

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE HISTÓRICA DO CONTROLE DIFUSO E CONCENTRADO

Aline Aparecida Santos Costa Peghini¹

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug²

“nenhum homem livre será preso ou privado de sua propriedade, de sua liberdade ou de seus hábitos, declarado fora da lei ou exilado ou de qualquer forma destruído, nem o castigaremos nem mandaremos forças contra ele, salvo julgamento legal feito por seus pares ou pela lei do país” art. 39 da Magna Carta, outorgada em 1215 por João Sem-Terra.

Resumo: O presente artigo examina o controle de constitucionalidade, cujo principal função trata em resguardar a Carta Magna, esta, revigorada com a democracia, com a aplicação de direitos fundamentais e proteção dos valores dos direitos de uma nação. Trata de um instrumento qual consagra à Constitui-

¹ Mestranda em Direito, pela Universidade Nove de Julho - Uninove. Especialista em Direito do Consumidor na experiência do Tribunal de Justiça da União Europeia e na Jurisprudência Espanhola, pela Universidade de Castilla-La Mancha, Toledo/ES (2018). Especialista em Direito Civil e Processo Civil, pela Escola Paulista de Direito - EPD (2012). Graduada em Direito, pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU (2006). Advogada. Vinculada a Universidade Nove de Julho – Uninove.

² Possui doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2008), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2002). É advogada e atualmente é professora da graduação e do mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho. Membro do Conselho Superior de Direito da Federação do Comércio e arbitra da FECOMERCIO arbitral e do Conselho Superior de Estudos Avançados da FIESP - CONSEA. Titular da Cadeira n. 77 da Academia Paulista de Letras Jurídicas. Membro do Conselho de Gestão da Secretária de Justiça da Prefeitura de São Paulo. Membro da Comissão de Reforma Política da OAB/SP e da Comissão Temporária para Estudos da proposta da PEC para a alteração dos critérios da indicação para os Ministros do Supremo Tribunal Federal e da Comissão de Reforma Política do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO/SP.

ção Federal sua perpetuidade de hierarquia ante os atos e leis reconhecidos como nulos por um órgão supremo que fiscaliza e que julga ao estarem em confronto com o mandamento nacional. Tal instrumento visa à garantia da ordem institucional e dos direitos dos cidadãos. O presente artigo fará uma abordagem histórica deste instituto vigente no ordenamento jurídico brasileiro. Para alcançar os objetivos pretendidos, utilizou-se dos métodos de abordagem hipotético-dedutivo e, quanto ao procedimento, análise documental e bibliográfica, de doutrina e jurisprudência.

Palavras-Chave: Controle de Constitucionalidade, História, Brasil

CONSTITUTIONAL JURISDICTION: A HISTORICAL ANALYSIS OF DIFFUSE AND CONCENTRATED CONTROL

Abstract: This article examines the control of constitutionality, whose main function is to protect the Magna Carta, which is reinvigorated with democracy, with the application of fundamental rights and protection of the values of the rights of a nation. It treats of an instrument that consecrates the Federal Constitution its perpetuity of hierarchy before the acts and laws recognized as null by a supreme organ that supervises and that judges to be in confrontation with the national commandment. This instrument aims at guaranteeing the institutional order and the rights of citizens. This article will make a historical approach to this institute in force in the Brazilian legal system. In order to achieve the intended objectives, we used hypothetical-deductive methods and, in terms of procedure, documentary and bibliographic analysis, doctrine and jurisprudence.

Keywords: Constitutionality Control, History, Brazil

Sumário: Introdução - 1. Distinção entre Jurisdição Ordinária e Jurisdição Constitucional - 2. Antecedentes históricos do controle de constitucionalidade e do princípio da supremacia da constituição - 2.1 O surgimento do judicial review nos Estados Unidos - 2.2 A resistência francesa: o controle político de constitucionalidade como garantia da vontade geral - 2.3 A difusão dos dois modelos e o predomínio do judicial review - 2.4 A segunda geração de jurisdição constitucional: o modelo de Tribunal Constitucional - 3. Controle de Constitucionalidade no Brasil - Considerações finais - Referências Bibliográficas

INTRODUÇÃO



o abordar e examinar a diferença primária entre jurisdição Ordinária e Constitucional, em decorrência, examinará as nascentes históricas que envolveram o que se tem hodiernamente de controle de constitucionalidade.

Sendo assim, analisará o tratamento recebido na Grécia antiga, da Idade Média, da evolução jusnaturalista, o importante surgimento da *judicial review* nos Estados Unidos, da revolução dos Parlements franceses.

