

DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL E NO DIREITO COMPARADO

11ª edição

Revista, ampliada e atualizada

2022

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

CONSTITUIÇÃO E SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

“no espírito unânime dos povos, uma Constituição deve ser qualquer coisa de mais sagrado, de mais firme e de mais imóvel que uma lei comum”.
(*Ferdinand Lassalle*)¹

1. CONSTITUIÇÃO E CONSTITUCIONALISMO

A ideia de Constituição não é um privilégio dos tempos hodiernos. Com efeito, consoante ressaltou Ferdinand Lassalle, sustentando sua concepção *sociológica* da Constituição, uma “Constituição *real e efetiva* a possuíram e a possuirão sempre todos os países, pois é um erro julgarmos que a Constituição é uma prerrogativa dos tempos modernos. Não é certo isso”².

Assim, Lassalle chamou a atenção para o fato de que todos os Estados possuem e sempre possuíram, em todos os momentos da sua história, uma Constituição *real e verdadeira*. A diferença surgida em tempos mais recentes não é a presença de Constituições reais e efetivas, que sempre existiram, mas sim o aparecimento de *Constituições escritas nas folhas de papel*³. Deveras, na maior parte dos Estados modernos, testemunhamos o surgimento, num determinado momento de sua história, de uma Constituição escrita e posta, cuja missão é a de estabelecer, em documento solene, todas as instituições e princípios do governo vigente⁴. Coerente com esse raciocínio, convém defender que, na verdade, a ideia de Constituição precede ao próprio constitucionalismo, entendido este como um movimento político-constitucional que pregava a necessidade da elaboração de Constituições escritas que regulassem o fenômeno político e o exercício do poder, em benefício de um regime de liberdades públicas. Isto

¹ LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1998, p. 24.

² LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1998, p. 39.

³ LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1998, p. 41.

⁴ LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1998, p. 41.

porque, em qualquer época e em qualquer lugar do mundo, em havendo Estado, sempre houve e sempre haverá um complexo de normas fundamentais que dizem respeito com a sua estrutura, organização e atividade.

O constitucionalismo, contudo, tem origens históricas que variam de tempo e espaço. Com efeito, desde a Antiguidade já se constatava que, entre as leis, algumas há que organizam o próprio poder. São leis que fixam os seus órgãos, estabelecem as suas atribuições e seus limites, enfim, numa palavra, definem a sua Constituição⁵. A noção de Constituição, pois, já existia entre os gregos e romanos, no domínio do pensamento filosófico e político. Aristóteles distinguia entre uma categoria de normas que organizavam e fixavam os fundamentos do Estado (as normas de organização), e as normas comuns (as regras) que eram elaboradas e interpretadas em consonância com as primeiras. Tal distinção, porém, somente veio a ser valorizada no século XVIII, a partir do movimento denominado *constitucionalismo*, que surgiu, inicialmente, com o propósito de limitar o poder, afirmando a existência de leis que seriam a ele anteriores e superiores. É daí em diante que a expressão Constituição passou a ser empregada para designar o corpo de normas que definem a organização fundamental do Estado.

É preciso insistir, contudo, que mesmo antes do advento do chamado Estado de Direito, já existia um Estado, chamado *Absoluto*, fundado numa Constituição que prescrevia obediência irrestrita ao soberano. Sendo assim, o constitucionalismo, como movimento, não se destinou a conferir ‘Constituições’ aos Estados, que já as possuíam, pelo menos no sentido material, mas, sim, a fazer com que as Constituições (os Estados) abrigassem preceitos asseguradores da separação das funções estatais e dos direitos fundamentais⁶. Nesse contexto, podemos afirmar, com o mestre baiano EDVALDO BRITO, que o constitucionalismo “é expressão da soberania popular que representa, em certo momento histórico, o deslocamento do eixo do poder, cuja titularidade ou exercício era exclusivamente do ‘soberano’”⁷. O constitucionalismo, portanto, deve ser visto como uma aspiração de uma Constituição escrita, que assegurasse a separação de Poderes e os direitos fundamentais, como modo de se opor ao poder absoluto, próprio da primeira forma de Estado. Não é por acaso que as primeiras Constituições do mundo (exceto a norte-americana) trataram de oferecer resposta ao esquema do poder absoluto do monarca, submetendo-o ao controle do parlamento.

Nessa linha de raciocínio, de afirmar-se que o constitucionalismo, como esclarece CANOTILHO, apresenta-se como uma teoria formada por um conjunto

⁵ Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 34ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 03.

⁶ TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 21.

⁷ BRITO, Edvaldo. *Limites da Revisão Constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 26.

de ideias, que exalta o princípio do governo limitado como indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representa uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*⁸. Quer dizer, qualifica-se como uma teoria normativa do governo limitado e das garantias individuais, sendo temas centrais do constitucionalismo, portanto, a *fundação e legitimação* do poder político e a *constitucionalização das liberdades*⁹. Cuida-se de um movimento político e jurídico que visa a estabelecer em toda parte *regimes constitucionais*, quer dizer, governos moderados, limitados em seus poderes, submetidos a Constituições escritas¹⁰.

Confunde-se, no plano político, com o liberalismo e, com este, sua marcha no século XIX e nos primeiros três lustros do século XX, foi triunfal. Assim, ou pela derruba dos tronos, ou pela outorga dos monarcas, todos os Estados europeus, um a um, exceto a Rússia, adotaram Constituição¹¹. A ideia e necessidade de Constituição ganhou força no liberalismo político e econômico, que triunfa com as revoluções dos séculos XVIII e XIX. No plano econômico, o liberalismo afirma a virtude da livre concorrência, da não-intervenção do Estado, enfim, o *laissez-faire*, que enseja a expansão do capitalismo. No plano político, o liberalismo encarece os direitos naturais do homem, tolera o Estado como um mal necessário e exige, para prevenir eventuais abusos, a separação de poderes que MONTESQUIEU teorizou no seu *Espírito das leis*.¹²

A dizer, a concepção liberal do Estado nasceu de uma dupla influência: de um lado, o individualismo filosófico e político do século XVIII e da Revolução Francesa, que considera como um dos objetivos essenciais do regime estatal a proteção de certos direitos individuais contra os abusos da autoridade; de outro lado, o liberalismo econômico dos fisiocratas e de ADAM SMITH, segundo o qual o Estado é impróprio para exercer funções de ordem econômica¹³.

