, foram discutidos dois outros métodos para pôr em movimento a revisão judicial da legislação. O primeiro seria conceder a todo cidadão o direito de fazer um requerimento à Corte Constitucional, a qual estaria obrigada a pronunciar-se sobre a validade de uma lei. Era uma espécie de *actio popularis* em questões constitucionais. A segunda possibilidade seria a de instituir na Corte Constitucional o cargo de promotor geral com a incumbência de proteger a Constituição. Sua função seria a de examinar todas as leis federais e estaduais e submeter à consideração da Corte Constitucional aquelas de constitucionalidade duvidosa. Nenhum desses métodos foi utilizado.³⁰

Outro meio de provocação poderá partir das autoridades públicas ou pelas partes em um processo judiciário ou administrativo, o que não se confunde com o sistema difuso, pois

²⁹ “A mais forte garantia consistiria certamente em autorizar uma *actio popularis*: o tribunal constitucional seria obrigado a examinar a regularidade dos atos submetidos à sua jurisdição, em particular das leis e dos regulamentos, a pedido de quem quer que seja. É incontestavelmente dessa maneira que o interesse político em eliminar os atos irregulares receberia a satisfação mais radical. No entanto, não se pode recomendar essa solução, porque ela acarretaria um perigo considerável de ações temerárias e o risco de um intolerável congestionamento das funções.” In: KELSEN, op. cit. p. 174.

³⁰ Idem. p. 316.

aqui as partes poderão apenas sugerir ao juiz o exame de eventual inconstitucionalidade, que irá depender de seu convencimento para a remessa ao Tribunal Constitucional dirimir a controvérsia, o chamado sistema de reenvio.

Assim, não existe, no sistema concentrado, nos moldes preconizados por Kelsen, a possibilidade de provocação direta do cidadão do judiciário sobre eventual inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em que pese alguns países adotantes deste sistema tenham o aprimorado com o Recurso de Amparo.

Ainda podem realizar tal provocação, os Governos dos Entes Federados e uma minoria qualificada no Parlamento.

São estas as características principais do modelo concentrado de constitucionalidade preconizado por Hans Kelsen e adotado inicialmente pela Constituição da Áustria de 1920.

Ademais, far-se-á uma análise conjunta de como a formatação desses modelos impacta no aspecto democrático e de acesso à justiça em caso de violação de direitos e eventuais inconstitucionalidades.

3. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL: SERÁ O CONTROLE CONCENTRADO, UM CONTROLE MENOS DEMOCRÁTICO QUE O DIFUSO ESTADUNIDENSE?

Estudados os sistemas difuso e concentrado, cabe ainda investigar o aspecto democrático desses sistemas e se estes possibilitam ou impedem o acesso à justiça e ao processo político-jurídico da sociedade no controle de normas jurídicas.

A título de introdução do estudo que será realizado adiante, o enfoque da presente investigação, se coloca, sobretudo, dentro do quadro e do exercício de uma democracia participativa, em que o cidadão participe do processo político-jurídico de controle de normas, tentando mostrar com isso que, o controle difuso, neste aspecto, é muito mais democrático, sob o ponto de vista do acesso e participação da sociedade, do que o controle concentrado histórico preconizado por Kelsen.

O modelo de democracia presente na Constituição Federal de 1988, possibilita tal arranjo, modelo este que será chamado por Joaquim Falcão de democracia concomitante. Explica-se:

Quando a Constituição prevê plebiscitos e referendos adota a democracia direta. Quando prevê partidos e eleições, adota democracia representativa. Quando estimula e cria conselhos e leis como o Estatuto das Cidades, adota a democracia participativa. Ou seja, os modelos de democracia nem são

sequenciais e excedentes, mas complementares e concomitantes. O ideal político moderno aponta para uma democracia concomitante.³¹

Boaventura Santos identifica que existem duas formas possíveis de combinação entre democracia participativa e democracia representativa, com a qual concordamos: coexistência e complementariedade, *in verbis*:

