

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO COMPARADO: UMA DISCUSSÃO SOBRE A LEGITIMIDADE PARA EXERCER A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Ruan Espíndola Ferreira¹

Resumo

O presente trabalho se divide em duas partes: na primeira, tem o escopo de estudar o controle de constitucionalidade à luz do direito comparado, notadamente nos EUA, Áustria, Alemanha, França e Canadá, com o intuito de notar as diferenças e semelhanças entre os institutos constitucionais em cada um dos respectivos países. Em um segundo momento, o presente estudo se foca na análise da diferença entre alguns conceitos necessários ao controle de constitucionalidade, especificamente nas diferenças dos conceitos de Constituição entre Hans Kelsen e Carl Schmitt e nos limites do conceito da democracia nas obras de Jürgen Habermas e Ronald Dworkin.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade; jurisdição constitucional; democracia.

Abstract

This study is divided in two parts: at first, have the scope of study the control of constitutionality according to the comparative law, notably in the USA, Austria, Germany, France and Canada, in order to note the differences and similarities institutes constitutional in each of the respective countries. In a second step, this study focuses on analyzing the difference between some concepts needed for the control of constitutionality, specifically the differences in the concepts of Constitution between Hans Kelsen and Carl Schmitt and the limits of the concept of democracy in the works of Jürgen Habermas and Ronald Dworkin.

Keywords: Control of constitutionality, jurisdiction constitutional; democracy.

INTRODUÇÃO

A função do controle de constitucionalidade é fazer com que haja a prevalência da Constituição ante as demais normas. Por se tratar de uma constituição democrática, então, é a preservação, entre outros, do Estado de Direito, dos direitos fundamentais e, também, da democracia.

As normas jurídicas de um Estado ao se encontrarem num ordenamento, acredita-se estar implícita a ideia de que estão escalonadas, ao mesmo tempo em que estão harmônicas (BARROSO, 2009, p.1; KELSEN, 2007, p. 121-186; BOBBIO, 1997, p. 19-110). Para a manutenção da harmonia, existem mecanismos que, em caso de incompatibilidade, serão aplicados para resolver a relação de incompatibilidade. Quando ocorre de uma norma estar

¹ Acadêmico da Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis, da Universidade Federal de Uberlândia, UFU – Av. João Naves de Ávila, 2121. Uberlândia – MG, CEP: 38.400-902. Bolsista FAPEMIG, orientado pelo Professor Alexandre Garrido da Silva. e-mail: ruanespindola@gmail.com.

incompatível com a Constituição, um dos mecanismos adotados é o de controle de constitucionalidade.

O ponto nevrálgico se desenvolve ao discutir a amplitude do controle de constitucionalidade, levando em conta a interação entre o direito e a política para a proteção da separação dos poderes e da efetivação dos direitos fundamentais.

O presente trabalho é composto por duas etapas: na primeira parte, será discutido o controle de constitucionalidade no direito comparado, analisando pontos comuns e díspares. Num segundo momento, pretende-se discutir algumas questões político-jurídicas relacionadas aos pressupostos do controle de constitucionalidade, sobretudo ao órgão competente para realizá-lo e, posteriormente, aos limites da democracia e da atividade de um tribunal constitucional.

1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Dois são os pressupostos para o controle de constitucionalidade: a Constituição rígida, que pressupõe, para a sua modificação, um processo mais complexo que a confecção de uma lei comum; e a supremacia da Constituição, carregando consigo a ideia de que o texto constitucional esteja no topo do ordenamento jurídico, sendo-lhe o seu fundamento de validade e causa inaugural. Gilmar Mendes (1990, p. 119), afirma, também, que é necessário um processo para a efetivação da Constituição, trata-se de um processo constitucional.

Ultrapassados os pressupostos, os demais itens que moldam o controle de constitucionalidade terão diversas peculiaridades em cada país. Assim, alguns pontos gerarão controvérsia prática e doutrinária: o órgão que será competente para o controle de constitucionalidade; a realização do controle de constitucionalidade em concomitância ou desvinculado do caso concreto; os efeitos da inconstitucionalidade; entre outros.

Esta primeira parte pretende mostrar, sucintamente, o controle de constitucionalidade em diferentes países, sobretudo no que tange a esses pontos que lhes tornam peculiar.

1.1. Controle de constitucionalidade nos Estados Unidos da América

O modelo americano, conhecido como modelo difuso e incidental de controle de constitucionalidade, respectivamente quanto ao órgão e ao procedimento (CAPPELLETTI, 1992, p. 76), obriga qualquer juiz ou órgão judiciário, quando se deparar com uma norma que viole a Constituição, a não aplicá-la ao caso, fazendo-o, incidentalmente, ou seja, no curso do processo. Depreende-se daí que o presente modelo pressupõe a existência de um caso

concreto, não existindo de forma abstrata. Dessa forma, diante de determinado caso, o juiz “encontrando-se no dever de decidir um caso em que seja relevante uma norma legislativa ordinária contrastante com a norma constitucional, deve não aplicar a primeira e aplicar, ao invés, a segunda” (CAPPELLETTI, 1992, p. 76).

Foi com o caso *Marbury v. Madison*², julgado em 1803 pela Suprema Corte americana, que se dá início ao controle de constitucionalidade. O julgamento do Juiz Marshal foi unicamente baseado numa “engenharia” constitucional, visto que não possuía qualquer previsão no corpo da Constituição, tampouco qualquer precedente. As conclusões tiradas daquele caso influenciam até hoje a jurisdição constitucional.

No modelo americano, o Poder Judiciário é o fiscal da Constituição e da sua compatibilidade com os demais atos estatais, possuindo a competência para declarar nulos e írritos todos os atos contrários à Constituição.

Por ser incidental, o direito de declarar a inconstitucionalidade das leis surge quando uma das partes, ao fundamentar o seu direito, verifica a incompatibilidade de uma norma com a Constituição, acabando por provocar o Poder Judiciário para que opte entre uma ou outra. Desse modo, discute-se a constitucionalidade de uma norma na medida em que ela seja

² A esse respeito, bastante didático e esclarecedor é o ensinamento Luis Roberto Barroso (2009, p. 3-10), que, resumidamente, ensina: Nas eleições de 1800, John Adams e seus aliados federalistas foram derrotados por Thomas Jefferson, tanto no legislativo, quanto no executivo. Os federalistas, que ainda eram maioria no congresso, articularam-se para manter o seu poder através do Poder Judiciário. Assim, em 1801 aprovaram a reorganização do Poder Judiciário federal que, entre outras providências: I – Reduziu o número de ministros da suprema corte, para evitar a nomeação pelo presidente recém-eleito. II – Criava-se 16 novos cargos para juízes federais, todos eles preenchidos por federalistas. Posteriormente, uma nova lei autorizou o presidente a nomear 42 juízes de paz, sendo assinado pelo senado na véspera da posse de Jefferson. John Adams assinou os atos de investidura e encarregou o seu Secretário de Estado, John Marshall, a entregá-los aos nomeados. Todavia, não houve tempo hábil para tanto e alguns nomeados não foram empossados. Com a posse de Jefferson, seu secretário de Estado, James Madison, recusou-se a entregá-las aos nomeados que não a haviam recebido. William Marbury, um dos indicados que não recebeu a nomeação, propôs ação judicial para ver reconhecido o seu direito ao cargo. A corte designou a sessão de 1802 para apreciar o caso. Acontece que o Congresso, agora com maioria republicana, veio revogar a lei de reorganização do Judiciário federal extinguindo os cargos que haviam sido ocupados e destituindo seus ocupantes. Para evitar questionamento perante à Suprema Corte, o Congresso suprimiu a sessão da Corte em 1802. Neste ambiente a suprema Corte se reuniu em 1803 para julgar o caso *Marbury v. Madison*. Trata-se do primeiro em que a Constituição afirmou o seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando a aplicação das leis que, de acordo com a sua interpretação, fossem inconstitucionais. Vale ressaltar que tal interpretação foi feita de forma implícita, haja vista que não havia determinado dispositivo na constituição da época, de modo que ocorre logicamente do sistema. No desenvolvimento de seu voto, Marshall dedicou a primeira parte à demonstração de que Marbury tinha direito à investidura no cargo. Na segunda parte, assentou que, se Marbury tinha o direito, necessariamente deveria haver um remédio jurídico para assegurá-lo. Na última parte, enfrentou duas questões distintas: se o *writ of mandamus* era a via própria e, em caso positivo, se a Suprema Corte poderia legitimamente concedê-lo. Respondendo afirmativamente à primeira questão, o *writ of mandamus* seria, portanto, ordem prática para determinado ato. Ao assumir a responsabilidade de expedir o writ, estava implícito no pensamento de Marshall que uma lei ordinária não poderia contrariar a Constituição, decorrente disso, então, nenhuma lei ordinária poderia outorgar novas funções à suprema Corte, haja vista que, constitucionalmente, estava delimitada a sua função. Assim, Marshall enunciou os três grandes fundamentos que justificam o controle de constitucionalidade: I – a supremacia da constituição, II – a nulidade da lei que contrarie a Constituição e III – o poder judiciário como intérprete final da constituição.

relevante para a decisão de um caso concreto, sendo o mesmo órgão judiciário da causa principal que deverá exercer o controle de constitucionalidade. Não há um procedimento constitucional especial para se analisar sobre a constitucionalidade de uma norma, sendo apenas um incidente (CAPPELLETTI, 1992, p. 103).