Nas Américas, a independência em face às imposições coloniais impôs a adoção de Constituições escritas, nas quais, rompendo a organização histórica,

⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1997, p. 47.

⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1997, p. 51.

¹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 34ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 07.

¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 34ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 07.

¹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 34ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 07.

¹³ PARODI, Alexandre. *La vie publique et le vie économique*, em *Encyclopédie*, t. 10.

a vontade dos libertadores pudesse fixar as regras básicas da existência independente. Quer dizer, o constitucionalismo na América se identifica com o europeu, exceto pela peculiaridade de que, na América, a Constituição escrita era exigência da própria independência, pois esta implicava, sobretudo, no rompimento dos costumes, como anota Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁴. Ainda segundo o ilustre autor,

“a ideia de Constituição escrita, instrumento de institucionalização política, não foi inventada por algum doutrinador imaginoso; é uma criação coletiva apoiada em precedentes históricos e doutrinários. Elementos que se vão combinar na ideia de Constituição escrita podem ser identificados, de um lado, nos pactos e nos forais ou cartas de franquias e contratos de colonização; de outro, nas doutrinas contratualistas medievais e na das leis fundamentais do Reino, formulada pelos legistas. Combinação esta realizada sob os auspícios da filosofia iluminista”.¹⁵

É importante, ademais, não perder de vista a distinção, frequentemente lembrada, entre o constitucionalismo antigo e o constitucionalismo moderno. Segundo Canotilho, numa acepção histórico-descritiva,

“fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado constitucionalismo antigo, isto é, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder. Estes princípios ter-se-iam sedimentado num tempo longo, desde os fins da Idade Média até o século XVIII”.¹⁶

Designa, assim, de constitucionalismo antigo todo o esquema de organização político-jurídica que precedeu o constitucionalismo moderno, como o constitucionalismo grego e o constitucionalismo romano.

No constitucionalismo antigo, a noção de Constituição é extremamente restrita, uma vez que era concebida como um texto não escrito, que visava tão só

¹⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 34ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 08.

¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 34ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 04.

¹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1997, p. 48.

à organização política de velhos Estados e a limitar alguns órgãos do poder estatal (Executivo e Judiciário) com o reconhecimento de certos direitos fundamentais, cuja garantia se cingia no esperado respeito espontâneo do governante, uma vez que inexistia sanção contra o príncipe que desrespeitasse os direitos de seus súditos. Ademais, o Parlamento não se vinculava às disposições constitucionais, não havendo possibilidade de controle de constitucionalidade dos atos parlamentares. O Parlamento podia até alterar a Constituição pelas vias ordinárias.

A origem formal do constitucionalismo moderno está ligada às Constituições escritas dos Estados Unidos da América, de 1787, e da França, de 1791, apresentando dois traços marcantes: *organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio da previsão de Direitos e Garantias Fundamentais*¹⁷. Já no constitucionalismo moderno, a noção de Constituição envolve uma força capaz de limitar e vincular todos os órgãos do poder político. Por isso mesmo, ela é concebida como um documento escrito e rígido, manifestando-se como uma norma suprema e fundamental, porque hierarquicamente superior a todas as outras, das quais constitui o fundamento de validade que só pode ser alterado por procedimentos especiais e solenes previstos em seu próprio texto.

Como decorrência disso, institui-se um sistema de responsabilização jurídico-política do poder que a desrespeitar, inclusive por meio do *controle de constitucionalidade dos atos do Parlamento*.

Enfim, o constitucionalismo moderno legitimou o aparecimento da chamada *Constituição moderna*, entendida como “a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”.¹⁸ Desdobrando esse conceito de Constituição, considerado por Canotilho como um conceito *ideal*, tem-se que ela deve ser entendida como: (1) uma norma jurídica fundamental plasmada num *documento escrito*; (2) uma declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de *direitos fundamentais* e do respectivo modo de *garantia* e, finalmente, (3) um instrumento de organização e disciplina do poder político, segundo esquemas tendentes a torná-lo um *poder limitado e moderado*.

Assim, no constitucionalismo moderno, a Constituição deixa de ser concebida como simples manifesto político para ser compreendida como uma **norma jurídica fundamental e suprema**, elaborada para exercer dupla função: *garantia do existente e programa ou linha de direção para o futuro*¹⁹.

¹⁷ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 36.

¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1997, p. 48.

¹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, p. 151.

A primeira Guerra Mundial, contudo, embora não marque o fim do constitucionalismo, assinala uma profunda mudança em seu caráter. Assim, ao mesmo tempo em que gerava novos Estados, que adotaram, todos, Constituições escritas, o *após Primeira Grande Guerra* desassocia esse movimento do liberalismo. Os partidos socialistas e cristãos impõem às novas Constituições uma preocupação com o econômico e com o social, fazendo com que essas Cartas Políticas inserissem em seus textos direitos de cunho econômico e social²⁰.

Passaram, pois, as Constituições a configurar um novo modelo de Estado, então liberal e passivo, agora social e intervencionista, conferindo-lhe tarefas, diretivas, programas e fins a serem executados através de prestações positivas oferecidas à sociedade. A história, portanto, testemunha a *passagem* do Estado liberal ao Estado social e, conseqüentemente, a metamorfose da Constituição, de Constituição Garantia, Defensiva ou Liberal para Constituição Social, Dirigente, Programática ou Constitutiva.

O Estado do Bem-Estar Social adquiriu dimensão jurídica a partir do momento em que as Constituições passaram a discipliná-lo sistematicamente, o que teve início no mundo com a revolucionária Constituição mexicana de 1917. No Brasil, a Constituição de 1934, sob a influência da Constituição alemã de Weimar de 1919, foi a primeira a delinear os contornos da atuação desse Estado intervencionista, do tipo social, dualista, na consecução do seu objetivo de promover o desenvolvimento econômico e o bem-estar social. E desde a Carta de 1934 até a atual, o regime constitucional brasileiro tem se pautado por uma conjugação de democracia liberal e de democracia social. Na atual, de 1988, esta assertiva está descortinada nos arts. 170 e 193, respectivamente.