Coexistência implica uma convivência, em níveis diversos, das diferentes formas de procedimentalismo, organização administrativa e variação de desenho institucional. A democracia representativa em nível nacional coexiste com a democracia participativa em nível local, acentuando determinadas características participativas já existentes em algumas democracias dos países centrais. A segunda forma de combinação, a que chamamos de complementariedade, implica uma articulação mais profunda entre democracia representativa e participativa. Pressupõe o reconhecimento pelo governo de que o procedimentalismo participativo, as formas públicas de monitoramento dos governos e os processos de deliberação pública podem substituir parte do processo de representação e deliberação tais como concebidos no modelo hegemônico de democracia.³²

Por isso mesmo, afirmaremos adiante, que o controle concentrado histórico de Kelsen é um controle menos democrático que o controle difuso, já que não possibilitaria, por exemplo, o reconhecimento de um procedimentalismo participativo, tal como narra Boaventura Santos, inviabilizando a participação cívica do indivíduo no processo político-jurídico de controle de normas.

Porém, essas conclusões serão detalhadas a seguir com maior profundidade, importando saber ainda como o Brasil definiu tal controle em sua Constituição.

Sabe-se que o controle difuso de constitucionalidade é aquele que poderá ser realizado por qualquer juiz ou tribunal que, reconhecendo a pecha de inconstitucionalidade de uma determinada norma, deixará de aplicá-la sobre o caso concreto, conforme o disposto nos arts. 97, 102, III, *a a d*, e 105, II, *a e b* da CF/88.

Por sua vez, o controle de constitucionalidade das normas poderá ser realizado através do modelo concentrado, no qual uma Corte Constitucional irá julgar as questões atinentes à constitucionalidade ou não de determinada norma. No caso do direito brasileiro esse exame é realizado pelo Supremo Tribunal Federal, que é o legitimado pelo artigo 102, I, *a*, da Constituição Federal de 1988.

³¹ FALCÃO, Joaquim. **Democracia, Direito e Terceiro Setor**. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 87.

³² SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a Democracia: Os caminhos da Democracia Participativa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009. p.75-76.

O modelo de controle concentrado de constitucionalidade, pautado na doutrina Kelseniana, no Brasil, tem como histórico inicial, a emenda constitucional nº 16 de 26 de Novembro de 1965, com a alteração de redação do art.101, inciso I, alínea “k”, que dispunha:

k) a representação contra a inconstitucionalidade de lei ou de ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República.

Destarte, verifica-se no plano fático, a incidência dos dois modelos de controle de constitucionalidade no Brasil, atuando ambos em sintonia com o ordenamento jurídico brasileiro, adotando-se em *terrae brasilis*, o chamado sistema misto ou dual de controle.

O referido dispositivo, recorre, de certa maneira, a um dos dois métodos discutidos quando da preparação da Constituição Austríaca de 1920, para a revisão judicial da legislação, conforme já relatado acima e reportado por Kelsen:

(...) A segunda possibilidade seria instituir na Corte Constitucional o cargo de promotor geral com a incumbência de proteger a Constituição. Sua função seria a de examinar todas as leis federais e estaduais e submeter à consideração da Corte Constitucional aquelas de constitucionalidade duvidosa.³³

Porém, consoante salienta a doutrina brasileira, a finalidade do referido dispositivo da emenda 16/1965, em tela, não seria a de estabelecer no Brasil o controle concentrado. É o que aponta Zeno Veloso:

O objetivo, como se vê, não era o de estabelecer um verdadeiro controle de constitucionalidade, pois a manifestação do STF, atendendo a representação do Procurador-Geral da República, não operava erga omnes, e tinha como escopo de constatar a violação de princípio constitucional sensível, para legitimar a decretação da intervenção da União no ente federativo. Mas a solução da Constituição de 1946, significou um novo e vigoroso passo para a instituição do controle concentrado.³⁴

Destarte, é possível, ainda que de forma perfunctória, afirmar que a Emenda 16/1965 e a Constituição de 1946, representaram, de modo mais visível, o ingresso no ordenamento jurídico brasileiro do controle concentrado, inaugurando assim, o sistema misto, dual ou híbrido de controle de constitucionalidade no Brasil.