Ressalta-se, ademais, que por se tratar de mero incidente processual, a regra é que outras pessoas ou entidades, de uma forma geral, não participem do processo, visto que “inexiste no sistema americano uma modalidade de controle alheia ao conflito de interesse entre as partes. E, ainda que se admita a intervenção de determinadas autoridades no processo (...) traduz, tão somente, uma postura de terceiro interessado” (MENDES, 1990, p. 129), normalmente pelo *amicus curiae brief*, em que autoridades estaduais ou federais intervêm no processo expondo, por escrito, a sua opinião sobre a questão da constitucionalidade naquele caso concreto (CAPPELLETTI, 1992, p. 103-104).

Em relação aos efeitos do controle, tem-se que a lei, no caso concreto, julgada incompatível com a Constituição é absolutamente nula (CAPPELLETTI, 1992, p. 115), possuindo, portanto, efeitos *ex tunc*³, retroativos. Isso se dá pelo fato de que a inconstitucionalidade já existe no momento da confecção da norma, não havendo a produção de inconstitucionalidade, mas o reconhecimento e declaração da mesma, por ser pré-existente (CAPPELLETTI, 1992, p. 117). Isto, pois, os limites da atuação do Legislativo estão contidos no corpo constitucional, de modo que ao se confeccionar a norma incompatível com a Constituição, atuou-se com poder além do que lhe era garantido, de forma *ultra vires*.

Devido ao princípio do *stare decisis*, há à decisão proferida o caráter vinculante aos demais tribunais (KESSEN, 2007, p. 126), operando de tal modo que o julgamento de inconstitucionalidade da lei acaba indiretamente assumindo uma verdadeira eficácia *erga omnes* e não se limita a trazer o puro e simples efeito da não aplicação, de modo que passa a ser tomada como “lei morta” (CAPPELLETTI, 1992, p. 81). Devido a este princípio, acaba-se com dois problemas que, em tese, adviriam do modelo difuso de controle de constitucionalidade: o primeiro é o fato de que sempre que se quiser que uma determinada lei não seja aplicada a um determinado caso, não haja a necessidade de se ajuizar uma ação para que a lei seja considerada inconstitucional, o que oneraria em demasia o Poder Judiciário. O segundo problema é a possibilidade de divergência acerca da inconstitucionalidade de uma norma ante os vários juízes ou tribunais. Isso, pois como cada juiz tem o poder para não

³ Nesse caso, deve-se observar que em matérias cíveis e administrativas, a jurisprudência americana tem respeitado os efeitos consolidados da norma antes de declarada a sua inconstitucionalidade, com o escopo de evitar graves repercussões sobre a paz social, garantindo um mínimo de certeza e estabilidade das relações e situações jurídicas. Cf.: CAPPELLETTI, 1992, p.124.

aplicar uma norma, a opinião particular poderia divergir, e, conseqüentemente, a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, também. Assim, com o princípio do *stare decisis* há a tentativa de acabar com as divergências e, por conseguinte, oferecer segurança jurídica (CAPPELLETTI, 1992, p. 77-79).

Adverte-se que a “declaração de inconstitucionalidade pela Suprema Corte frequentemente tem o efeito de invalidar não apenas a lei questionada, mas também todas as outras leis semelhantes, independentemente de terem estado perante a Corte” (KESEN, 2007, p. 131).

Michael Rosenfeld (2009, p. 189-190) afirma que:

A jurisdição no Common Law envolve a criação de lei pelo judiciário, porque, ao decidir um litígio surgido de eventos pretéritos, o juiz consuetudinário anuncia (ou especifica melhor) uma regra ou padrão aplicável a eventos futuros. Em outras palavras, compreendido funcionalmente, o Estado de Direito é tanto uma fonte de direito quanto uma abordagem das leis já existentes ou em evolução; visto descritivamente, ele inclui no presente o *Common Law*, as leis legisladas e a constituição, e permeia tanto a criação do direito (sejam legislativas, administrativas ou judiciais) e a interpretação da lei, bem como a aplicação da lei.

Na estrutura jurídico-política americana, o Judiciário possui uma força muito grande em relação aos demais Poderes. Justamente por isso, devido ao caráter de profunda divisão na política americana, Rosenfeld (2009, p. 213 ss.) assinala que a necessidade de tomada de decisão do Poder Judiciário consubstanciado na fragmentação da sociedade, acaba moldando a identidade americana com as decisões políticas tomadas pela Suprema Corte.

1.2. Controle de constitucionalidade na Áustria

O modelo austríaco de controle de constitucionalidade vem regulado, na Constituição austríaca, nos arts. 137 a 148. Criado com a Constituição de 1920 e, posteriormente, modificado com a Emenda Constitucional de 7 de Dezembro de 1929 (MENDES; MARTINS, 2009, p. 02). O Tribunal Constitucional possui competência para julgar de forma abstrata e em via principal⁴ as normas sem adentrar no mérito da lide. Foi criado sob a influência Hans Kelsen (2007). Trata-se de um órgão autônomo, independente dos demais Poderes, sendo o critério para a sua formação de ordem política. É composto por quatorze membros efetivos e seis suplentes. A escolha é feita, alternadamente, pelos Poderes Executivo e Legislativo (MELO FILHO, 2010).

Afirma-se que:

⁴ Embora quando proposta pela Corte Administrativa e a Suprema Corte de Justiça o será de maneira incidental. Cf. CAPPELLETTI, 1992, p. 108.

Esse Tribunal Constitucional não seria propriamente um Tribunal judiciário, por não se aplicar um dispositivo de norma a fatos concretos, limitando-se a controlar abstratamente a compatibilidade de duas normas: uma superior, a Constituição, parâmetro; outra, inferior, a lei, objeto de controle; resultando a anulação desta, em caso de incompatibilidade (MELO FILHO, 2010).

O controle de constitucionalidade poderá ser por ação direta ou por consulta formulada por juízes (MELO FILHO, 2010). No que tange a esta, os juízes não possuem competência para analisar a constitucionalidade de uma norma, somente o Tribunal Constitucional. Portanto, o juízo *a quo* que tenha suscitado o incidente de inconstitucionalidade⁵, suspende o processo e o remete ao Tribunal Constitucional, que após julgado o incidente de constitucionalidade remete de volta ao juízo para que dê prosseguimento à ação (HORTA, 2003, p. 155). Ressalta-se, ainda, que as decisões do Tribunal Constitucional têm caráter vinculante aos demais juízes, possuindo, portanto, efeitos *erga omnes*.

Quanto à via direta, por sua vez, há três formas existentes: I – podem os governos provinciais direcionar à Corte a análise de constitucionalidade de norma federal, bem como o governo federal fazer o mesmo em relação às normas provinciais; II – podem também propor a ação de constitucionalidade um terço dos deputados do Conselho Nacional, em relação à lei federal, e a mesma fração dos deputados da *Dieta* de determinado *Land* em relação à lei provincial; III – podem também os indivíduos contestar a inconstitucionalidade de uma norma federal, alegando que determinada norma viole direito individual (FAVOREU, 2004, p. 48-49).

Outra forma interessante adotada na Áustria é o acesso de ofício pela Corte Constitucional, em que, sem ser provocada, a Corte examina a constitucionalidade de uma norma, conquanto “sirva de base para uma decisão e que existam dúvidas sobre a sua constitucionalidade” (FAVOREU, 2004, p. 48-49).

A “cassação de uma lei poderá ser total ou parcial” (MENDES, 1990, p. 135) e terá “efeito *ex nunc* (...), salvo se o Tribunal estabelecer prazo para a entrada em vigor da cassação” (MENDES, 1990, p. 135), caso assim o faça, não poderá ser por tempo superior a um ano (FAVOREU, 2004, p. 52), conforme o art. 140(5) da Constituição austríaca. A norma declarada inconstitucional assim o é através um ato constitutivo do Tribunal Constitucional (CAPPELLETTI, 1992, p. 117), com os efeitos daquele ponto em diante, abrangendo aos demais processos que ainda não foram julgados. Ao optar por tal efeito, prioriza-se a segurança jurídica (MELO FILHO, 2010).

⁵ São legitimados somente os juízes da Corte Administrativa e da Suprema Corte de Justiça (FAVOREU, 2004, p. 48-49).

Vale explicar que, diferentemente do modelo americano, no modelo austríaco a norma é considerada anulável, vez que a lei é considerada válida até que decisão posterior denuncie a sua inconstitucionalidade. “Como consequência a decisão que a reconhecesse teria natureza *constitutiva negativa* e produziria apenas efeitos *ex nunc*, sem retroagir ao momento de nascimento da lei” (BARROSO, 2009, p. 19). Ademais, por não poder ser considerada inconstitucional por qualquer juiz, ele deve aplicar a norma enquanto não for decretada a sua inconstitucionalidade, devido à presunção de legalidade de que a norma dispõe (CAPPELLETTI, 1992, p. 85).

1.3. Controle de constitucionalidade na Alemanha

A Lei Fundamental da Alemanha prevê os sistemas de controle de constitucionalidade concreto, art. 100; e abstrato, art. 93, ambos realizado pelo Tribunal Constitucional Federal. A sua composição, de acordo com o art. 94, será de juízes federais e outros juristas eleitos pelo parlamento federal e pelo conselho federal.