Pois bem, a Constituição de 1988 ordena e sistematiza a atuação estatal interventiva para conformar a ordem socioeconômica. É o *arbitrio conformador*, a que se refere FORSTHOFF²¹, pelo qual o Estado, dentro de certos limites estabelecidos pela ordem jurídica, exerce uma ação modificadora de direitos e relações jurídicas dirigidas à totalidade, ou a uma parte considerável da ordem social.

2. A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E O CARÁTER VINCULANTE E IMPERATIVO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Todas as normas constitucionais das Constituições rígidas, independentemente de seu conteúdo, têm estrutura e natureza de **normas jurídicas**, ou seja, são

²⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 34ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 08.

²¹ FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958.

normas providas de juridicidade, que encerram um *imperativo*, vale dizer, *uma obrigatoriedade de um comportamento*. São, pois, verdadeiras normas jurídicas.

É certo, porém, que a Constituição brasileira, como a maioria das Constituições contemporâneas, contém normas de diversos tipos, função e natureza, de modo que algumas são dotadas de maior eficácia que outras. Mas isso não significa, no entanto, que haja em seu texto normas não-jurídicas. Todas as normas constitucionais, sem exceção, mesmo as permissivas, são dotadas de imperatividade, por determinarem uma conduta positiva ou uma omissão, de cuja realização são obrigadas todas as pessoas e órgãos às quais elas se dirigem. Não existe norma constitucional destituída de eficácia: todas elas irradiam efeitos jurídicos, já ressaltava de há muito o grande RUY BARBOSA, de tal sorte que, segundo o ilustre baiano, “não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos”.²²

Enfim, todas as normas jurídicas caracterizam-se por serem imperativas. Todavia, na hipótese particular das normas constitucionais, a imperatividade assume uma feição peculiar, qual seja, a da sua **supremacia** em face às demais normas do sistema jurídico. Assim, a Constituição, além de imperativa como toda norma jurídica o é, é **particularmente suprema**, ostentando posição de proeminência em relação às demais normas, que a ela deverão se conformar, seja quanto ao modo de sua elaboração (conformação formal), seja quanto à matéria de que tratam (conformação material).

Essa supremacia da Constituição (ou sua imperatividade reforçada e superlativa) em face às demais entidades normativas advém, naturalmente, da soberania da fonte que a produziu: o *poder constituinte originário*, circunstância que a distingue, sobremaneira, das outras normas do sistema jurídico, que são postas pelos poderes constituídos. Para além disso, ainda vigora na doutrina a ideia de que a Constituição é suprema em razão da *natureza de suas normas*, na medida em que estas refletem a real estrutura da organização do poder político de determinado Estado, que elas retratam e disciplinam²³. Dedicemo-nos, em linhas que se seguem, um pouco mais à supremacia da Constituição no sistema normativo.

KELSEN, com a sua clássica teoria do escalonamento da ordem jurídica, concebeu o Direito como um sistema hierarquizado de normas jurídicas. Segundo o jusfilósofo, a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas

²² BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal brasileira*. (coligidos e ordenados por Homero Pires). São Paulo: Saraiva, 1933, v. 2, p. 475 e ss.

²³ GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson. ‘A Constituição e sua supremacia’. In: *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*, São Paulo: Atlas, 1989, p. 89-121, p. 101.

dispostas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas sim uma construção escalonada de diferentes degraus ou camadas de normas jurídicas²⁴. Na cúspide dessa ordem jurídica encontra-se a Constituição, considerada o **fundamento supremo** de validade de todas as normas jurídicas. Assim, na ordem jurídica nacional, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado²⁵. E isso implica, segundo o magistério de BIDART CAMPOS, as seguintes consequências:

- “a) la constitución es la fuente primaria de validez positiva del orden jurídico;
- b) la constitución habilita la creación sucesiva y descendente de ese mismo orden en cuanto a la forma y en cuanto al contenido del sistema normativo;
- c) la constitución obliga a que el orden jurídico sea congruente y compatible con ella;
- d) la constitución descalifica e invalida cualquier infracción a ella”.

Assim, em face de sua supremacia, todas as manifestações normativas, em um Estado de Direito, devem estar em consonância com a Constituição e jamais contra ela, de tal sorte que “Si la ruptura de ese ligamen de subordinación se produce, la violación implica una anti-constitucionalidad o inconstitucionalidad”²⁶.

A noção de supremacia é inerente à noção de Constituição, desde que essa superioridade normativa implique a ideia de uma norma fundamental, de uma *Fundamental Law*, cujo incontestável valor jurídico atua como pressuposto de validade de toda a ordem positiva estabelecida no Estado. A Constituição é a base da ordem jurídica e o fundamento de sua validade. Como norma jurídica fundamental, ela goza do prestígio da supremacia em face de todas as normas do ordenamento jurídico.

Ela se destaca numa ordenação jurídica estatal, consoante anotam JORGE MIRANDA²⁷ e GOMES CANOTILHO²⁸, como uma Lei Suprema, quer porque ela é fonte da produção normativa (*norma normarum*), quer porque lhe é reconhecido um valor normativo hierarquicamente superior que faz dela um parâmetro obrigatório de todos os atos da vida humana.

²⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 247.

²⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 247.

²⁶ CAMPOS, German J. Bidart. *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 1987, p. 37-38.

²⁷ MIRANDA, JORGE. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 3ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, págs. 66 e ss.

²⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1997, p. 826.

A ideia de constituição como norma reguladora da produção jurídica (*superlegalidade formal*) justifica a tendencial *rigidez* das Leis Fundamentais, traduzida na consagração, para as leis de revisão, de exigências processuais, formais e materiais, ‘agravadas’ ou ‘reforçadas’ relativamente às leis ordinárias.

Por sua vez, a parametricidade material das normas constitucionais conduz à exigência da *conformidade substancial* de todos os atos do Estado e dos poderes públicos com as regras e princípios hierarquicamente superiores da Constituição (*superlegalidade material*).

Da conjugação destas duas características – superlegalidade formal e superlegalidade material da Constituição – deriva o princípio fundamental da constitucionalidade dos atos normativos, que encerra a ideia de que as normas jurídicas só estarão conformes com a Constituição quando não violem o sistema formal, constitucionalmente estabelecido, da produção desses atos, e quando não contrariem, positiva ou negativamente, os parâmetros materiais plasmados nas regras ou princípios constitucionais²⁹.