Com efeito, verificará a existência de dois modelos importantes que influenciaram o controle de constitucionalidade no Brasil, o difuso e o concentrado, modelos os quais resguardam a soberania do estado, seus valores axiológicos a fim de salvaguardar a lei suprema com suas garantias e eficácia. O atual modelo brasileiro é objeto de aperfeiçoamento?

Para alcançar os objetivos pretendidos, utilizou-se dos métodos de abordagem hipotético-dedutivo e, quanto ao procedimento, análise documental e bibliográfica, de doutrina e jurisprudência.

1. DISTINÇÃO ENTRE JURISDIÇÃO ORDINÁRIA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

No que tange à Jurisdição Ordinária, esta tem como escopo o estudo basilar da ciência processual qual se acha tratado no estudo da Teoria Geral do Processo, neste, examinam-se os conceitos, os complexos princípios e regras, as características processuais entre outros elementos que regem o exercício conjunto da jurisdição, pelo Estado-Juiz; da ação, pelo demandante - e da defesa, pelo demandado -; bem como os ensinamentos acerca do processo, procedimento e pressupostos (SOUSA, José Augusto Garcia de, 2014, p. 10). Neste aspecto pontuam-se três instrumentos básicos, quais sejam: Jurisdição; Ação e Processo.

Nesse compasso, Cândido Rangel Dinamarco:

A Jurisdição refere-se ao o Poder do Judiciário em aplicar o direito no caso concreto a fim de solucionar o conflito. A Ação é o direito das partes em exigir do Judiciário a prestação da jurisdição, isto é, a tutela jurisdicional de um direito material, ou seja, um instituto bifronte, ou seja, o direito de exigir que o Estado efetive a Jurisdição, seja como autor, seja como réu. Por fim, o Processo é o instrumento, um meio pelo qual a jurisdição atua e o direito de ação exercido, todos instrumentos da “Trilogia Estrutural” (DINAMARCO, Cândido Rangel, 1994, p.17-24).

Chama-se Direito Processual o complexo de normas e princípios que regem tal método de trabalho, ou seja, o exercício conjugado da jurisdição pelo Estado-juiz, da ação pelo demandante e da "defesa pelo demandado (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, 2010, p. 46) .

Registra-se ademais e, por oportuno que a fonte formal do Direito Processual, por excelência, é a lei *lato sensu*. Em sentido estrito, pontua primariamente a Constituição Federal da República, qual indubitavelmente se dedica aos princípios constitucionais processuais, os previstos no art. 5º, como: segu-

rança jurídica e coisa julgada (inciso XXXVI); inviolabilidade da intimidade e sigilo das correspondências e comunicações, relacionadas à atividade probatória e cognitiva processual (incisos X e XII); direito à informação (inciso XXXIII); tutela jurisdicional efetiva inafastabilidade do Poder Judiciário (inciso XXXV); juiz natural (incisos LIII e XXXVII); devido processo legal (inciso LIV); contraditório e ampla defesa (inciso LV), entre outros. No que se referem às fontes materiais, essas se destinam a despontar e informar o sentido das normas processuais. São assim considerados os princípios gerais do direito, os costumes, a jurisprudência e a doutrina (SOUSA, José Augusto Garcia de, 2014, p. 11).

Do exposto, verifica-se que a teoria do processo estabelece um reflexo dos valores de uma época, ou seja, há intrínseca vinculação entre valor, e, moral ao tempo em que está sendo analisada a relação entre sociedade e Estado. Não há como desenvolver teoria e dogmática processual à distância do direito constitucional e das formas de tutela prometidas pelo direito hegemônico (JÚNIOR, Antônio Pereira Gaio), destarte, passe-se a examinar o quanto se infere na Jurisdição Constitucional, como manifestação de soberania do Estado.

A Jurisdição Constitucional trata da fiscalização da constitucionalidade, além do julgamento de ilícitos praticados por titulares de órgãos constitucionais, CAPPELLETTI, enriquece a compreensão ao tratar como jurisdição constitucional da liberdade, para proteção, em gênero, dos direitos fundamentais (Cappelletti, apud, SAMPAIO, José Adércio Leite, 2002, p. 22).

Para Hans Kelsen, trata da “a garantia jurisdicional da Constituição”, e “é um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais” (KELSEN, 2003, p. 123-124).