Entre os princípios que norteiam a jurisdição constitucional alemã, Gilmar Mendes (1990) discorre sobre alguns, merecendo destacar o princípio do pedido, pelo qual o referido Tribunal só atua “mediante requerimento escrito e fundamentado” (p. 144), destaca, também, a possibilidade de indeferimento dos pedidos, que “não precisam ser fundamentadas” (p. 144). O princípio da livre investigação assegura que o Tribunal poderá agir positivamente no sentido de produzir as provas que achar necessário, adstrito à causa de pedir da ação, por isso, “não raras vezes, o Tribunal ausculta especialistas, representantes de associações, sindicatos, universidades, igrejas etc., convertendo o procedimento oral em um debate público com as forças políticas mais expressivas” (p. 147). No modelo alemão, o controle abstrato não será interrompido em caso de desistência do pedido, haja vista a presença do interesse público na causa. Deve-se ressaltar, ainda, que, no que tange às partes, os processos ante o Tribunal Constitucional federal são “unilaterais, não existindo, portanto, parte contrária” (p. 145).

A Competência do Tribunal Constitucional Federal vem delineada no art. 93 da Lei fundamental e percebe-se que se trata de competência ampla, a qual transcende às causas relativas à jurisdição constitucional.

De acordo com o art. 98(I) da Lei Fundamental, tal como ocorre no modelo Austríaco, quando um juiz se deparar ante um caso de inconstitucionalidade, suspenderá o processo e o mandará ao Tribunal Constitucional Federal para que se posicione sobre a inconstitucionalidade do ato questionado. Em síntese, todos os juízes podem aferir a

inconstitucionalidade das leis, todavia, somente o Tribunal Constitucional Federal poderá declará-la.

Já no que tange ao controle abstrato das normas, a Lei Fundamental, art. 93(I) n.2, confere capacidade para a petição do Governo Federal, Governo Estadual ou um terço dos membros do parlamento. Para a instauração de tal ação exige-se a controvérsia sobre a compatibilidade da lei federal ou estadual com a Constituição ou com a legislação federal.

De acordo com Gilmar Mendes (1990, p. 156),

A distinção entre os controles abstratos e concretos assenta-se, dessarte, na causa do processo ou no pressuposto de admissibilidade (...). Enquanto o recurso constitucional (...) pressupõe lesão a direito do impetrante, e o controle concreto exige a relevância da questão constitucional para o caso do qual se originou, o controle abstrato parece desvinculado de uma situação subjetiva ou de qualquer outro evento do cotidiano (...), afigurando-se suficiente o interesse jurídico de defesa da ordem constitucional.

Qualquer ato normativo poderá ter a sua constitucionalidade questionada perante o Tribunal Constitucional Federal (MENDES, 1990, p. 159). Ressalta-se que poderá haver a decretação de inconstitucionalidade de lei anterior à promulgação da Constituição (MENDES, 1990, p. 160-161), a chamada inconstitucionalidade superveniente. Não há que se falar, no modelo tedesco, em controle de constitucionalidade antes da vigência da norma, não havendo, portanto, controle de constitucionalidade preventivo (MENDES, 1990, p. 161).

Assim como no modelo austríaco, a eficácia da decisão também é *erga omnes* e com seus efeitos *ex nunc*, tal qual no modelo austríaco. A decisão tem força de lei e vincula todos os “órgãos da União e dos Estados, bem como todos os tribunais e autoridades” (MENDES, 1990, p. 165).

Nota-se, ainda, que o modelo alemão é bastante rico em técnicas para a modulação dos efeitos temporais da inconstitucionalidade da norma, no escopo de postergar as consequências jurídicas da anulação, se conveniente for ao caso concreto. São os casos da interpretação conforme a Constituição, declaração de inconstitucionalidade sem anulação e a anulação deferida (FAVOREU, 2004, p. 71-72).

O modelo alemão, como ponto positivo, contribui para a “segurança jurídica quando infirma a existência de inconstitucionalidade escapando dúvidas sobre a higidez da situação jurídica” (MENDES, 2004, p. 53). Como ponto negativo, por sua vez, revela-se o seu caráter político, que a oposição parlamentar o utiliza para prolongar o sistema legislativo (MENDES, 1990, p. 157), sem a devida necessidade.

1.4. Controle de constitucionalidade na França

O controle de constitucionalidade francês possui uma série de peculiaridades advindas de razões históricas⁶. Diferentemente dos países acima mencionados, na França o controle de constitucionalidade é feito pelo Conselho Constitucional, o qual é constitucionalmente disciplinado bem como tem as delimitações delineadas na Constituição Francesa de 1958 nos arts. 56 a 63. De um modo geral, “os constituintes franceses de 1958 optaram pelo sistema concentrado e abstrato, porém preventivo” (GOMES, 2003, p. 97). De acordo com a classificação de José Afonso da Silva (2005, p. 49), trata-se de um controle político.

De acordo com o art. 56 da Constituição Francesa, o conselho constitucional será composto por nove membros, cujo mandato tem duração de nove anos, vedada a recondução ao cargo. Serão três indicados pelo Presidente da República, três pelo presidente da Assembleia Nacional e três pelo presidente do Senado, intercaladamente, a cada três anos. Outra peculiaridade que se põe é que ex-presidentes também poderão fazer parte do Conselho Constitucional, como membro vitalício. O presidente do Conselho Constitucional será nomeado pelo Presidente, entre os três membros por ele indicados (GOMES, 2003, p. 95).

Nem toda norma no sistema francês passará pelo crivo do controle de constitucionalidade, de modo que será obrigatório quando se tratar de leis orgânicas e regulamentos internos; e facultativo quando se tratar de leis complementares, cuja iniciativa será da autoridade constitucionalmente legitimada, conforme o art. 61 (GOMES, 2003, p. 103-106).

Serão imunes ao controle de constitucionalidade as leis referendadas, as emendas constitucionais (BONAVIDES, 2004, p. 214-242) e os atos normativos editados pelo executivo em razão de delegação legislativa, outorgada pelo parlamento, caso em que só passará pelo controle de constitucionalidade quando voltar ao congresso e for transformada em lei (GOMES, 2003, p. 106-107).

⁶ Sobre este assunto, José Melo de Aurino Filho (2010), ensina que “Os excessos dos juízes no período pré-revolucionário causaram grande desconfiança dos franceses em relação ao Judiciário. A soberania do parlamento simbolizava a força da vontade do povo, que definia suas próprias leis, não cabendo ao Judiciário a apreciação da vontade popular.” Assim, “A revolução criou, desenvolveu e prolongou no tempo a ‘desconfiança’ pelo Judiciário” Portanto, “o período revolucionário legou dois dados fundamentais para situar negativamente, na França, o problema do controle das constitucionalidade das leis: a diminuição institucional do Poder Judiciário e a idéia da soberania da lei. Essas circunstâncias históricas criaram um movimento contrário ao controle de constitucionalidade, o qual, porém, sendo expressão do constitucionalismo, e marcando a evolução da proteção aos direitos fundamentais, tão defendidos na Revolução, não poderia ser evitado. A França acabou por adotar uma forma de controle de constitucionalidade, adaptando-a a suas peculiaridades. Afastou-se, de logo, a possibilidade de controle realizado pelo Judiciário [criando]o Conselho Constitucional, diverso do Poder Judiciário, com atribuição precípua de analisar a constitucionalidade das leis.”

Ainda de acordo com o art. 61, também pode ocorrer o controle em face de um ato normativo já votado e aprovado, todavia não promulgado; período em que fica suspenso o prazo para a promulgação da lei.

O Conselho Constitucional além de exercer a função de guardião da Constituição, possui, também, atribuições não jurisdicionais: é ele o responsável por fiscalizar a regularidade jurídica do *referendum*, art. 60; a regularidade das eleições presidenciais e parlamentares, art. 58 e 59; e será o responsável a autorizar o Presidente da República, em tempos de crise, a fazer uso dos poderes contidos no art. 16.

Na França, com o advento de um julgamento de 16 de Julho de 1971 (GOMES, 2003, p. 100), foi aberto o precedente para que o controle de constitucionalidade fosse feito não somente pelos 92 artigos da Constituição, mas pelo chamado “bloco de constitucionalidade.” Este albergava, também, o preâmbulo da Constituição, que remetia à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789; ao preâmbulo da Constituição de 1946, fonte de quase todos os direitos individuais e sociais do país; e aos direitos e deveres instituídos na Carta do Meio Ambiente de 2003. Portanto, percebe-se que com o “bloco de constitucionalidade” foi consideravelmente ampliado o controle de constitucionalidade francês.

Joaquim Barbosa (2003) traça alguns pontos positivos do sistema de controle de constitucionalidade francês que merecem destaque: I – por se tratar de uma forma de controle preventivo, “aborta-se a inconstitucionalidade no nascedouro, impedindo que a lei inconstitucional produza seus efeitos” (p. 98); II – “não permite a instauração da incerteza e insegurança jurídica” (p. 99). Por outro lado, como pontos negativos, tem-se a grande I – “influência política” (p. 98); a II – “própria eficácia do sistema preventivo em si” (p. 98), pois, por estar “condicionado à observância de prazos e dependente de iniciativas de autoridades políticas, é grande o risco de leis importantes e constitucionalmente duvidosas serem promulgadas sem que um dos titulares do direito de ação tome a iniciativa de questioná-las” (p. 98); III – “o cidadão é inteiramente excluído do sistema de controle da constitucionalidade das leis, para o qual se prevê uma legitimação de natureza oficial” (p. 99), seja porque “os juízes ordinários franceses não têm poder de afastar a aplicação de uma lei ao caso do concreto por considerá-la inconstitucional” (p. 99), seja porque “uma vez declarada a compatibilidade da lei com o texto constitucional ou mesmo ultrapassado *in albis* o prazo para se desencadear o processo de controle, a lei torna-se ato legislativo irreversível” (p. 99), de modo que “nasce a impossibilidade jurídica da declaração, no bojo de um processo entre partes, da sua irreconciliabilidade com a lei maior” (p. 99); IV – finalizando, acrescenta:

mesmo aquelas leis que passam pelo crivo da jurisdição constitucional podem no futuro vir a apresentar sintomas de inconstitucionalidade, seja por se tratar de inconstitucionalidade que era meramente virtual ao tempo da verificação abstrata da constitucionalidade e se concretizou no momento da aplicação concreta da lei, seja por força do fenômeno da mutação constitucional. Por outro lado, a inconstitucionalidade pode advir de modificação ulterior do próprio texto da constituição (p. 99).