A supremacia da Constituição conduz à sua *superioridade hierárquico-normativa* relativamente às outras normas do ordenamento jurídico. Essa superioridade, ainda segundo o autor de Coimbra, implica em que: a) as normas constitucionais constituem uma *lex superior* que recolhe o fundamento de validade em si própria (*autoprímazia normativa*); b) as normas da constituição são *normas de normas* (*normae normarum*), afirmando-se como uma fonte de produção jurídica de outras normas, e c) a superioridade normativa das normas constitucionais gera o princípio da conformidade de todos os atos dos poderes públicos com a Constituição³⁰.

A ideia de supremacia constitucional não escapou à percuciente análise de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA que, em lúcida explanação, assevera que a Constituição não é somente uma norma,

“sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, *lex superior*. Por varias razones. Primero, porque la Constitución define el sistema de fuentes formales del Derecho, de modo que sólo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución (...) una Ley será válida o un Reglamento vinculante; en este sentido, es la primera de las ‘normas de producción’, la *norma normarum*, la fuente de las fuentes. Segundo, porque en la medida en que la Constitución es la expresión de una intención fundacional, configuradora de un sistema entero que en ella

²⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1997, p. 826.

³⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1997, p. 1074.

se base, tiene una pretención de permanencia (...) o duración (...), lo que parece asegurarla una superioridad sobre las normas ordinarias (...). Esta Idea determinó, primero, la distinción entre un poder constituyente, que es de quien surge la Constitución, y los poderes constituidos por éste, de los que emanan todas las normas ordinarias. De aquí se dedujo inicialmente la llamada ‘rigidez’ de la norma constitucional, que la asegura una llamada ‘superlegalidad formal’, que impone formas reforzadas de cambio o modificación constitucional frente a los procedimientos legislativos ordinarios (...). Pero la idea llevará también al reconocimiento de una ‘superlegalidad material’, que asegura a la Constitución una preeminencia jerárquica sobre todas las demás normas del ordenamiento, producto de los poderes constituidos por la Constitución misma, obra del poder constituyente. Esas demás normas sólo serán válidas si no contradicen, no ya sólo el sistema formal de producción de las mismas que la Constitución establece, sino, y sobre todo, el cuadro de valores y de limitaciones del poder que en la Constitución se expresa”³¹ (*grifado no original*).

Em decorrência dessa irrecusável posição de norma jurídica suprema, exige a Constituição que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e regras que ela adota. Essa indeclinável e necessária compatibilidade vertical entre as leis e atos normativos com a Constituição satisfaz, por sua vez, o princípio da constitucionalidade: *todos os atos normativos dos poderes públicos só são válidos e, conseqüentemente, constitucionais, na medida em que se compatibilizem, formal e materialmente, com o texto supremo*. Essa compatibilização deve ser *formal*, no sentido de que devem estar de acordo com o modo de produção legislativo traçado na carta maior; e *material*, de modo que o conteúdo desses atos guarde harmonia com o conteúdo da lei magna³². Assim, a superioridade jurídica da Constituição implica, na prática brasileira, a *revogação* de todas as normas anteriores com ela materialmente contrastantes e a *nulidade* de todas as normas editadas posteriormente à sua vigência³³.

É importante ressaltar, todavia, que a superioridade hierárquico-normativa da Constituição só se coaduna com as chamadas Constituições rígidas. Vale dizer, a supremacia constitucional somente se verifica onde exista uma Constituição rígida. Isso porque, como de entendimento convencional, a Constituição rígida se caracteriza por demandar um processo especial para sua alteração, que se

³¹ ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3ª ed. reimp., Madrid: Civitas, 2001, p. 49-50.

³² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 48.

³³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 150.

apresenta distinto, mais solene e excessivamente mais complexo e mais difícil do que aquele previsto para a elaboração das leis comuns, distinguindo-se das chamadas Constituições flexíveis, por se contentarem estas com o idêntico processo de reforma e elaboração das leis ordinárias, ou seja, por se submeterem a um processo de reforma coincidente com o modo de produção da legislação comum, inexistindo, pois, relativamente às Constituições flexíveis, qualquer diferença formal entre norma constitucional e norma infraconstitucional. Assim, pode-se afirmar que, em face da supremacia das Constituições rígidas, que pressupõe um escalonamento entre as entidades normativas, existem normas constitucionais (superiores) e normas infraconstitucionais (inferiores).

Onde não houver lugar para essa diferença, evidentemente não haverá espaço para a rigidez constitucional, pois, segundo aponta o saudoso mestre Raul Machado Horta, não se põe dúvida que uma das principais consequências da rigidez constitucional é a de reforçar, elevando-a ao máximo, a ideia de supremacia constitucional, de modo que ao *conteúdo político* das Constituições escritas, a rigidez acrescenta *conteúdo jurídico*. Assim, a Constituição passa a ser a fonte primária e o parâmetro obrigatório do ordenamento jurídico, impondo a *hierarquização* das normas, ordenando-as em duplo grau: no topo, postam-se as normas constitucionais; em escala descendente, as normas ordinárias ou infraconstitucionais. A norma infraconstitucional, que fere norma constitucional, torna-se norma inconstitucional, írrita e absolutamente nula. À rigidez constitucional é correlativa a noção de supremacia constitucional³⁴, que encontra a sua garantia máxima no controle de constitucionalidade.

E a supremacia da Constituição se justificaria, como bem salienta Maria Helena Diniz, para manter a estabilidade social, bem como a rigidez de seus preceitos, pressupondo a existência de meios de defesa encarregados da 'guarda da Constituição', o que se verifica através do controle de constitucionalidade exercido pelos órgãos jurisdicionais³⁵.

A supremacia da Constituição, sem dúvida, é tributária da ideia de superioridade do poder constituinte sobre todas as instituições jurídicas e políticas vigentes no Estado, de sorte que uma Constituição haure o fundamento de sua supremacia na própria supremacia do poder que a originou. Isso faz com que o produto do exercício deste poder, a Constituição, esteja situado no topo do ordenamento jurídico, servindo de fundamento de validade a todas as demais

³⁴ HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 2ª ed., rev. atual. amp., Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 125.