Há quem trate como “contencioso constitucional”, e ainda, quem se atente mais ao lado formal-orgânico da concep-

ção, fundamentalmente por um órgão especializado, encarregado na missão de resolver os conflitos constitucionais que lhe fossem conferidos (SAMPAIO, José Adércio Leite, 2002, p. 22-23), como *v.g.* ações constitucionais para a tutela de direitos fundamentais (habeas corpus — inciso LXVII; mandado de segurança — inciso LXIX; mandado de injunção — inciso LXXI; habeas data — inciso LXXII; ação popular — inciso LXXIII).

Incumbi à jurisdição constitucional uma atividade administrativa de certificação - de vacância, de controle de requisitos ou condições de elegibilidade ou incompatibilidade -, mas na maioria, exercerá uma atividade própria de *jurisdictio*, em todos os seus aspectos, formais e materiais (SAMPAIO, José Adércio Leite, 2002, p. 24).

Para Paulo Bonavides:

Consoante se verifica num consenso que se cristaliza, está na Constituição Federal a morada da justiça, da liberdade, dos poderes legítimos, o paço dos direitos fundamentais, portanto, a casa dos princípios, a sede da soberania. A época constitucional que vivemos é a dos direitos fundamentais que sucede a época da separação de poderes.

Em razão disso, cresce a extraordinária relevância da jurisdição constitucional, ou seja, do controle de constitucionalidade, campo de batalha da Lei Fundamental onde se afiança juridicamente a força legitimadora das instituições. Em verdade, a justiça constitucional se tornou uma premissa da democracia: a democracia jurídica, a democracia com legitimidade (BONAVIDES, Paulo, 2004).

Do exposto examinou-se que ambas exercem atividade jurisdicional, contudo, a Jurisdição Ordinária e Constitucional se diferem em relação às partes, à matéria e à forma, haja vistas que a Ordinária está vinculada à chamada “Trilogia Estrutural”, e a Constitucional, abriga a outorga de poderes a um órgão jurisdicional a fim de que este questione e positive-se a adaptação das leis e demais atos ao texto constitucional.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO CONTROLE DE

CONSTITUCIONALIDADE E DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

A *lex fundamentalis*, está fundamentalmente vinculada a jurisdição constitucional, a supremacia e a sujeição das leis em observância e cumprimento as suas garantias e eficácia.

Pontua José Adércio Leite Sampaio acerca do controle de constitucionalidade e do prisma acerca da supremacia da constituição havido desde a Grécia ao jusnaturalismo:

Em Atenas havia a distinção de *nómos* (lei superior) e o *pséfisma* (parecida hoje com as normas infraconstitucionais). Para alteração das leis superiores (das *nómoi*) seguia um procedimento complexo por meio do corpo legislativo (*nomothétes*), eleitos para este fim. O *pséfisma* (*normas infraconstitucionais*) era produto de Assembleia Popular (Ekklesia) que, embora pudesse ser abstrato e geral, deveria guardar relação com os *nómoi*. Já na Grécia eram os *éforos*, que exercitavam um poder em relação às vias públicas e privadas, velavam pela educação dos jovens e controlavam ilotes e os estrangeiros, na salvaguarda da “Constituição” de Esparta, os *éforos* eram um corpo representativos das cinco tribos de espartanas. (SAMPAIO, José Adércio Leite 2002, p. 25).

Dos *nomoi* gregos, passando pela *civitatis status* dos romanos, não se pode esquecer da força legitimadora do *jus naturale*, que tinha uma marca antológica desde a antiguidade, mas que ganhará especial relevância na era medieval como norma superior de inspiração divina, que deveria ser atendida sempre pelo *jus positum*, sob pena de não ter este validade ou ensejar a resistência e o tiranicídio. Em relação ao prisma material do jusnaturalismo transportava a ideia de “direito inato” do homem, qual produziam tanto o comportamento dos indivíduos entre si, quanto em face do poder político. Mesmo em tons racionais essa ideia de um direito natural e magistral e imponente marcará o florescimento do Estado-Nação por séculos. (SAMPAIO, José Adércio Leite 2002, p. 25-26).

Verifica-se que remonta à antiguidade a proteção da lei suprema, dos gregos ao jusnaturalismo. Na Grécia já ofereciam a distinção entre *nómoi* e *pséfisma* na, enquanto na Idade Média “o direito natural assumia um lugar de destaque na concep-

ção vigente do Direito, uma vez que se lhe reconhecia o *status* de norma superior, de derivação divina, na qual todas as outras normas deviam ser inspiradas, sob pena de nulidade” (CUNHA JÚNIOR, 2007, p. 61). Assim, sua força legitimadora deve resguardar o aspecto valorativo do momento histórico, e os aspectos atributivos de uma corte para salvaguardar referida lei suprema.