Noutra senda, importante também frisar alguns aspectos presentes na Constituição de 1934, que a seu modo, revela certo grau de influência do modelo Kelseniano no sistema

³³ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 316.

³⁴ VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 33.

brasileiro de controle de constitucionalidade, como, por exemplo, com a criação do recurso extraordinário como instrumento de controle da prevalência da Constituição.

Como já foi relatado, a formatação deste modelo dual foi ratificado pela Constituição Federal de 1988, permanecendo até o presente momento no ordenamento jurídico brasileiro.

Porém, importa investigar, se esses modelos apresentam deficiências no aspecto democrático e de acesso à justiça, o que faremos a partir de então, sem nenhuma pretensão exaustiva e muito mais provocadora de um debate profícuo neste sentido.

Primeiramente, analisando o sistema difuso, percebe-se claramente, o seu aspecto democrático, no âmbito da participação cívica e de facilitação dos meios de acesso à justiça em caso de eventual violação de direitos ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, mediante provocação direta da parte lesada (cidadão) perante o poder judiciário, exame este a ser realizado por qualquer juiz ou tribunal, como já abordado.

Diferentemente, se estrutura o sistema concentrado, austríaco, preconizado por Kelsen e pela Constituição da Áustria de 1920, no qual o acesso de qualquer cidadão apenas é realizado de maneira indireta, ou seja, por meio de representantes e autoridades políticas. Reflexo disso é o distanciamento da sociedade civil do processo político-jurídico de controle de normas e o fortalecimento do regime de representação.

Importante perceber, neste sentido, que o modelo austríaco reduz ou senão, inviabiliza, o acesso direto de qualquer parte ou cidadão, em provocar o poder judiciário, no caso de violação a direitos previstos na Constituição ou na ocorrência de eventual inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Como já visto e assentado por Kelsen³⁵, quando da edição da Constituição da Áustria de 1920, se pensou criar uma espécie de *actio popularis* (ação popular) com finalidade precípua de instrumento de provocação e acesso direto dos cidadãos à Corte Constitucional, considerando a preocupação com o acesso à justiça e atenção aos anseios democráticos, e ainda, a criação do cargo de Promotor Geral, com o objetivo de salvaguardar a Constituição, cuja função repousaria em analisar todas as leis federais e provocar a Corte quando a constitucionalidade de alguma norma fosse questionável. Ambas ideias, como já visto, não foram levadas a efeito e a feição democrática de cunho participativo que se tentou, pelo menos de maneira simplória, incorporar ao sistema concentrado, não vingou.

³⁵ KELSEN, op. cit. p.316.

Para que eventual injustiça não seja cometida, ou mesmo, a pretexto desta ser uma análise não exaustiva sobre o tema, importa ressaltar, que um dos resquícios e tentativas de se democratizar o controle concentrado, foi a manutenção do sistema de reenvio, já estudado acima, porém, ainda assim, sem a possibilidade de exigência e provocação direta do poder judiciário pelo cidadão, dependendo o exame de constitucionalidade do convencimento do magistrado em decisão irrecurável.

Visando atenuar os efeitos antidemocráticos desse sistema, notadamente representativo, é que, desde a concepção do modelo concentrado histórico de Kelsen e a adoção do mesmo por alguns países, fora criado o Recurso de Amparo, por exemplo, na Alemanha, Áustria, Espanha e Suíça.

Segundo Ricardo Correia existem três características principais do recurso de amparo constitucional:

Primeira, tem natureza subsidiária, isto é, só permite que os particulares lesados nos seus direitos fundamentais interponham uma ação para o Tribunal Constitucional depois de, previamente, escutarem as vias ordinárias judiciais; segunda, apresenta uma especialização relativamente ao amparo judicial, posto que o seu âmbito material se cinge ao exame de eventuais violações de direitos constitucionais, não se intrometendo na análise da legalidade ordinária; por último, não opera como mecanismo normal de proteção dos direitos fundamentais, possuindo assim um caráter extraordinário.³⁶

O cenário é totalmente distinto, no sistema estadunidense como já visto. Elísio Bastos³⁷ afirma que no controle difuso, a questão da constitucionalidade surge como questão prévia, a ser dirimida, podendo ser suscitada pela parte, pelo Ministério Público e, até pelo juiz, *ex officio*. O processo assim é um pretexto. Qualquer juiz, mesmo o de primeira instância e qualquer tribunal pode exercer esse controle, afastando a aplicação no caso concreto, *sub judice*, da norma tida por inconstitucional.