³⁵ DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus efeitos*. 5ª ed. atual., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 15.

normas³⁶, e de referência obrigatória à atuação do poder público, que a ela se encontra vinculado.

Importa destacar, outrossim, que a supremacia da Constituição não só impõe que toda atuação do poder público se conforme, material e formalmente, com os preceitos e diretrizes por ela estabelecidas, como também determina – em face da hodierna categoria jurídico-constitucional da inconstitucionalidade por omissão, o que só reforça mais ainda sua imperatividade – que o poder público obrigatoriamente atue quando para tanto foi exigido. A supremacia constitucional ficaria comprometida – e, de resto, toda ordem jurídica – se as imposições constitucionais não fossem realizadas. Em consequência disso, todos os órgãos do Poder Político – Legislativo, Executivo e Judiciário – acham-se vinculados e obrigados a satisfazer os fins e tarefas impostas pelo texto magno. Com efeito,

“A autoridade hierárquico-normativa da Constituição da República impõe-se a todos os Poderes do Estado. Nenhuma razão – nem mesmo a invocação do princípio do autogoverno da Magistratura – pode justificar o desrespeito à Constituição. Ninguém tem o direito de subordinar o texto constitucional à conveniência dos interesses de grupos, de corporações ou de classes, pois o desprezo pela Constituição faz instaurar um perigoso estado de insegurança jurídica, além de subverter, de modo inaceitável, os parâmetros que devem reger a atuação legítima das autoridades constituídas.”³⁷

A vinculação da Constituição e de suas normas é uma realidade do constitucionalismo contemporâneo, que impõe uma “fuerza vinculante bilateral de la norma”³⁸, isto é, que vincula tanto os órgãos do Poder Político como os cidadãos. Assim, “tudo que a Constituição concede com sua imperatividade suprema (direitos individuais, poderes públicos) tem-se o direito de fazer, e tudo que a Constituição exige, tem-se o dever de cumprir”.³⁹ Como Lei, e Lei Fundamental, ela é elaborada para ser aplicada, efetivada e para ser respeitada e cumprida, quer imponha uma abstenção (*non facere*) ou uma atuação

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, São Paulo: Saraiva, 1996, *op. cit.*, p. 152. Essa ideia partiu do abade Emmanuel Joseph Sieyès que, no seu revolucionário opúsculo *Qu'est-ce que le Tiers État?*, defendeu a tese de que a Constituição extrai o fundamento de sua supremacia no poder constituinte.

³⁷ STF, ADI 2.105-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 28/04/00.

³⁸ ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3ª ed. reimp., Madrid: Civitas, 2001, *op. cit.*, p. 49.

³⁹ GORDILLO, Agustín. *Princípios gerais de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 95.

(*facere*) do Estado, ou mesmo de outra pessoa. A Constituição não recomenda, mas sim ordena, e o que ela determina é para se cumprir, máxime no que se refere a condutas das quais dependa a viabilidade do exercício de direitos fundamentais por ela declarados⁴⁰.

Tudo isso porque a Constituição deve ser preservada, não só por si mesma, mas porque é a maneira encontrada de se resguardarem os mais básicos e fundamentais valores acolhidos pela sociedade, alcançados por esta e lançados num corpo jurídico, como resultado de um longo evoluir histórico⁴¹. Do que se conclui que a supremacia da Carta Magna, sem dúvida, é uma exigência do povo, titular absoluto do poder constituinte que a originou e uma garantia de sua autodeterminação.

Ora, em coerência com o conceito moderno de Constituição, como um sistema jurídico aberto de normas fundamentais (princípios e regras), na medida em que se manifesta em interação com a realidade social, conformando-a e sendo por ela conformada, e se a Constituição, em razão disso, também é depositária dos reclamos da sociedade e emissora dos valores eleitos por essa mesma sociedade, a supremacia da Constituição apresenta-se, com efeito, não só como uma exigência do discurso científico, mas também como uma necessidade democrática.

Assim, “o poder absoluto exercido pelo Estado, sem quaisquer restrições e controles, inviabiliza, numa comunidade estatal concreta, a prática efetiva das liberdades e o exercício dos direitos e garantias individuais ou coletivos. É preciso respeitar, de modo incondicional, os parâmetros de atuação delineados no texto constitucional. Uma Constituição escrita não configura mera peça jurídica, nem é simples escritura de normatividade e nem pode caracterizar um irrelevante acidente histórico na vida dos povos e das nações. Todos os atos estatais que repugnem a Constituição expõem-se à censura jurídica dos Tribunais, especialmente porque são írritos, nulos e desvestidos de qualquer validade. A Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste – enquanto for respeitada – constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades não serão jamais ofendidos. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe a tarefa, magna e eminente, de velar por que essa realidade não seja desfigurada.”⁴²

⁴⁰ ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 16, 1996, p. 53.

⁴¹ TAVARES, André Ramos. *Tribunal e Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 09-10.

⁴² STF. ADI 293-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16/04/93.

3. A UNIDADE NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Um ordenamento jurídico só pode ser concebido como um conjunto de normas. Vale dizer, é condição de existência de uma ordem jurídica a concorrência de normas. Não obstante a pluralidade de normas jurídicas que abrange, o ordenamento constitui uma *unidade*, quer porque suas normas nascem de mesma fonte (ordenamento simples), quer porque suas normas, ainda que nascidas de fontes distintas, têm o mesmo fundamento de validade (ordenamento complexo)⁴³.

É a Constituição, portanto, como fonte máxima de produção de todo o Direito e último fundamento de validade das normas jurídicas, que confere unidade e caráter sistemático ao ordenamento jurídico. Mas ela própria representa uma unidade normativa, enquanto ordem unitária da vida política e social da ossatura estatal. Isso implica em afirmar que toda Constituição deve ser compreendida como uma unidade e como um sistema que privilegia determinados valores⁴⁴. Essa unidade normativa pressupõe a *inexistência* de hierarquia normativa ou formal entre as normas constitucionais, sem qualquer distinção entre normas materiais ou formais ou entre normas-princípios e normas-regras, uma vez que as normas constitucionais são frutos de uma vontade unitária e geradas simultaneamente⁴⁵. Vale dizer, têm a mesma fonte e o mesmo fundamento de validade: o poder constituinte originário.