Em continuidade, o esboço do controle realizado por juízes, de forma emblemática, foram marcantes em diferentes vertentes na história:

a) *Sir Edward Coke*, XVII defendia o poder dos juízes para analisar a conformidade e a validade da *statutory law* com a *common law*, em face mesmo do Rei e do Parlamento;

Segundo Lord Coke, a supremacia da *Common Law* era garantida pelos juízes, que exerciam uma autoridade de árbitro entre o Rei e a Nação. Assim, os juízes deveriam controlar a legitimidade das leis votadas pelo Parlamento, negando aplicação àquelas contrárias à *Common Law*.

No entanto, as ideias de Edward Coke – da supremacia da *Common Law* e de sua garantia pelos juízes – foram abandonadas na Inglaterra com a revolução de 1688, a partir da qual foi proclamada a doutrina da supremacia do Parlamento (*supremacy of the Parliament*), ainda hoje vigente naquele País, onde não se fala em controle judicial de constitucionalidade (CUNHA JÚNIOR, 2007, p. 62).

Com efeito, demonstra-se hodiernamente um modelo de abstenção de fiscalização de constitucionalidade, na Inglaterra dividido em duas frentes:

b) a dos Parlements franceses, sec. XVII para o XVIII;

Pós-revolução de 1789, pontua a experiência francesa qual pregou a separação entre poder constituinte, fonte da Constituição, e os poderes constituídos, ou seja, adotou o princípio da separação de poderes de forma significativa, sem admitir interferência entre os poderes, o que significa inclusive na inexistência de controle de constitucionalidade haja vistas a ruptura existente entre os poderes (BARBOSA, Danielle Salvi-

ano, 2012).

c) a do Provy Council do rei, no séc. XVIII que declarava ou não a legitimidade e eficácia das leis promulgadas pelas colônias inglesas na América de acordo com as leis do Reino britânico. Há registros de que entre 1696 e 1782, a Privy Council anulou mais de 600 leis coloniais, tanto em face de controle abstrato (*legislative review*), quanto de controle concreto (*judicial review*) (SAMPAIO, José Adércio Leite, 2002, p. 27-28).

O conceito de Constituição escrita, formal e rígida, formulado a partir dos textos jusnaturalistas, deriva de duas ordens de direito: *jus positum e jus naturale*. Ambas em uma única espinha dorsal sejam integrantes de um sistema positivo, de conteúdo aberto e poroso a uma ordem de valores, uma “Constituição” guiada por princípios, produto do conhecimento teórico-científico (dogmático), “que se realiza na emissão de uma norma por parte de forças politico-constitucionais” (SAMPAIO, José Adércio Leite 2002, p. 28).

Paulatinamente se observa a evolução histórica do controle de constitucionalidade, a fiscalização de leis é oriunda de um processo de maturação de séculos de história, assim, após verificar os estudos desde a Grécia antiga até a evolução jusnaturalista, passa-se a estudar outro marco histórico, o surgimento do *judicial review* nos Estados Unidos.

2.1 O SURGIMENTO DO *JUDICIAL REVIEW* NOS ESTADOS UNIDOS

O constitucionalismo dos Estados Unidos merece destaque, isto devido ao advento da criação da jurisprudência e não do texto positivado na Constituição. Nesse sentido, destaca-se o relevante antecedente histórico decidido em Rhode Island, 1786, *Trevett v. Weeden*, no qual os juízes deixaram de conhecer o caso, por inexistência do pressuposto de jurisdição,

advento qual declararam a lei inválida ante a contrariedade a Constituição do Estado (POLETTI, apud, BARBOSA, Danielle Salviano, 2012).

Com efeito, a Constituição de 1787 consagrou a sua supremacia em face de qualquer disposição estadual que lhe fosse contrária. Ademais, destaca-se o caso *Ware x Hylton*, julgado em 1796, com base na Constituição de 1787, nesse, a Suprema Corte avalizou que os tratados, por possuírem o mesmo ânimo da Constituição, não poderiam ser violados por leis estaduais. Outrossim, o caso *Marbury x Madison*, julgado por John Marshall em 1803, ganhou mais notoriedade (BARBOSA, Danielle Salviano, 2012).