Sabe-se, do mesmo modo, que é perante o magistrado de primeiro grau, via de regra, que o administrado, recebe o primeiro socorro relação à lesão ou ameaça de lesão a direito subjetivo. (...) A lição ora referida, consegue sintetizar uma ideia-força, que, em última análise, fundamenta a jurisdição constitucional: *a proteção dos Direitos Fundamentais e o controle do Poder Público*. Neste sentido, o sistema tipo difuso é o que possui, notadamente no Brasil, mecanismos mais eficazes para a proteção célere contra lesão ou ameaça lesão aos Direitos Fundamentais. São os mecanismos ínsitos ao

³⁶ CORREIA, Ricardo Jorge da Ascensão Lopes. **Recurso de Amparo: Um Instituto Fundamental**. Dissertação de Mestrado. Universidade Católica Portuguesa: Lisboa, 2014. p. 5.

³⁷ BASTOS, op. cit. 170-171.

controle difuso que possibilitam ao Judiciário, no mais das vezes, atuar como “pronto-socorro da cidadania”.³⁸

Ademais, cabe ressaltar uma outra observação sobre os efeitos das decisões de controle de constitucionalidade destes modelos: a interferência de suas decisões e seus efeitos nos sistemas democráticos e o princípio da separação de poderes preconizado por Montesquieu³⁹.

Ocorre que, no sistema difuso, a decisão do juiz ou tribunal a respeito da inconstitucionalidade não revoga de maneira definitiva a norma viciada, ela tão somente, deixa de ser aplicada pelo intérprete. De maneira diversa, ocorre com o controle concentrado, no qual o Tribunal revoga a norma viciada, extirpando-a do ordenamento jurídico.

Por tudo isto, é evidente que os efeitos da decisão no controle concentrado de constitucionalidade é muito mais atentatória à uma possível violação do princípio da separação dos poderes do que no sistema difuso, uma vez que lá a norma não é revogada de maneira definitiva da ordem jurídica vigente, portanto, os efeitos da decisão, no que tange ao princípio da separação de poderes, no modelo Kelseniano, sem dúvida, assume feição menos democrática do que no modelo estadunidense, muito embora seja mais eficaz naquele outro, levando em consideração os fundamentos já narrados acima por Kelsen, quanto à vinculação da decisão decorrente do efeito *erga omnes* e a economicidade no uso da jurisdição.

Por fim, uma última observação que deve ficar consignada sobre a análise de ambos os modelos de controle de constitucionalidade é o déficit democrático produzido, tendo em vista que, a análise e o controle de normas será realizado por magistrados e não por representantes eleitos pelo povo, acarretando o entendimento de que a Corte Constitucional não representaria o poder popular.

Isso reflete, claramente, a necessidade do legislativo, com representantes eleitos pelo povo, atuar de maneira profícua para a atenuação da participação do judiciário no controle de normas. A omissão do poder legislativo, neste aspecto, corrobora para uma atuação cada vez maior do poder judiciário neste controle e favorece o crescimento do déficit democrático no controle de constitucionalidade de normas, o que precisa ser melhor trabalhado no Brasil, em que muitas vezes o poder judiciário se reveste como verdadeiro poder legislativo, poder este com magistrados não eleitos pelo povo.

³⁸ BASTOS, op. cit. p. 171.

³⁹ MONSTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **O Espírito das Leis**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem nenhuma pretensão exaustiva sobre o debate, algumas inquietações levaram o autor do presente trabalho a discorrer sobre a feição democrática dos sistemas difuso e concentrado, concluindo que, guardadas as especificidades de cada ordenamento jurídico, em sua forma clássica concebida, o controle concentrado, no afã de tentar superar alguns dos problemas existentes no sistema difuso, em busca da segurança jurídica e da efetividade, incorre em ser um modelo de controle de constitucionalidade menos democrático, sob o viés da participação cívica da sociedade no processo político-jurídico de controle normas, do que a técnica do modelo estadunidense.