Todas as normas constitucionais, portanto, independentemente de sua categoria, seja material ou formal, princípio ou regra, programática ou não, têm idêntica hierarquia *formal-normativa*⁴⁶ e exercem a mesma força normativa ante a realidade à qual se dirigem. A única ressalva que necessariamente se deve fazer – o que será feito ao diante – diz respeito ao grau (maior ou menor) de eficácia imediata que a norma constitucional está capacitada a produzir.

⁴³ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10ª ed., Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, Brasília: editora Universidade de Brasília, 1999, p. 48-49.

⁴⁴ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 25.

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, São Paulo: Saraiva, 1996, *op. cit.*, p. 187.

⁴⁶ Sem embargo, é possível reconhecer a existência de uma hierarquia *axiológica* em face da ordenação de valores constitucionais. Nesse particular, os princípios constitucionais, por serem normas dotadas de intensa carga axiológica, são hierarquicamente superiores às regras constitucionais. Ademais, entre os próprios princípios constitucionais existe um escalonamento hierárquico de valores, podendo se falar, daí, em princípios e subprincípios (estes, meros desdobramentos daqueles ou princípios derivados). Canotilho, por exemplo, estabelece uma hierarquia entre os princípios constitucionais, nesta ordem decrescente: princípios estruturantes, princípios gerais e princípios específicos. Nesse sentido, J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*; Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*; Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, entre outros.

A unidade normativa da Constituição é importante, na medida em que o descumprimento de uma norma constitucional põe em perigo a própria unidade do texto magno. Assim, a garantia da supremacia de uma norma constitucional proporciona a garantia da própria Constituição.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: A GARANTIA DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

É, exatamente, na garantia de uma superior legalidade, que o controle judicial de constitucionalidade das leis encontra sua razão de ser: e trata-se de uma garantia que, por muitos, já é considerada como um importante, se não necessário, coroamento do Estado de direito e que, contraposta à concepção do Estado absoluto, representa um dos valores mais preciosos do pensamento jurídico e político contemporâneo” (Mauro Cappelletti)¹.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Como já sublinhado, a supremacia da Constituição – enquanto princípio jurídico que atribui à Constituição uma força subordinante e a eleva à condição de legitimidade e validade de todas as normas jurídicas positivadas em um dado Estado – é a base de sustentação do próprio Estado Democrático de Direito, seja porque assegura o respeito à ordem jurídica, seja porque proporciona a efetivação dos valores sociais.

Mas essa supremacia constitucional restaria comprometida se não existisse um sistema que pudesse garanti-la e, em consequência, manter a superioridade e força normativa da Constituição, afastando toda e qualquer antinomia que venha agredir os preceitos constitucionais. É nesse contexto que avulta a importância do controle de constitucionalidade como um sistema de defesa das Constituições, ou seja, um mecanismo institucionalizado (*meio*) de garantia da supremacia das normas constitucionais (*fim*) delineado pelo próprio texto constitucional².

¹ CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2ª ed., trad. Aroldo Plínio Gonçalves, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 129.

² MIRANDA, Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI. 4ª ed. Coimbra Editora, 2013, p. 54. Segundo o autor, “A garantia de uma norma comporta qualquer meio habilitado a conferir-lhe efetividade ou maior efetividade. A fiscalização é um meio institucionalizado, um sistema, um aparelho orgânico ou um processo criado a título mais ou menos específico para tal fim. A garantia é um fim mais que um meio, a fiscalização um meio, e nunca um fim em si; a garantia é um resultado (hipotético ou almejado), a fiscalização reside, antes de mais, numa atividade.”

Dito d'outro modo: em razão da supremacia constitucional, todas as normas jurídicas devem compatibilizar-se, formal e materialmente, com a Constituição. Caso contrário, a norma lesiva a preceito constitucional, através do controle de constitucionalidade, é invalidada e afastada do sistema jurídico positivado, como meio de assegurar a supremacia do texto magno.

Mas o controle de constitucionalidade, a par de assegurar a superioridade e força normativa da Constituição, como forma de sempre manter a prevalência das normas constitucionais, também se apresenta como um relevante meio de conter os excessos, abusos e desvios de poder, garantindo os direitos fundamentais.

O controle de constitucionalidade, portanto, revela-se como uma importante garantia da supremacia da Constituição, haurindo daí a sua própria razão de ser.

2. CONCEITO, PRESSUPOSTOS E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1. Conceito

Podemos conceituar o controle de constitucionalidade a partir de duas perspectivas: a *estrutural* e a *funcional*. Numa perspectiva estrutural, o controle de constitucionalidade é um mecanismo de defesa das Constituições, que atua como um verdadeiro sistema imunológico das normas constitucionais; já numa perspectiva funcional, o controle de constitucionalidade consiste numa atividade de fiscalização das leis e atos normativos do Estado em face da Constituição.

Considerando ambas as perspectivas, pode-se afirmar que o controle de constitucionalidade consiste em um sistema de defesa da integridade e higidez normativa da Constituição, que se opera por meio de uma atividade de fiscalização das leis e atos normativos do Estado em face da Constituição. Enquanto garantia de tutela da supremacia da Constituição, é uma atividade de verificação da validade e conformidade das leis e atos do poder público à vista de uma Constituição, desenvolvida por um ou vários órgãos constitucionalmente designados, no exame de um caso concreto (decorrente de uma ação judicial entre partes) ou na análise abstrata de um mero conflito de normas (decorrente do julgamento de ações diretas).

Com efeito, partindo da premissa teórica de que uma Constituição rígida é suprema ante todos os comportamentos normativos e atos do poder público, é indubitavelmente manifesta a necessidade em que se encontra o próprio texto constitucional de organizar *um sistema ou processo adequado de sua própria defesa*, em face dos atentados que possa sofrer, quer do Poder Legislativo, por meio das leis em geral, quer do Poder Executivo, através de atos normativos e concretos. Assim, “é justamente a tais sistemas ou processos de defesa, ou guarda

das Constituições rígidas, frente a tais ataques, que hoje se denomina ‘*controlle da constitucionalidade das leis*’³.