Por fim, deve-se destacar que o Poder Judiciário não detém competência para o controle abstrato ou difuso, de constitucionalidade na França, sendo competente exclusivamente o Conselho Constitucional, órgão político não vinculado ao Executivo, Legislativo ou Judiciário.

1.5. Controle de constitucionalidade no Canadá

O Canadá foi a primeira experiência de adoção do modelo dialógico de jurisdição constitucional⁷, pela Carta Canadense de Direitos e Liberdades, que formou a primeira parte da Constituição de 1982.

A Carta foi essencial para que o Canadá pudesse se ver desvinculado da legislação inglesa, negociado pelo primeiro ministro Pierre Trudeau, o qual almejava uma Constituição assemelhada ao modelo americano. Todavia, devido à tradição de governo parlamentar canadense, vários primeiros ministros provinciais se opuseram ao modelo original de Trudeau. Em sendo assim,

A principal solução conciliatória, alcançada na última hora, foi a inserção na Carta da cláusula “não obstante” da Seção 33 [...]. Essa cláusula capacitava os parlamentos provinciais e o federal a anular, por maioria simples, os direitos contidos na Carta por um período renovável de 5 anos (GARDBAUM, 2009, p. 176).

Dessa forma, a Seção 33 teve a função de conciliar a soberania parlamentar com o modelo americano de jurisdição constitucional, possuindo o parlamento um poder especial em relação ao judiciário (GARDBAUM, 2009, p. 176).

Nessa solução conciliatória, deve-se destacar que o corpo da Constituição canadense de 1982 se assemelha com a Constituição americana nos seguintes pontos: trata-se de lei suprema, em que qualquer outra lei com ela divergente não deverá prosperar; é uma carta petrificada, de modo que necessita de disposições diferenciadas para a sua modificação no que se refere às Seções 38 a 49 da Carta; é concedido aos tribunais o poder de exercer o *judicial review*. Todavia, a Seção 33, e é nesse ponto a solução conciliatória, rejeita

⁷ Modelo adotado pelos países de tradição da supremacia legislativa em que, com a expansão da proteção aos direitos humanos no pós Segunda Guerra, adotou-se um modelo em que há a conjugação dos poderes legislativo e judiciário para a interpretação da norma, na tentativa de estabelecer o equilíbrio e harmonia entre os poderes. Cf. BATEUP, 2006; GARDBAUM, 2009; SILVA, *et. al.*, 2010.

exatamente a solução final adotada pelos americanos e confia ao Parlamento o poder de reverter a decisão do Poder Judiciário. Assim dispõe a Seção 33:

O parlamento ou o legislativo de uma província pode expressamente declarar em uma lei do parlamento ou do legislativo, conforme o caso, que uma lei ou uma sua disposição deve vigorar não obstante uma disposição incluída na Seção 2 ou nas Seções 7 a 15 desta Carta⁸.

Dessa forma, a oposição que só concordaria com a constitucionalização dos direitos fundamentais caso houvesse o “elemento básico da soberania parlamentar que garante aos legislativos (mais que aos tribunais) o poder máximo para determinar que a promulgação é ou não direito nacional” (GARDBAUM, 2009, p. 178), teve suas aspirações conquistadas, ao mesmo passo em que cabia ao Poder Judiciário a declaração formal de inconstitucionalidade.

Nesse ponto, inicia-se um verdadeiro diálogo institucional, entre os tribunais e os legislativos, substituindo, assim, o “monólogo judicial do modelo norte-americano. Freios e contrapesos seriam importados para a própria função de proteção dos direitos” (GARDBAUM, 2009, p. 179).

Por fim, deve-se destacar que somente uma vez foi utilizada a cláusula não-obstante (GARDBAUM, 2009, p. 182), o que se nota, na prática, é que a tentativa canadense de fortalecer um diálogo institucional e democrático acerca da constitucionalidade de uma norma, não teve tanto sucesso, de modo que o legislativo apenas acata a declaração de inconstitucionalidade de uma norma por parte do poder judiciário.

Debatido sucintamente os modelos existentes de controle de constitucionalidade, a segunda parte do presente trabalho pretende discutir os pressupostos e limites adotados para a jurisdição constitucional, tanto versar sobre o ferrenho debate intelectual existente no Entre – Guerras sobre quem deveria ser o guardião da Constituição, proporcionado por Hans Kelsen e Carl Schmitt e que tem grande influência nas discussões dos dias atuais; quanto a discussão entre Habermas e Dworkin, sobre os limites da Democracia num Estado de Direito e, consequentemente, qual será a função de um Tribunal Constitucional ao decretar uma norma como inconstitucional.

2. O EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Para o exercício do controle de constitucionalidade, há a necessidade órgão competente para a verificação de compatibilidade entre a Constituição e os demais atos

⁸ No original: “Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or section 7 to 15 of this Charter”.

estatais. A natureza desse órgão, todavia, é diferente em cada país: podendo ser político, jurídico ou misto.

O fato é que atribuir a um poder a competência de guardião da Constituição, acaba por lhe sobrepor ante aos demais Poderes do Estado. Afinal, acaba submetendo a norma criadora do Estado a um órgão por ela criado e que lhe deve obediência, visto que é ela a delimitadora de suas ações.

Após a Segunda Guerra Mundial, a maior parte dos países adotou a competência de uma Corte Constitucional para o julgamento da constitucionalidade das normas. Fenômeno que se cruza com o afloramento da constitucionalização dos Direitos Humanos, cabendo, portanto, a tal Corte julgar a constitucionalidade de uma norma em acordo com os direitos fundamentais. Em assim sendo, nota-se a proeminência do Poder Judiciário ante aos demais poderes.

Concentrado ou difuso, a ligação do controle de constitucionalidade ao tribunal, dando-lhe relevância ante aos demais poderes, acabará por esbarrar na legitimidade para declarar a norma como inconstitucional. O fato de não serem democraticamente eleitos para a Corte Constitucional e, dentro de certos limites, legislarem I – seja ao declarar uma norma como inconstitucional e a referida declaração ter efeito vinculante aos demais tribunais; II – seja ao proferir uma decisão obrigando o poder público a tomar uma ação positiva ante a um determinado caso, acaba fazendo com que tenha a sua legitimidade democrática questionada.

Todavia, onde perdem em legitimidade democrática por votos, ganham em argumentação plausível e conforme a Constituição. Baseiam-se, por isso, em argumentos de ordem normativa (PASQUINO, FERREJOHN, 2009, p. 42), merecendo destaque, ainda, sua fundamentação e publicidade, para estarem de acordos com os princípios democráticos ocidentais.

Ocorre que a construção de um sistema de controle de constitucionalidade tal qual ocorre nos tempos hodiernos, é fruto de uma escolha política dos limites da democracia e da Constituição e de um embate ideológico muito constante no Entre - Guerras. Portanto, fruto de um contexto político e ideológico.

Explica-se: o motivo pelo qual tem grande relevância o poder de “legislar” e de, ao declarar a inconstitucionalidade de uma norma, afirmar estar em desacordo com o cerne da Constituição, é decorrente de uma visão de democracia que não se limita aos aspectos formais de democracia, tampouco ao sentido matemático da maioria em detrimento da minoria. Democrático, portanto, em consonância com o Estado de Direito está ligado aos Direitos Humanos. Trata-se da aplicação das normas em consonância com a Constituição, respeitando

o procedimento democrático, ao mesmo passo em que as maiorias respeitam os direitos das minorias, não lhes impondo a sua vontade. Noutras palavras, o direito de liberdade de um indivíduo esbarra-se no direito constitucionalmente garantido ao outro. Portanto, em uma visão simplista, pode-se levar ao engano de pensar que a maioria tem a sua vontade tolhida, o que é antidemocrático. Todavia, a intenção do Estado de Direito é garantir o exercício de liberdade das maiorias e minorias, necessitando de uma ação positiva quando ambas colidirem. É essa, portanto, uma das funções do Estado: garantir a liberdade da maioria e da minoria, o que acaba em, havendo confronto, ter que optar pelo meio termo ou um tolhimento plausível.

Soma-se a isso o fato de que o órgão responsável pelo controle de constitucionalidade, frisa-se, não é idêntico em todos os países: Schmitt advoga que o Presidente do Reich deva ser o guardião da Constituição; nos EUA, a prática é que a Constituição seja guardada pelo judiciário; no Canadá, a supremacia parlamentar acabava o colocando em posição superior aos demais poderes. Assim, portanto, cada país, por escolha política, define o órgão que será o guardião da Constituição.