Por isso mesmo, não se revela razoável, portanto, desejar suprimir a autoridade do juiz de primeiro grau nas causas jurisdicionais mais relevantes: as de natureza constitucional. A capilaridade jurisdicional viabilizada pelo sistema-tipo estadunidense revela-se fundamental à democracia brasileira e inalcançável por meio do sistema-tipo europeu.⁴⁰

A exclusão ou inviabilidade técnico-procedimental de provocação direta do poder judiciário, por parte do cidadão, tal qual sedimentada no sistema concentrado clássico, assume uma feição menos democrática que a presente no sistema estadunidense, restringindo o acesso à justiça de inúmeras pessoas com lesão ou ameaça de lesão à direitos fundamentais.

O aprimoramento do modelo concentrado com a criação do Recurso de Amparo em alguns países, certamente reduziu o seu aspecto antidemocrático, porém não se compara ao sistema difuso, em que a participação do indivíduo no processo de controle de normas é notadamente mais facilitado.

Neste sentido conclui-se que o sistema concentrado, é um sistema menos democrático que o sistema difuso, em maior escala, nos países que adotaram o modelo Kelseniano histórico sem Recurso de Amparo, não sendo a opção do constituinte de 1988, portanto, à toa, ao consagrar o sistema misto-dual, talvez na tentativa de se operar um modelo de democracia concomitante tal qual estudou-se acima, havendo de coexistir na ideologia constitucional brasileira, modelos de democracia direta, representativa, e, principalmente, participativa no processo político-jurídico de controle de normas.

Conclui-se ainda que, o controle difuso, atenua os efeitos antidemocráticos presente no controle abstrato Kelseniano histórico, garantindo a participação direta e o acesso do cidadão ao controle de constitucionalidade de normas, de salvaguarda da Constituição e na defesa de seus direitos fundamentais nela consagrados.

⁴⁰ BASTOS, op. cit. p. 174.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Elísio Augusto Velloso. A garantia jurisdicional da Constituição: *A vis atractiva* dos principais modelos. O resgate e defesa do controle difuso no Brasil. *In*: DIAS, Jean Carlos; KLAUTAU FILHO, Paulo. (Coords). **Direitos Fundamentais, Teoria do Direito e Sustentabilidade**. São Paulo: Método, 2010.

CORREIA, Ricardo Jorge da Ascensão Lopes. **Recurso de Amparo: Um Instituto Fundamental**. Dissertação de Mestrado. Universidade Católica Portuguesa: Lisboa, 2014.

ENTERRIA, Eduardo. **La Constitución como Norma y El Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas, 1988.

FALCÃO, Joaquim. **Democracia, Direito e Terceiro Setor**. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006

FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004. p. 20-21.

GARCIA BELAUND, D; FERNANDEZ SEGADO, F. **La Jurisdicción Constitucional en Iberoamerica**. Madrid: Dykinson, 1997.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

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

KLAUTAU FILHO, Paulo. A primeira decisão sobre controle de constitucionalidade: *Marbury vs. Madison* (1803). *In*: **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 2. jul./dez. 2003.

LASSALE, Ferdinand. **¿Qué és una Constitución?** Madrid: CENIT, 1931.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **O Federalista**. 3. ed. São Paulo: Russell, 2009.

_____. **Selected Federalist Papers**. New York: Dover Publications INC., 2001.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MONSTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **O Espírito das Leis**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RIVAS, Juan José Gonzáles. **Análisis de los Sistemas de Jurisdicción Constitucional.** Madrid: LAEL, 2001. p. 26-27.

SANCHEZ, José Acosta. **Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional.** Madrid: Tecnos, 1998.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a Democracia: Os caminhos da Democracia Participativa.** 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade.** 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VIGNOLI, Eline de Moraes Zarro. **Marbury X Madison.** Disponível em: <https://www.academico.direito-rio.fgv.br>. Acesso em 23.12.15.