Para esse exato sentido apontam as lições de PEDRO CRUZ VILLALÓN⁴, que concebe o controle de constitucionalidade como “el modo a través del cual un ordenamiento reacciona frente a la existencia de normas contrarias a la Constitución”. Ou, consoante assegura o próprio autor, como “la garantía jurisdiccional de la primacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento, pero de forma primordial sobre las leyes como suprema manifestación ordinaria de la potestad normativa del Estado”.

Do ponto de vista prático, o controle de constitucionalidade ocorre assim: quando houver dúvida se uma norma entra em conflito com a Constituição, o órgão ou os órgãos competentes para o controle de constitucionalidade, quando provocados pelas ações adequadas, realizam uma operação de confronto entre as normas antagônicas, de modo que, constatada a inequívoca lesão a preceito constitucional, a norma violadora é declarada inconstitucional e tem retirada, em regra retroativamente, a sua eficácia, deixando de irradiar efeitos, quer para o caso concreto (no controle concreto), quer para todos ou “*erga omnes*” (no controle abstrato).

Em suma, o controle de constitucionalidade consiste numa atividade de verificação da conformidade ou adequação da lei ou do ato do poder público com a Constituição.

Ante essas breves considerações conceituais, resulta claro que constitui pressuposto universal e onipresente da existência de um controle de constitucionalidade, a *supremacia da Constituição*. Fica evidente que, sem essa virtude ou força condicionante da Constituição sobre todos os atos do poder público, não haveria controle de constitucionalidade⁵. No entanto, a existência de uma Constituição rígida e suprema, apesar de indispensável, não é o pressuposto único para o desempenho da jurisdição constitucional por meio do controle de constitucionalidade. Outros pressupostos são encarecidos, como veremos, em sumária análise, em item separado.

2.2. Pressupostos

A defesa das Constituições por meio do controle de constitucionalidade das leis e atos estatais *pressupõe* a reconhecimento das Constituições como

³ TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991, p. 372.

⁴ VILLALÓN, Pedro Cruz. *La Formación del Sistema Europeo de Control de Constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 26.

⁵ VILLALÓN, Pedro Cruz. *La Formación del Sistema Europeo de Control de Constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, op. cit., p. 26.

Constituições jurídicas e normativas, isto é, dotadas de juridicidade, supremacia e força normativa suficiente para vincular e subordinar toda atividade normativa e administrativa do Estado. Para além disso, é fundamental a previsão de, ao menos, um órgão com competência funcional para garantir o respeito à higidez e integridade normativa das Constituições.

Por essa razão, como destaca a doutrina⁶, o controle da constitucionalidade das leis e dos atos estais reclama os seguintes pressupostos: (a) existência de uma Constituição escrita e formal; (b) a compreensão da Constituição como norma jurídica fundamental dotada de rigidez e supremacia; e a (c) instituição de, pelo menos, um órgão com competência para o exercício dessa atividade de controle.

2.2.1. A Constituição escrita e formal

O controle da constitucionalidade requer a existência de uma Constituição escrita e formal. Quer dizer, demanda um conjunto normativo de princípios e regras escritas, plasmados num texto jurídico supremo.

A chamada Constituição costumeira ou histórica (não escrita), por ser juridicamente uma constituição flexível, não dispõe de um controle de constitucionalidade, já que, nos países que a adotam, vige o princípio da supremacia do parlamento, não se aceitando a fiscalização dos atos dele decorrentes.⁷

2.2.2. A Constituição como norma jurídica fundamental, rígida e suprema

Ademais de uma Constituição escrita e formal, é necessário compreendê-la como uma *norma jurídica fundamental*, rígida e suprema, a fim de distingui-la das leis comuns. Aliás, a rigidez constitucional decorre exatamente da previsão de um processo especial e agravado, reservado para a alteração das normas constitucionais, significativamente distinto do processo comum e simples, previsto para a elaboração e alteração das leis complementares e ordinárias. Essa diferença de regime, consistente na exigência de um processo especial e demasiadamente complexo para a alteração das normas constitucionais,

⁶ Ver, por todos, MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996; Idem: *Manual de Direito Constitucional*. T. II, p. 376-377; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 28-34; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed. atual., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 402-405.

⁷ É claro que, do ponto de vista sociológico, as Constituições costumeiras ou históricas são naturalmente rígidas, devido a grande dificuldade de serem alteradas em face da realidade da vida social. Assim, a Constituição inglesa (não escrita ou costumeira), do ponto de vista jurídico, é flexível; contudo, do ponto de vista sociológico, ela é, sem sombra de dúvida, mais rígida do que a Constituição brasileira (escrita).

confere à Constituição o *status* de norma jurídica fundamental, suprema em relação a todas as outras.

O controle de constitucionalidade só se manifesta, portanto, nos lugares que adotam Constituições rígidas⁸. Não obstante isso, é possível imaginar, como bem sublinha Clèmerson Merlin Clève⁹, a existência do controle de constitucionalidade nos Estados que adotam Constituições flexíveis, pelo menos em relação à inconstitucionalidade formal. A dizer, a inconstitucionalidade formal pode se verificar em face de uma Constituição flexível, uma vez que, fixado nesta um procedimento para a elaboração das leis, qualquer violação desse procedimento consistirá em inconstitucionalidade¹⁰. Por outro lado, embora possível a inconstitucionalidade formal, não é cogitável a inconstitucionalidade material perante as Constituições flexíveis. A rigidez constitucional, sim, é que se coaduna com os conceitos de inconstitucionalidade formal e material.

Decorre da rigidez constitucional, como já acentuado, a distinção entre as leis constitucionais (superiores ou supremas) e as leis comuns (inferiores), existindo entre elas, necessariamente, uma *relação de hierarquia*. Daí afirmar-se, corretamente, que a supremacia constitucional decorre como consectário lógico da rigidez da Constituição.

Assim, rigidez e supremacia constitucional constituem pressupostos indeclináveis do controle de constitucionalidade, de modo que não haverá este inexistindo aqueles. Desse modo, a ideia de controle de constitucionalidade das leis e atos do poder público surge como decorrência lógica da noção de *rigidez constitucional*. Deveras, se no sistema das Constituições rígidas estas não podem ser modificadas por leis ordinárias, mas tão-somente mediante os processos especiais agravados de emenda ou revisão constitucional, tracejados pela própria Constituição, segue-se logicamente que toda lei ordinária contrária à Constituição não pode ter validade, é radicalmente nula, é inconstitucional¹¹, devendo ser expulsa do sistema jurídico.