2.1. O debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen

No entreguerras houve um intenso debate teórico entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre quem deveria ser o guardião da Constituição. O contexto à época era marcado por uma enorme depressão econômica associada a uma grande tensão política, culminando com a ascensão dos regimes totalitários. Merecem destaque, mas não esgotam o tema, o fascismo italiano e o nazismo alemão.

Mais especificamente na Alemanha, diante desse contexto de tensão aflorada, dá-se início, com a ascensão nazista ao poder, ao Terceiro Reich, que durará de 1933 a 1945. Apoderam-se do regime, justamente com o fito de acabar com a desordem econômica e política, além de tentar recuperar o orgulho alemão, que fora abalado com a derrota da Primeira Guerra Mundial.

É importante ressaltar que, embora se trate obviamente de regime ditatorial, a Alemanha Nazista não modificou a Constituição do período anterior, a Constituição de Weimar (período entre 1925 e 1933). Para se manter num arcabouço de legalidade, Hitler utilizou um preceito do art. 48 da Constituição de Weimar, que garantia amplos poderes na hipótese de ameaça à ordem pública e à segurança do Reich. Portanto, tratava-se de um verdadeiro Estado de Exceção, que garantia a legalidade, em sentido estrito, ao governo nazista sem ser necessária a confecção de uma nova Constituição.

2.1.1. Carl Schmitt

A teoria jurídica de Carl Schmitt está adstrita ao contexto histórico da República de Weimar, de modo que tentar transportá-la aos dias de hoje, torna-a simplista não sendo possível transpor os seus pressupostos teóricos aos dias atuais. Sua teoria constitucional está bastante ligada à sua teoria política, a bem da verdade, está subordinada a esta (MAIA, 2007, p. 144-238). A sua teoria política, por outro lado, está ligada à distinção de amigo *versus* inimigo. Em assim sendo, pode-se deduzir que o guardião da Constituição deve estar apto a manter a unidade política (amigo) através de seu poder de decisão.

Carl Schmitt acredita ser possível apontar quatro conceitos de constituição: absoluto, relativo, positivo e ideal⁹, sendo o positivo usado em sua teoria. Assim, a Constituição é uma decisão política sobre a forma de organização social e política de determinada comunidade (MARTINS, 1996, p. 77). Mais que isso, “a Constituição só é válida [...] quando proveniente de um poder constituinte e estabelecida por sua vontade. A unidade e a ordenação de uma Constituição residem na existência da unidade política de um povo, ou seja, do Estado” (BERCOVICI, 2003, p. 196). Portanto, percebe-se que a Constituição deve ser proveniente de um ato de poder constituinte “que, por um único momento de decisão, contém a totalidade da unidade política” (SCHMITT, 2001, p. 20-22; BERCOVICI, p. 2003, p. 196), falando-se, portanto, em uma decisão política fundamental. Dessa maneira, ainda, não se vê, no conceito de Constituição para Schmitt, um limitador ao poder estatal (SCHMITT, 2001, p. 50).

Sobre o caráter eminentemente político da Constituição, é importante notar que, na Constituição de Weimar, Schmitt percebia duas partes: a primeira fundada em decisões que davam forma ao *Reich*, como sistema político da democracia. A segunda parte, denominada de normas constitucionais, por sua vez, frequentemente criticada pelo autor, previa os direitos e deveres fundamentais dos alemães, que, para Schmitt, não tinha caráter político, mas, meramente, compromissos dilatatórios, e “povoada de ‘valores’ dos mais diversos matizes ideológicos, uma vez que a Constituição tinha que atender aos vários partidos que tinham

⁹ O conceito absoluto possui dois entendimentos: o primeiro diz respeito à constituição entendida como “concreta situação de conjunto” de uma determinada unidade política e social, aqui a constituição confunde-se com o próprio modo de ser (a existência mesma) da comunidade concreta. O segundo significado diz respeito à tese que põe a constituição como “lei fundamental” de cuja existência dependem todas as demais normas jurídicas que integrem a vida do Estado, bem como o próprio Estado. O conceito relativo é o que caracteriza a constituição apenas por seu aspecto formal, ou seja, é constituição todo o conjunto de leis cuja supressão ou mesmo alteração dependam de uma maioria qualificada no parlamento, dificultando assim a sua reforma. A constituição em seu sentido ideal diz respeito a um modelo ideal do que seja ou deva ser uma constituição, respondendo, assim, a um determinado modelo abstrato de constituição. Por fim, no conceito positivo de constituição é a decisão quanto ao modo e à forma de existência de uma determinada comunidade ou unidade política. (MARTINS, 1996, p. 76; MAIA, 2007, p. 189-206; SCHMITT, 2001, p. 33 ss.).

representação na Assembleia Constituinte de Weimar (1919)” (MAIA, 2007, p. 198). Dessa forma, tão somente a primeira parte tem caráter constitucional, visto que possui caráter decisório.

Acerca da democracia concebida por Schmitt, vale ressaltar que possui um caráter identitário, de modo a fortalecer a unidade política de uma determinada sociedade, com pouca recepção ao outro, conseqüentemente, ao pluralismo. Ousamos a dizer que se trata de uma visão autoritária de democracia.

Para o autor, guardar a Constituição, significa a um só tempo “(i) mitigar a força do *rechtsstaatlich*, que limita consideravelmente a decisão política fundamental, e (ii) reforçar o elemento político que já existe na República de Weimar, a democracia” (MAIA, 2007, p. 206).

Decorrente do conceito positivo de Constituição da teoria schmittiana, enxerga-se a diferença, para reforçar a lógica de sua doutrina, entre Constituição e leis constitucionais, conforme já mencionado. A Constituição é a expressão política tomada pelo poder constituinte, enquanto as leis constitucionais têm validade decorrente da decisão política existente na Constituição. Vale dizer, sua validade repousa no arcabouço político da Constituição. “A noção de Lei Constitucional é formulada por Schmitt para designar uma anomalia liberal, contra a qual ele se confronta polemicamente” (MAIA, 2007, p. 193).

Antes de chegar à conclusão de quem deve ser o guardião da Constituição, Schmitt se preocupa em desqualificar os outros dois poderes, como possíveis guardiões da Constituição.

Schmitt é um grande crítico aos partidos políticos, pautado na lógica pluralista, visto que por estarem contidos numa estrutura de rigidez institucional, acabariam por fazer o papel do Estado no que tange à proteção dos cidadãos, bem como na prestação dos serviços prestados. Em outras palavras, os partidos acabariam por fragmentar a sociedade em pequenos grupos, extirpando o caráter político. Assim, a lealdade do indivíduo não seria ao Estado, mas ao intermediário dessa relação, o partido. Não se pode olvidar, também, que pelo caráter de “micro-Estado” dos partidos políticos e a sua natural inclinação por determinados ramos da sociedade, como a economia, cultura, etc., acabaria por modificar o caráter neutro do Estado, obrigando-o a intervir positivamente (MAIA, 2007, p. 116).

Assim, o pluralismo acabaria por se demonstrar totalitário “primeiro porque anula todas as delimitações do político, depois porque transfere o monopólio da política do Estado aos partidos” (KERVEGÁN, 2006, *apud* MAIA, 2007, p. 222), de modo que o pluralismo é

não democrático, impedindo a identidade entre governante e governado (MAIA, 2007, p. 116).

Assim,

A essência democrática, que repousa sobre a identidade entre lei e vontade geral, sobre a identidade governante/governados, tem por substância a igualdade, não a liberdade. Mas a igualdade só é possível numa comunidade homogênea, em que o governo forte "expressa plenamente o poder político impedindo qualquer ameaça estrangeira à sua homogeneidade" (DYMETMAN, 2001, p. 115-134).

Por todos os pontos acima demonstrados, Carl Schmitt acredita ser negativa a assertiva de que o Parlamento deva ser o guardião da Constituição, pois "não há nenhuma força política capaz de se colocar acima das forças sociais que se digladiam no Parlamento" (BERCOVICI, 2003, p. 196).

Não acreditava, também, que o guardião da Constituição poderia ser o Judiciário, pois não tinha o poder de decretar uma norma nula, de acordo com a Constituição de Weimar. Logo, não havia a proteção à Constituição, mas a obediência a um de seus preceitos. Ademais, a averiguação da norma como constitucional não seria o suficiente para fazer frente ao pluralismo político, não conseguindo, também, gerar identidade entre governante e governado (MAIA, 2007, p. 224).

Como dito, a Constituição, para Schmitt, tem uma conotação fortemente política. Mais que isso, o caráter político se sobressai ao jurídico. Assim, o guardião da Constituição deveria ser um órgão capaz de manter o caráter político da Constituição de Weimar, notadamente, a democracia.

Schmitt acredita, então, ser o presidente do Reich o guardião da Constituição. Obviamente que não se trata de uma argumentação por exclusão aos demais poderes. Pelo contrário, trata-se do fechamento de uma cadeia de ideias extremamente coerentes, que passa desde o caráter autoritário de Constituição coadunando na sua ideia de democracia plebiscitária.

Num primeiro ponto, deve-se ressaltar o fato de que o Presidente do Reich possuía o poder neutro. Tal poder lhe conferia uma série de prerrogativas e independência perante o parlamento, tal como, conforme o art. 73 WRV, submeter a *referendum* lei aprovada pelo *reichstag*. A bem da verdade, o art. 73 WRV é uma grande prerrogativa ao presidente do Reich, visto que, para Schmitt, a ligação da democracia com o parlamentarismo não é uma ligação necessária. O plebiscito, portanto, conferido ao presidente do Reich, será a chave para manter o caráter político defendido na Constituição do Reich – democracia, sem necessariamente haver a presença do parlamento, desfigurado pelo pluralismo. Será a figura

plebiscitária, ademais, que garantirá ao presidente “conduzir a política independentemente dos partidos” (BERCOVICI, 2003, p. 197).