Marshall inseriu o *judicial review* - controle concreto - no contexto histórico das tradições coloniais e na opinião de alguns constituintes, reconhecendo o poder de juízes e Tribunais para examinar a constitucionalidade das leis no Congresso. Assim, ele lançou a base:

há apenas duas alternativas – muito claras para serem discutidas: ou a Constituição controla qualquer lei contrária a ela, ou a legislatura pode alterar a Constituição mediante uma lei ordinária. Entre tais alternativas, não há meio termo: ou a Constituição é a lei suprema, inalterável por meios ordinários, ou se encontra no mesmo nível das leis, e, portanto, como qualquer delas, pode reformar-se ou deixar-se sem efeito sempre que o Congresso (assim) entender. Se é certa a primeira alternativa, então uma lei contrária à Constituição não é lei; mas se, ao contrário, é verdadeira a segunda, então as Constituições escritas são intentos absurdos do povo para limitar um poder ilimitável por natureza. (...) é princípio, pressuposto, por ser essencial a todas as Constituições escritas, que uma lei contrária à Constituição é nula; e que as cortes, assim como os outros departamentos, estão vinculados a este instrumento. (ESTADOS UNIDOS. *Marbury v. Madison*, 1803, SAMPAIO, José Adércio Leite 2002,p. 28).

Consagrado o sistema judicial de controle de constitucionalidade das leis, este modelo de criação advindo da jurisprudência, influenciou outros países que adotam Constituições

rígidas.

2.2 A RESISTÊNCIA FRANCESA: O CONTROLE POLÍTICO DE CONSTITUCIONALIDADE COMO GARANTIA DA VONTADE GERAL

Resumidamente, a aversão à instituição de um órgão particularizado no controle da vontade geral reafirmou na Terceira República: Havia densa desconfiança em relação aos magistrados na França, desta sorte, “a vontade da nação não poderia ser controlada por uma vontade superior a ela mesma, senão pela consciência daqueles que exerciam o poder legislativo e pela sua responsabilidade, pelo menos moral, em face da nação” (SAMPAIO, José Adércio Leite 2002, p. 33).

2.3 A DIFUSÃO DOS DOIS MODELOS E O PREDOMÍNIO DO *JUDICIAL REVIEW*

Ambos os modelos divagaram por vários países, sendo aplicado ou não o controle político da Constituição, contudo não se olvida que se conduz sempre à manutenção da Constituição. Nesse sentido, José Adércio Leite Sampaio pondera que:

É curioso notar que, embora a ideia de constituição que alimentava os revolucionários franceses e o constitucionalismo europeu continental daquele tempo não fosse muito diferente da que se fomentava nos Estados Unidos, bastando ver, por exemplo, que o preâmbulo da Declaração de Direito do Homem e do Cidadão de 1789 estabelecia que a Declaração se fazia “com vistas a que os atos do poder legislativo e do poder executivo, podendo ser comparados a cada instante com o fim de toda instituição política, fossem mais respeitadas” e, “com o fim de que as reclamações dos cidadãos, fundadas a partir de então sobre os princípios simples e indiscutíveis, conduz sempre à manutenção da constituição”. Os europeus se mostravam arredios à sua administração (2002,p. 35-36).

O modelo norte-americano recebeu críticas advindas

tanto da direita e da esquerda, ou seja:

À direita em face da Restauração do “princípio monárquico por antonomásia” o princípios dos alemães que considerava-se o monarca uma fonte pré-constitucional do poder e a constituição, sob o signo da articulação monarca com a representação burguesa “pouco mais que retórica em sua parte dogmática”; à esquerda, a Constituição como uma simples folha de papel sem interesse algum, só o de ocultar as relações reais de poder. E, pouco a pouco o desenho de Marshall ganhou o mundo dando origem a mimetismo ou a novas elaboradas soluções (SAMPAIO, José Adércio Leite 2002,p. 35-36).

Após o caso *Marbury x Madison*, julgado por John Marshall em 1803 houve a majoração do significado da jurisdição constitucional, enquanto à resistência Francesa, pontua a desconfiança em relação aos juízes, portanto, destaca-se a propagação dos modelos e o distanciamento entre eles.

2.4 A SEGUNDA GERAÇÃO DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: O MODELO DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Surge com 1803 nos Estados Unidos quando um juiz Marshal da suprema corte Americana julga o caso *Marbury X Madison*, e reconhece que a constituição é documento jurídico superior aos demais (cria-se o denominado sistema difuso *judicial review*). Em 1920 na Áustria sob a inspiração de Hans Kelsen, surge o denominado controle concentrado por cortes constitucionais.