2.2.3. A previsão de órgão competente

A defesa de uma Constituição escrita e suprema, já asseveramos, viabiliza-se com o controle da constitucionalidade das leis e atos do poder público. Mas

⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, op. cit., p. 31.

⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, op. cit., p. 31.

¹⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, op. cit., p. 31.

¹¹ TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991, op. cit., p. 372.

esse controle somente existirá se a própria Constituição prever, expressa ou implicitamente, um ou mais órgãos com competência para realizá-lo.

Esse órgão tanto pode exercer função jurisdicional como política; tanto pode, no primeiro caso, integrar a estrutura do Poder Judiciário como situar-se fora dela. O importante é que tenha competência para exercer o controle da constitucionalidade dos atos do Poder Público.¹²

Bastante conhecida foi a polêmica envolvendo HANS KELSEN¹³ e CARL SCHMITT¹⁴ sobre quem deve ser o guardião da Constituição¹⁵.

KELSEN defendeu a necessidade de criação de um órgão especial, independente do Governo, do Parlamento e de qualquer outra autoridade estatal, ao qual se deveria confiar a guarda da Constituição. Para ele, esse órgão seria um Tribunal Constitucional, distinto dos tribunais ordinários, que desempenharia não propriamente uma função jurisdicional, mas uma função legislativa de caráter negativo. Na sua visão, o Tribunal Constitucional exerceria uma jurisdição constitucional de caráter legislativo, de modo que haveria dois órgãos partilhando da função legislativa: o Parlamento, enquanto legislador positivo, com competência para a criação das leis; e o Tribunal Constitucional, na condição de legislador negativo, com competência limitada à anulação das leis incompatíveis com a Constituição, pois, para o mestre de Viena, anular uma lei significa editar uma norma geral com sinal negativo¹⁶. Por esse raciocínio, seriam dois órgãos legislativos: o fiscalizado (Parlamento) e o fiscalizador (Tribunal Constitucional), sendo que este último com estatuto jurisdicional.

Já SCHMITT, em posição radicalmente oposta, sustentou a impropriedade de uma garantia judicial da Constituição. Segundo o autor, a solução de litígios constitucionais demanda a tomada de decisões políticas, e não jurídicas, de

¹² MIRANDA, Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI. 4ª ed. Coimbra Editora, 2013, op. cit., p. 55 e ss.

¹³ KELSEN, Hans. *Quién debe ser el defensor de la Constitución?*. Trad. Roberto J. Brie, Madrid: Tecnos, 1931; Idem: *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹⁴ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1998; Idem: *O guardião da Constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

¹⁵ Para uma leitura mais aprofundada da polêmica, conferir: HERRERA, Carlos Miguel. “La polemica Schmitt-Kelsen sobre el guardian de la Constitucion”. In: *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Epoca), n. 86, octubre-diciembre, 1994, p. 195-227; NICOLÒ, Zanon. “La polémique entre Hans Kelsen et Carl Schmitt sur la justice constitutionnelle”. In: *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1989, pp. 177 e ss.; BERCOVICI, Gilberto. “Carl Schmitt, o Estado total e o guardião da Constituição”. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. Editora Método, n. 1, jan/jul 2003, p. 195-201; LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. “O guarda da Constituição e sua legitimidade: a polêmica entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre a proteção da Constituição”. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*. Coimbra Editora, V. I, 2012, p. 457-468.

¹⁶ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 151-152.

sorte que a defesa da Constituição não pode estar confiada aos tribunais, mas sim a uma autoridade política que reúna condições de garantir a permanência e continuidade da unidade do Estado. Para o jurista alemão, essa autoridade só podia ser o chefe de Estado, isto é, o Presidente do *Reich*.

Na generalidade dos Países, a guarda da Constituição foi cometida aos Juízes e Tribunais. Alguns Países seguem o modelo Kelseniano (também chamado austríaco) de Tribunais Constitucionais, a estes atribuindo a garantia máxima da Carta Magna; outros, entretanto, orientam-se a partir do modelo estadunidense de Cortes Supremas, contentando-se em afetar a defesa do Texto Maior a Supremos Tribunais.

No Brasil, desde a primeira Constituição que consagrou o controle de constitucionalidade entre nós (1891), e por influência da doutrina da *judicial review of legislation* do direito norte-americano, cumpre ao Poder Judiciário o exercício do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público, em que pese a faculdade atribuída aos Poderes Legislativo e Executivo de desempenharem, em situações excepcionais, o controle preventivo e repressivo da constitucionalidade de certos atos e projetos legislativos.

Em Portugal, a garantia jurisdicional da Constituição vem sendo praticada desde a primeira Constituição Republicana (1911), sendo certo que o sistema de controle judicial da constitucionalidade das normas jurídicas foi deveras ampliado com a criação de um órgão especial – o Tribunal Constitucional Português, por força da primeira revisão constitucional (Lei Constitucional n. 1/82) da atual Constituição Portuguesa de 1976.

Também optaram por confiar a guarda da Constituição aos Tribunais Constitucionais, por exemplo, além da Áustria (1920, por sugestão de Kelsen), também a Alemanha (1951), a Itália (1956), Chipre (1960), Turquia (1961), Espanha (1978), Chile (1980), Bélgica (1984), Guatemala (1986), Coreia do Sul (1987), Argélia (1989), Hungria (1989), Croácia (1990), Bulgária (1991), Lituânia (1991), Albânia (1991), Macedônia (1991), Colômbia (1991), Cabo Verde (1992), República Tcheca (1992), República Eslovaca (1992), Romênia (1992), Andorra (1992), Rússia (1993), Eslovênia (1993), Peru (1993), Moldova (1994), Ucrânia (1994), Letônia (1996), Luxemburgo (1996), África do Sul (1996), Polônia (1997), São Tomé e Príncipe (2003), Equador (2008), Angola (2008), Bolívia (2009), República Dominicana (2010).

2.3. O Controle Judicial de Constitucionalidade e sua legitimidade democrática ante o novo paradigma do Estado Democrático de Direito. Breves anotações

Um dos maiores óbices ao reconhecimento do controle judicial de constitucionalidade das leis é a invocada falta de legitimidade democrática dos juízes,