Assim, pautado no art. 41 WRV, Schmitt verá que o povo que escolhe o presidente do Reich e encontra nisso uma decisão política fundamenta que será contraposta à pluralidade do parlamento (BERCOVICI, 2003, p. 197). “Ora, se Constituição para ele é a decisão do poder constituinte do povo que dá forma a uma totalidade política, nada mais justo que o presidente do Reich, que é eleito pelo povo, proteja a Constituição” (MAIA, 2007, p. 234-235). O presidente do Reich, ademais, terá a legitimidade para fazer a distinção entre amigo e inimigo, pressuposto da democracia identitária schmittiana.

Por fim, merece destaque as palavras de Schmitt (2001, p. 233-234) em síntese a todo o seu pensamento:

O fato de o presidente do Reich ser o guardião da Constituição corresponde, porém, apenas também ao princípio democrático, sobre o qual se baseia a Constituição de Weimar. O presidente do Reich é eleito pela totalidade do povo alemão e seus poderes políticos perante as instâncias legislativas (especialmente dissolução do parlamento do Reich e instituição de plebiscito) são, pela natureza dos fatos, apenas um “apelo ao povo”. Por tornar o presidente do Reich o centro de um sistema de instituições e poderes plebiscitários, assim como político partidariamente neutro, a vigente Constituição do Reich procura tornar, justamente a partir dos princípios democráticos, um contrapelo ao pluralismo dos grupos sociais e econômicos de poder e defender a unidade do povo como uma totalidade política. (...). Em todo caso, a Constituição de Weimar empreende a tentativa de maneira muito consciente, mais precisamente com meios especificamente democráticos. Ela pressupõe todo o povo alemão como uma unidade capaz de ação direta, não mediada só por organizações sociais em grupos, que pode expressar sua vontade e que, no momento da decisão, despreza as divisões pluralistas, possa se exprimir e se fazer respeitar. A constituição busca, em especial, dar à autoridade do presidente do Reich a possibilidade de se unir diretamente a essa vontade política da totalidade do povo alemão e agir, por meio disso, como guardião e defensor da unidade e totalidade constitucionais do povo alemão. A esperança de sucesso de tal tentativa é a base sobre a qual se fundam a existência e a continuidade do atual Estado alemão.

Ficando patente, assim, o raciocínio de Schmitt, de modo que passamos agora ao estudo de Kelsen.

2.1.2. Hans Kelsen

Kelsen (2007, p. 130-131; 1998, p. 247; 2005, p. 161-165) vê na Constituição uma norma capaz de escalonar todas as demais normas do sistema jurídico, dando-lhe unidade. Assim a Constituição é o fundamento do Estado (2007, p. 130), capaz de exprimir o equilíbrio das forças políticas no momento considerado (2007, p. 130).

De acordo com o autor, a Constituição é a base de todas as normas produzidas (2007, p. 131). Ela limita e garante não somente a forma de sua criação, mas também o conteúdo da mesma (2007, p. 131). Portanto, já se nota a diferença entre constituição formal e constituição

material. “Esta significa a norma positiva ou a normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais” (1998, p. 247). Já a formal é meramente “um documento designado Constituição” (1998, p. 247). A constituição, para a compreensão do estudo de Kelsen (2005, p. 182), deve ser vista do ponto de vista material. Não obstante, a forma de confecção da Constituição exige uma maneira mais elaborada e complexa do que outra lei usual.

É sob este conceito de Constituição que se fundamenta o controle de constitucionalidade para Kelsen (LEAL, 2010), pois, em caso de conflito entre ambas as normas, a norma hierarquicamente superior derrogará a norma inferior (KELSEN, 1998, p. 228-231; 2005, p. 232-233).

Desse modo, percebe-se que, para Kelsen, o controle de constitucionalidade se fundamenta na preservação da constituição. Mais que isso, fundamenta-se na manutenção do Estado de Direito (*Rechtsstaat*) (MAIA, 2007, p. 341).

Caso não seja respeitada a hierarquia entre as normas, na visão de Kelsen (2007, p. 132), surge o fenômeno da inconstitucionalidade, a qual pode ser formal, quando desrespeitada a forma de sua confecção; ou material, quando tiver conteúdo divergente com o disposto na Constituição.

Para Kelsen, a importância do controle de constitucionalidade se dá tanto por pressupostos teóricos, como jurídico-políticas. Às primeiras, é o arcabouço que dá sustentação à sua teoria do escalonamento das normas, como demonstrado. Às razões jurídico-políticas, sustenta-se a ideia da Constituição como limite, que é um marco do constitucionalismo moderno, por não ter havido no regime constitucional monarca (BAHIA, 2004, p. 93). Sustenta-se na ideia de que não pode ser tão somente o legislador o criador do direito, visto que o juiz, ao aplicar, também o cria ao caso concreto (KELSEN, 2007, p. 251-252). Nesse ponto, chega a afirmar que uma Constituição, sem a anulabilidade das normas com ela incompatíveis, equivaleria a “anseio sem força obrigatória” (KELSEN, 2007, p. 178-179).

Dessa forma, seriam quatro as maneiras de se fazer o controle de constitucionalidade (2007, p. 139 e ss.): preventiva, repressiva, pessoais ou objetivas. I – As primeiras, para o autor, tendem a impedir que o ato seja produzido; II – já a repressiva, após a sua confecção, tende a impedir que produza efeitos no futuro, reparar o dano causado e substituí-lo por ato regular. III – As garantias objetivas referem-se à nulidade ou à anulabilidade de uma norma. É nulo o ato que não goza de qualquer suporte jurídico, não sendo necessário, para retirá-lo de cena, outro ato jurídico, de modo que qualquer pessoa ou juiz pode não aplicá-lo ao caso concreto, o que garante tal característica ao controle difuso de constitucionalidade; é anulável,

por sua vez, quando o ordenamento jurídico reserva a certas instâncias a competência para analisar e decretar a inconstitucionalidade de uma norma. Vale ressaltar, que a anulação de uma norma, pela lógica jurídica, poderá produzir efeitos tanto *ex tunc*, quanto *ex nunc*. Todavia, por questões de segurança jurídica, é conveniente que produza efeitos *ex nunc*. Por fim, IV – as garantias pessoais referem-se às garantias da responsabilização pessoal do órgão que aplicou a lei. Em relação a todas as garantias apresentadas, Kelsen (2007, p. 148) afirma que a “anulação do ato inconstitucional é a que representa a principal e mais eficaz garantia da Constituição”.

Kelsen (2007, p. 150) passa, num segundo momento, a discorrer sobre quem deveria ser o órgão responsável por anular os atos em desconformidade com a Constituição. Acredita não ser o Parlamento, visto que “seria ingenuidade política contar que ele [parlamento] anularia um ato votado por ele próprio pelo fato de outra instância a ter declarado inconstitucional”. Por outro lado, Kelsen negava aos juízes a possibilidade de realizar esse controle, pois seria dar muito poder aos magistrados. Kelsen, então, defende a ideia de um órgão autônomo, com a tarefa exclusiva de realizar o controle de constitucionalidade: um Tribunal Constitucional.

Portanto, faz-se a necessidade de um órgão independente, não vinculado a qualquer outro poder, criado diretamente da Constituição, que tivesse o poder de anular as normas incompatíveis com o sistema constitucional. Os seus membros, de acordo com Kelsen (2007, p. 154), deveriam ser nomeados pelo Legislativo, após indicação pelo Executivo, havendo grande importância da presença do parlamento na escolha dos membros, com o fito de com ele manter ligação, visto que o juiz constitucional seria, de fato, um legislador negativo. (BAHIA, 2004, p. 95).

Para finalizar, ressalta-se que, na opinião do professor austríaco, o controle de constitucionalidade terá grande importância para as repúblicas democráticas, uma vez que a “elaboração constitucional das leis e em particular sua constitucionalidade material, ela é um meio de proteção eficaz da minoria contra os atropelos da maioria. A dominação desta só é suportável se for exercida de forma regular” (2007, p. 181), de modo que a maioria imponha as suas vontades contra as minorias, pressupõe certos limites materiais, os quais estão contidos na Constituição. Em assim sendo, como a maioria é mais amplamente representada no Parlamento, em tese seus representantes estarão de acordo com seus anseios. Portanto, um guardião da Constituição em órgão autônomo é a garantia de que todas as parcelas da sociedade serão respeitadas. É de grande importância, também, à manutenção da federação, visto que, à época, a Constituição Austríaca delimitava a competência de atuação em matéria

legislativa, dos poderes estaduais e da União. Em assim sendo, a inconstitucionalidade correspondia à usurpação do poder ao órgão conferido constitucionalmente (2007, p. 183) Anular, portanto, um ato eivado de inconstitucionalidade é preservar os limites do poder destinado a cada estado e à União.

2.2. Democracia substancialista *versus* procedimentalista

Superada a discussão entre Kelsen e Schmitt, sobre a instituição a que caberia fazer o controle de constitucionalidade, ocorrida na primeira metade do século XX, outro debate teórico foi bastante importante à filosofia constitucional: a protagonizada por Jürgen Habermas e Ronald Dworkin, na segunda metade do século XX, em que se põe em discussão os limites do poder de atuação do Tribunal Constitucional, já acertado que este deveria ser o protetor da Constituição.