A evolução da “justiça administrativa” a admitir aos cidadãos a defesa de seus direitos contra atos lesivos da Administração foi propagada na Europa início do séc. XX, ou seja, a inspiração da velha ideia anglo-saxã da justiça política, do impeachment de órgãos supremos, por traição ou delitos ministeriais e a consolidação de um sistema jurisdicional de proteção das liberdades fomentou também de reforço. (SAMPAIO, José Adércio Leite 2002,p. 36-37).

Hans Kelsen criou em 1920 a teoria de uma “justiça constitucional” dedicada a dar ao ordenamento jurídico, concebido de forma piramidal e hierárquica, a solidez necessária, nesse sentido:

O Reichsgericht austríaco era competente para resolver além do controle dos atos administrativos com base nos recursos individuais, certas categorias de conflitos de atribuição e de litígios sobre incidentes patrimoniais. A Constituição de Weimar dá um passo adiante, atribuindo ao Tribunal Supremo do *Reich* também o poder de fiscalização da constitucionalidade das leis dos *Länder*. (SAMPAIO, José Adércio Leite 2002,p. 36-37).

Contrariamente à tese schmittiana, que via no chefe do executivo, especialmente na Alemanha, no Presidente do *Reich*, a personalidade encarnada do guardião da Constituição, Kelsen mostrava a preocupação de resguardar os valores democráticos de jurisdição constitucional: A) que passava pela consideração da Constituição como uma norma jurídica portadora dos valores supremos da ordem jurídica e, portanto, fonte de validade das normas inferiores (norma *normarum*); B) cuja supremacia haveria de ser respeitada pela atuação de um tribunal especial, criado para se situar fora da organização jurisdicional ordinária, mediante um sistema de controle de constitucionalidade concentrado; C) composto de juízes com especial conhecimento técnico-jurídico e sensibilidade política aguçada e D) dotado de sentença com efeitos gerais e vinculantes (Cappelletti, apud, SAMPAIO, José Adércio Leite 2002,p. 36-37).

A instituição de uma corte constitucional é justificada como único órgão competente para anular atos inconstitucionais – Hans Kelsen mostra que “a jurisdição constitucional é um elemento do sistema de medidas técnicas que tem por fim garantir o exercício regular das funções estatais”, notando que “a função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder” que “uma Constituição em que falte a garantia de anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória, no sentido técnico”.

Em nenhum momento pontua o controle difuso, para

Kelsen havia apenas o controle de constitucionalidade concentrado em nenhum outro, como o difuso (o controle difuso é aquele que pode ser feito o controle de constitucionalidade por todos os juízes, mas sempre quando estiverem analisando um caso concreto, entre as partes).

Assim, para Luciana Russo:

No controle concentrado da Constituição Federal a competência para julgar é exclusiva do Supremo Tribunal Federal. A provocação deve ser feita, via ação, por um dos legitimados previstos no artigo 103, CF (Presidente da República; Mesa do Senado Federal; Mesa da Câmara dos Deputados; Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; Governador de Estado ou do Distrito Federal; Procurador-Geral da República; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional). A norma será analisada abstratamente, em tese, sendo o controle de sua constitucionalidade o próprio mérito da ação. A decisão, nesse caso, será aplicável para todos e vinculará os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração direta e indireta das esferas federal, estadual e municipal (não vincula a função legislativa). Dessa forma, é como se a norma fosse retirada do ordenamento jurídico, pois a partir dessa decisão não será mais aplicável para ninguém. (RUSSO, 2014)

Portanto, o sistema concentrado surge num contexto constitucional autoritário (KELSEN, 2003, p. VII-XVIII).

Destarte nasce a crítica devido à dificuldade de aplicar em sistemas jurídicos. Assim tem a polêmica entre Kelsen e Carl Schmitt este, tratava que o guardião da Constituição era presidente da República. Kelsen denunciava a natureza ideológica dessa tese, herdeira do princípio monárquico (KELSEN, 2003, p. VII-XVIII). Do exposto histórico de importância salutar, passa-se a examinar da acerca do controle de constitucionalidade no Brasil.

3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

No Brasil o controle difuso nasce com a constituição 1891, haja vistas a inexistência do controle de constitucionalidade na Constituição de 1824, qual havia o poder moderador do “monarca” a ele competia à solução de conflitos e igualmente acerca da eventual inconstitucionalidade de leis. O controle concentrado, surge com a ação interventiva 1934 e amplia-se com a emenda 16/1965 que cria a representação de inconstitucionalidade (ADI) (LAGO, 2010).

Sérgio Sérvulo da Cunha, ao traduzir o livro de Hans Kelsen, ponderou:

Há um ponto de contato com os problemas discutidos e a realidade constitucional brasileira pós-1988. O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, moldado em 1891 com base no sistema americano, aperfeiçoou-se com o tempo, expandindo-se com as medidas de natureza ou efeitos coletivos. A primeira alteração relevante ocorreu após 1946, com a efetiva possibilidade de ser suspensa, pelo Senado, a execução da lei considerada inconstitucional pela Corte Suprema (art. 52, inciso X, da CF/88). A segunda alteração tange a “representação de inconstitucionalidade” a Lei n.º 4.337 de 1964, regulou a “declaração de inconstitucionalidade”, fazendo-a retornar ao leito original da representação interativa, mas a emenda de 1965 que promulgou os atos institucionais e institucionalizou a reforma do judiciário promovida pelo governo de Castelo Branco deu ao Supremo Tribunal Federal competência para julgar “a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”. A terceira alteração foi a edição do STF a partir de 1963 das súmulas de sua jurisprudência que embora não tivesse força obrigatória, sintetizou suas decisões em casos semelhantes (KELSEN, 2003, p. VII-XVIII).

O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis no Brasil surgiu a partir da proclamação da República, no fim do século XIX, inspirado no sistema norte-americano do *judicial review*. Mas a escola jurídica brasileira era a Civil Law, e não a Common Law. O direito brasileiro era positivado nas leis, enquanto nos Estados Unidos se tinha o *stare decisis*, que

impõe força vinculante aos precedentes judiciais. Essa diferença entre os dois grandes sistemas jurídicos exigiria mais tarde algumas adaptações no sistema de controle difuso e concreto brasileiro.

Com o constante aperfeiçoamento do controle difuso de constitucionalidade, o Brasil passou a adotar o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, difundido por Hans Kelsen. E desde então os dois sistemas de controle judicial de constitucionalidade convivem. A história do *judicial review* no Brasil demonstra que esse instituto ainda está em construção.

Luís Roberto Barroso acrescenta que a jurisdição brasileira está em ascensão, haja vistas a “conjugação de fatores da restauração democrática de 1988, o revigoramento da cidadania e, sobretudo, a ampliação dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade” (BARROSO, 2003, p. 666). E, prossegue:

O constitucionalismo (limitação ao poder) e a democracia (se funda na soberania popular) ideias originariamente antagônicas, são pontos de partida, não de chegada, para uma sociedade fundada no pluralismo, no respeito aos direitos humanos e na justiça social. O estado democrático de direito não é apenas aquele em que há o predomínio da maioria, mas também o que assegura os direitos fundamentais, respeita os princípios civilizatórios e promove a causa da humanidade (BARROSO, 2003, p. 664).

A supremacia da constituição e a jurisdição constitucional são estruturas pelos quais princípios e direitos, sopesados como inalienáveis pelo poder constituinte originário, são subtraídos do campo decisório ordinário dos agentes políticos eleitos pelo povo, salvaguardados pelas ferramentas de controle de constitucionalidade das leis (BINENBOJM, Gustavo, 2001, apud BARROSO, 2003, p. 664).

Outra narrativa histórica importante para evolução do controle no Brasil trata da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, qual determinou a implantação do regime de repercussão geral aos recursos extraordinários, a redução das distâncias

entre os dois modelos seguidos no Brasil. Nesse sentido:

Há uma tendência crescente de objetivação e concentração do controle de constitucionalidade outrora puramente subjetivo e difuso. Isso demonstra que a atual regulamentação dos instrumentos de controle de constitucionalidade ainda não atingiu o seu caráter definitivo” (LAGO, 2010).

Nas palavras de Gustavo Binzenbojm, apontados por Luís Roberto Barroso:

A jurisdição constitucional é, portanto, uma instância de poder contra majoritário, no sentido de que sua função é mesmo a de anular determinados atos votados e aprovados, majoritariamente, por representantes eleitos. Nada obstante, entende-se, hodiernamente, que os princípios e direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados, são em verdade, condições estruturantes e essenciais ao bom funcionamento do próprio regime democrático; assim, quando a justiça constitucional anula leis ofensivas a tais princípios ou direitos, sua intervenção se dá a favor, e não contra a democracia. Esta a fonte maior de legitimidade da jurisdição constitucional (BINENBOJM, Gustavo, 2001 apud BARROSO, 2003, p. 665).