A discussão entre procedimentalistas e substancialistas revela que os autores terão visões distintas de democracia: enquanto Dworkin privilegia os princípios constitucionais como baluartes democráticos historicamente conseguidos, Habermas a assenta no agir comunicativo, não aceitando a interferência estatal na decisão popular. Com isso, conclui-se que a atuação do Tribunal Constitucional será decorrente do conceito adotado de democracia.

2.2.1. Procedimentalismo de Habermas

De acordo com a teoria procedimentalista, a função do direito, na democracia, é assegurar as condições necessárias para que a própria comunidade interprete e concretize os ideais inscritos na Constituição, pressupondo, então, cidadania ativa. “A judicialização da política e do social seria, então, um mero indicador de que a justiça se teria tornado um último refúgio de um ideal democrático desencantado” (VIANA et. al. 1999, p. 37).

Dessa perspectiva, depreende-se que, pela economia de massas, proveniente do século XX, a Constituição perde o seu poder de ser colocada como ordem jurídica global e concreta, destinada a impor determinadas condutas aos cidadãos *a priori*, de modo que não mais é lícito à ordem jurídica a previsão do futuro, decorrente de um poder constituinte. Deve, portanto, a Constituição impor procedimentos para que a própria sociedade através de corporações produza suas condições de vida. “Desse modo, numa sociedade pluralista, a fundamentação das normas jurídicas é resultado de um procedimento democrático que garanta a participação de todos na formulação do Direito” (HOMMERDING, 2006, p. 14).

Nessa ordem procedimentalista, é fundamental a participação da sociedade para determinação do direito e estruturação da democracia, sendo inviável a interferência judicial capaz de interferir na definição do direito.

Assim, Habermas questiona a legitimidade de um Tribunal Constitucional quando da interpretação da Constituição, pois:

De instituição negativa e punitiva, a Justiça passaria a ocupar os papéis positivos e construtivos – de instituída, ela se converteria em instituinte. A Justiça assumiria o lugar da política na falta desta. A paixão atual pelo direito estaria mascarando o que há de ilusório em se conceber, sem a presença da política, a ideia de boa sociedade, paralisando os homens na espera de um estado idílico de natureza (...). A judicialização da sociedade desinstitucionalizaria a democracia, marginalizando as instituições de mediação – as associações e os partidos políticos (VIANA et. al. 1999, p. 25-26).

A bem da verdade, a crítica de Habermas (2008, p. 311-361) passa por assuntos mais profundos, notadamente a de não enxergar uma relação necessária entre valores morais e princípios jurídicos, tal como visto por Dworkin. Dessa forma, por não haver a interpretação moral historicamente conseguida no cerne da Constituição, não há legitimidade para o Judiciário interpretá-la, tampouco ser o seu guardião.

Dessa forma, para Habermas, a constante invasão do direito no campo da política não é salutar, haja vista que tende a tirar o caráter fundamental da democracia, por enrijecer a liberdade política travada pela burocracia do Judiciário. Ademais, a extrema participação do judiciário no campo político acaba por suprimir o agir comunicativo e esgotando o papel da cidadania ativa, que passará a mero expectador das atividades do poder judiciário.

Ainda para Habermas

A chave normativa de concepção de Justiça, presente no paradigma procedimental do direito habermasiano, é a autonomia e não o bem-estar: os cidadãos teriam que se reconhecer como autores no seu direito, e não como os seus destinatários (...). Nesses termos, no paradigma procedimental de Habermas, o cidadão não seria um simples praticante de um jogo mercantil nem um cliente de burocracias de bem-estar, e sim o autor autônomo que constituiria a sua vontade e a sua opinião no âmbito da sociedade civil e da esfera pública, canalizando-o, em um fluxo comunicacional livre, para o interior do sistema político (VIANA et. al., 1999, p. 28-29).

Nesse diapasão, o Poder Judiciário interferindo cotidianamente na esfera política, acaba por modificar a sua atuação, no que, democraticamente, lhe era garantido.

Passando mais especificamente para o campo de atuação do Tribunal Constitucional, no que tange ao controle de constitucionalidade, para Habermas, as Cortes teriam unicamente a função de decretar a constitucionalidade ou não de uma norma, quando não respeitado o procedimento democrático de sua confecção. Ou seja, a inconstitucionalidade deriva do desrespeito ao formalismo da confecção de uma norma, notadamente por questões numéricas

em definir a maioria e minoria. Percebe-se, portanto, que a Constituição, para Habermas, deve enxergar a si própria “como protetora de um processo legislativo democrático” (VIANA *et. al.* 1999, p. 29), não como guardiã de uma série de princípios e deveres fundamentais.

O Tribunal deve usar os seus esforços, portanto, para a defesa da democracia deliberativa. Por isso, para tal doutrina, não é lícito ao Tribunal Constitucional adentrar no mérito da norma, visto que seria uma forma de diminuir o potencial democrático do direito.

Não caberia ao Poder Judiciário interpretar o *telos* da Constituição e, com isso, auferir a melhor aplicação do direito. Caberia à própria população, através do agir comunicativo, estabelecer o que é melhor para si, como deveria ser interpretada determinada constituição, devido à questão da autonomia daquela determinada sociedade.

Percebe-se que o controle de constitucionalidade do ponto de vista procedimentalista seria uma revisão dos atos, notadamente legislativos, o que, por si só, já diminuiria o campo de incidência do controle de constitucionalidade, com o escopo de assegurar que todas as classes participem da confecção daquela norma, independentemente de seu conteúdo estar de acordo ou não com a Constituição. A bem da verdade, não deve haver conteúdo principiológico-normativo nas constituições, mas roteiros de procedimentos democráticos com o mínimo de interferência dos demais poderes.

Em termos práticos, a visão de Habermas acerca do controle de constitucionalidade não teve grande influência nos sistemas políticos atuais. Vale destacar, contudo, que no Canadá, conforme já visto, consegue-se auferir maior incidência da influência Habermasiana, visto que, embora tenha o poder para adentrar no mérito da norma, caberá a última palavra acerca da constitucionalidade ao Legislativo, onde está o verdadeiro representante, eleito democraticamente, da sociedade.

2.2.2. Substancialismo para Dworkin

O pensamento de Dworkin está assentado na sua própria ideia de Constituição, que tem a pretensão de “desenvolver uma teoria do direito e da interpretação do direito assentada na questão moral, numa clara tentativa de avanço com relação à concepção restrita e asséptica própria do positivismo jurídico” (LEAL, 2004, p; 35), o que o autor chamaria de “leitura moral da Constituição”, que compõe uma união indissolúvel entre o direito e a moral, vez que o ordenamento estaria além das normas postas, englobando, também, os valores e princípios constitucionais.

Para a visão substancialista, assim, existe a necessidade não somente de ver a Constituição como um todo, mas também o contexto histórico em que ela está inserida, bem como as práticas constitucionais. Assim,

Sua perspectiva está atenta à preservação da inviolabilidade da esfera de autonomia moral de cada indivíduo, de forma que nenhuma decisão política dos órgãos deliberativos poderá afetar esta esfera individual moralmente independente. O liberalismo de Dworkin parte do pressuposto de que as decisões políticas majoritárias nem sempre alcançam plenamente todas as concepções éticas individuais, razão por que há de se resguardar um complexo de direitos fundamentais frente ao poder de decisão das maiorias, com fundamento no princípio da autonomia moral. Tal compreensão expressa uma perspectiva eminentemente liberal, visando proteger uma esfera de liberdades individuais, cujo âmbito de atuação não pode ser restringido pelo processo político majoritário(BUNCHAFT, 2007 p. 182).

A Constituição, ainda para Dworkin, é tida com efeito vinculante, que guarda em si a conservação do Estado Democrático de direito e dos direitos e garantias fundamentais, historicamente garantidos. Dessa forma, a Constituição deve ser vista para o futuro e como a guardiã daqueles direitos até ali conseguidos, visto que “é a explicitação do contrato social, assumindo um caráter discursivo, enquanto produto de um processo constituinte” (HOMMERDING, 2006, p. 19).

Portanto, para a ideia de democracia de Dworkin, não basta a decisão ser tomada pela maioria, é necessário que essa decisão democrática não tolha as liberdades e garantias da minoria. “Em suma, não há uma conexão necessária entre democracia e princípio majoritário, porque a garantia dos direitos através do judiciário reforça o conteúdo democrático do sistema constitucional” (HOMMERDING, 2006, p. 19).

Surge, portanto, o papel ativo do poder judiciário, que

Nesse eixo *substancialista* (...) a partir de estratégias diversas e diferentes inspirações doutrinárias, mas sempre com referência à história e ao mundo empírico, como no caso crucial das relações maioria-minoria, concede-se ao Poder Judiciário uma nova inserção no âmbito das relações entre os três poderes, levando-o a transcender as funções de *checks and balances*. (VIANA *et. al.* 1999, p. 37)

Ressalta-se, ademais, que a omissão dos demais poderes, devem ser supridas pela atividade do judiciário, de modo que não se pretende acabar, sequer mitigar, o poder executivo ou legislativo. Teria o judiciário papel fundamental ante a omissão dos poderes executivos e legislativos, sobretudo perante a sua inércia, bem como em atos incompatíveis com os princípios constitucionais que tolham os direitos das minorias.

Sobre a suposta falta de legitimidade por parte do judiciário, entra em vigor a ideia da argumentação plausível e conforme a Constituição, merecendo destaque a fundamentação e plausibilidade para compensar o que se perderia em legitimação democrática.

Mais especificamente quanto ao controle de constitucionalidade, para Dworkin, deverá adentrar no mérito da norma e, com base nos princípios que norteiam a constituição, provenientes de fatores históricos e práticas constitucionais, deverá o Poder Judiciário reforçar o caráter democrático do sistema constitucional, de modo que os valores morais e políticos consagrados pelo povo no ideário constitucional somente serão alcançados através de uma leitura moral da Constituição, isto se dá, porque o Judiciário

Deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidencia, inclusive contra as maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos principais selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do ocidente. (...). Nesse eixo, aquilo que pode ser entendido à semelhança da vontade geral rousseaniana, uma vez bloqueada pelas circunstâncias próprias à sociabilidade e à vida política contemporâneas, acaba encontrando expressão, pragmaticamente, em personagens e instituições, cuja história particular se apresentaria como o resultado de conquistas da ideia do justo positivados no direito e enraizadas na cultura política (VIANA *et. al.* 1999, p. 38).

Para Dworkin, portanto, o controle de constitucionalidade tem uma função especial para assegurar a efetivação da Constituição, tanto no que tange aos valores morais constitucionalmente garantidos, quanto aos direitos e deveres garantidos às minorias. Assim, seria indispensável à manutenção da democracia.

CONCLUSÃO

Se é certo que o Controle de Constitucionalidade assume contornos diferentes devido à soberania, em diversos países, é bem verdade também que os requisitos históricos e filosóficos possuem muitos pontos em comum.

O rigor científico dado por Kelsen para montar uma teoria do ordenamento jurídico, isento de conceitos políticos, contribuiu substancialmente para a interpretação da Constituição e, embora bastante mitigado o seu rigor científico nos dias atuais, a interpretação analítica e sistemática continuam sendo predominantemente utilizadas. Ademais, a sua hierarquia da Constituição é um dos pressupostos para o controle de constitucionalidade. Já Schmitt, embora carregue a mácula de sua união com o nazismo, possui um sistema de controle de constitucionalidade muito compatível com a sua ideia de constituição, embora ultrapassada. A sua noção de decisão política fundamental corroborou bastante com a ideia das cláusulas pétreas, imutáveis.

Os limites da democracia e da legitimidade dos tribunais, hodiernamente muito em voga, atraem muitos críticos e admiradores da ciência do direito. A bem da verdade, o modelo americano, bem como os países que adotam o controle difuso de constitucionalidade, está bastante compatível com a visão de Dworkin. Países em que o parlamento possui maior

predominância estão mais ligados à visão de Habermas sobre os limites democráticos do controle de constitucionalidade, como o Canadá e a Comunidade Britânica em geral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAHIA, A. G. M. F.. **Controle Concentrado de Constitucionalidade: o Guardião da Constituição no embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt.** Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 164, p. 87-103, 2004.
- BATEUP, C. The Dialogic promise: assessing the normative potential of theories constitutional dialogue. **Brooklin Law Review** v. 71, p. 1109-1180, 2006.
- BARBOZA, E. M. Q. **Jurisdição constitucional: entre o constitucionalismo e democracia.** Belo Horizonte: Forum, 2007.
- BARROSO, L. R.. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.** 4º ed. São Paulo, Saraiva, 2009.
- _____. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009.
- BERCOVICI, G. Carl Schmitt, o Estado Total e o Guardião da Constituição. In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional.** n. 1. Jan/Jun 2003.
- BIGONHA, A. C. A.; MOREIRA, L. (Orgs.) **Legitimidade da Jurisdição Constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2009.
- _____. **Limites do Controle de Constitucionalidade.** Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2009.
- BOBBIO, N. **Teoria do ordenamento jurídico.** 10 ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília. 1997.
- BONAVIDES, P.. **A constituição Aberta: Temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões.** 3 ed. Malheiros; São Paulo, 2004.
- BUNCHAFT, M. E. **A integração do conceito de patriotismo constitucional na cultura política brasileira.** Direito, Estado e Sociedade - n.30 - p 177 - 199 - jan/jun 2007.
- CANOTILHO, J. J. G.. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** 7 ed. Livraria Almedina: Coimbra, 2003.
- CAPPELLETTI, M. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992.
- DIXON, R. The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue, and Deference. **Osgoode Hall Law Journal**, vol. 47, 2009.
- DYMETMAN, A. Benjamin & Schmitt: uma arqueologia da exceção. In: **Lua Nova: revista de cultura e política.** n. 53. São Paulo: Cedec, 2001.
- DWORKIN, R. **Uma questão de princípio.** 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FAVOREU, L. **As cortes constitucionais.** São Paulo: Landy, 2004.
- GOMES, J. B. B. Evolução do controle de constitucionalidade de tipo francês. **Revista de Informação Legislativa**, v. 142, p. 97-125, 2003.
- HABERMAS, J. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos.** São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- _____. **Facticidad y validez: Sobre El derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría Del discurso.** 5 ed. Madrid: Trotta, 2008.
- _____. **Mas allá del Estado nacional.** México: Fondo de cultura económica, 1998.
- HERRERA, C. M. La polemica Schmitt-Kelsen sobre El guardián de la Constitución. In: **Revista de Estudios Políticos.** n. 86 – nueva epoca. Madrid: Centros de estudios constitucionales, outubro-dezembro de 1994.

- HESSE, K. **A Força normativa da Constituição**. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991.
- HOMMERDING, Adalberto Narciso. Constituição, poder judiciário e Estado Democrático de Direito: A necessidade do debate “procedimentalismo versus substancialismo” In: **Revista DIREITOS CULTURAIS** - v.1 - n.1 - Dezembro 2006. p. 11-38
- HORTA, R. M. **Direito Constitucional**, 4. ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2003.
- KELSEN, H. **Jurisdição constitucional**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. **Teoria geral do Direito e do Estado**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____. **Teoria pura do Direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KESEN, K. S. **Os efeitos do Controle Judicial de Constitucionalidade nos Estados Unidos, Canadá e América Latina numa perspectiva comparada**. In: PIMENTEL JÚNIOR, P. G. **Direito Constitucional em evolução: perspectivas**. Curitiba: Juruá, 2007
- LASSALE, F. **A essência da Constituição**. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.
- LEAL, M. C. H. **Sobre as influências de kelsen para o controle de constitucionalidade: da teoria pura do direito à idéia de tribunal constitucional e suas perspectivas em face do estado democrático de direito – uma análise**. Disponível em: http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/campos/monia_clarissa_hennig_leal.pdf. Acesso em: 31/07/2010.
- _____. Dworkin X Habermas, uma Discussão acerca da Legitimidade da Jurisdição Constitucional entre Substancialismo e Procedimentalismo: Novas Perspectivas. In: Biblioteca Digital **Revista de Direito Administrativo e Constitucional** - RDAC, Belo Horizonte, ano 4, n. 17, jul. 2004
- LIMA, M. M. B. **A Guarda da Constituição em Hans Kelsen**. Disponível em: <http://sisnet.a duaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/031007.pdf>. Acesso em 21/07/2010
- MAIA, P. S. N. P. **O guardião da constituição na polêmica Kelsen-Schmitt: Rechtsstaat como referência semântica na memória de Weimar**. Brasília. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília. (Dissertação de mestrado), 2007.
- MARTINS, A. C. M. **O pensamento político-constitucional de Carl Schmitt no contexto histórico-político da república de Weimar**. Santa Catarina. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, 1996.
- MELO FILHO, J. A. **Modelos de controle de constitucionalidade no direito comparado: influências no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro**. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/16322/1586>. Acesso em: 25/07/2010.
- MENDES, G. F. **Controle de Constitucionalidade: Aspectos políticos e jurídicos**. São Paulo: Saraiva, 1990.
- _____. **Jurisdição Constitucional: O controle abstrato das normas no Brasil e na Alemanha**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. **Direitos fundamentais e controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
- _____. MARTINS, I. G.S. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei 9868, de 10-11-1999**. 3 ed. São Paulo, Saraiva, 2009.
- _____. COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ROACH, K. Dialogue or defiance: Legislative reversals of Supreme Court decisions in Canada and the United States. In: **Int’l J Con Law**, Vol 4, n 2, 2006.
- SARMENTO D. (Coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.
- STRAUSS, D.A. The modernizing mission of judicial review. **Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, Chicago, nº 271. Disponível em: <http://law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.html> . Acesso em: 20/05/2010.

- SALIB FILHO, N. **Breve histórico do controle de constitucionalidade**. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_const/breve_histori_acontrole_constitu.pdf Acesso em: 21/07/2010.
- SCHMITT, C. **O Conceito de político**. Petrópolis, Vozes, 1992.
- _____. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- _____. **Teologia política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- _____. **Teoria de la constitución**. Madrid: Alianza editorial. 2001.
- SILVA, C.A. (et. al.) **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2010.
- SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- TUSHNET, M. Weak-Form Judicial Review and “Core” Civil Liberties. In: **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, vol. 41, 2006
- _____; JACKSON, V. **Comparative Constitutional Law**. Nova York: Foundation Press, 1999, p. 793-803.
- VIANA, L. W. (et. al.). **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- WALDRON, J. The Core of the Case Against Judicial Review. In: **Yale Law Journal**, vol. 115, 2006.