O atual modelo brasileiro híbrido de controle de constitucionalidade acha-se em constante aperfeiçoamento, seja por alterações normativas, seja pela via jurisprudencial. A história da jurisdição constitucional brasileira ainda está em construção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao abordar e examinar a diferença primária entre jurisdição Ordinária e Constitucional, verificou haver uma conexão entre ambas, ao exercerem atividade jurisdicional, contudo, a Ordinária está vinculada à chamada “Trilogia Estrutural”, e a Constitucional, remete a subordinação de leis de demais atos constitucionais a um órgão jurisdicional na proteção da lei suprema.

Paulatinamente observa-se a evolução histórica do controle de constitucionalidade, a fiscalização de leis permanece

em constante evolução, seja da Grécia antiga, da Idade Média, da evolução jusnaturalista, da *judicial review* nos Estados Unidos, da revolução dos Parlements franceses, perenemente se verificou a legitimação de proteção do aspecto valorativo do momento histórico, e os ares atributivos a fim de salvaguardar a lei suprema com suas garantias e eficácia.

A *judicial review* dos Estados Unidos consagrou o sistema judicial de controle de constitucionalidade das leis, este modelo de criação advindo da jurisprudência, reconheceu o poder dos juízes e Tribunais para examinar a constitucionalidade das leis no Congresso. Ao revés da resistência francesa, cujo entendimento decorreu do controle político de constitucionalidade como garantia da vontade geral, razão pela qual a vontade da nação não poderia ser controlada por uma vontade superior a ela mesma.

Com efeito, ambos os modelos divagaram por vários países, sendo aplicado ou não o controle político da Constituição e sua manutenção. O Controle de Constitucionalidade no Brasil sofre influencia de ambos os modelos, por vezes há uma dicotomia entre os modelos que sofrem valorações axiológicas com o perpetuar dos tempos.

Em especial após a Carta Política de 1988, houve o empoderamento da restauração democrática, cidadã e em especial no artigo em comento, a ampliação dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Tudo, para o bom funcionamento do regime e garantia da anulabilidade de leis ofensivas, garantia da aplicação dos princípios os quais visam primar pela aplicação da legitimidade da jurisdição constitucional, face os direitos fundantes da Carta Maior.

O atual modelo brasileiro ainda será objeto de aperfeiçoamentos, seja por novas alterações normativas, seja mesmo pela via jurisprudencial. A história da jurisdição constitucional brasileira ainda está em construção.



REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Danielle Salviano. *Antecedentes Históricos e Sistemas de Controle de Constitucionalidade*. [S.l.], 2012. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,antecedente-s-historicos-e-sistemas-de-controle-de-constitucionalidade,40137.html>. Acesso em: 30 dez 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional. Tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)*. Estud. av. vol.18 no.51 São Paulo May/Aug. 2004. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000200007>. Acesso em: 27 dez 2017.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo ; GRINOVER, Ada Pellegrini ; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26^a Ed., ver. e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2010.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade*. 2^a ed. Salvador: Juspodivm, 2007.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p.17-24.
- JÚNIOR, Antônio Pereira Gaio. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2^a ed. [s.l,s.d.]. Disponível em: <file:///C:/Users/WINDOWS7/Downloads/b2a088d95b109c72b3286b58bc5777d1.pdf>. Acesso em: 27 dez 2017.
- KELSEN, Hans. *A jurisdição constitucional. Tradução Sérgio*

- Sérvulo da Cunha*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LAGO, Rodrigo Pires Ferreira. *A jurisdição constitucional no Brasil: uma história em construção*. [S.l.], 2010. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-jurisdicao-constitucional-no-brasil-uma-historia-em-construcao>. Acesso em: 31 dez 2017.
- LEITE, Gisele. *Considerações sobre a Teoria Geral do Processo com enfoque no novo CPC*. Fonte: FISCOSOFT, 12 abr 2016. Disponível em: http://fenacon.org.br/noticias/consideracoes-sobre-a-teoria-geral-do-processo-com-enfoque-no-novo-cpc-501/?utm_source=akna&utm_medium=email&utm_campaign=Press+Clipping+Fenacon++12+de+abril+de+2016. Acesso em: 27 dez 2017.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional. O controle abstrato de normas no Brasil e Alemanha*. 5ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- RUSSO, Luciana. A diferença entre os efeitos da decisão proferida no controle difuso e no controle concentrado de constitucionalidade. [S.l.], 2014. Disponível em: <https://lucianarusso.jusbrasil.com.br/artigos/112019691/a-diferenca-entre-os-efeitos-da-decisao-proferida-no-controle-difuso-e-no-controle-concentrado-de-constitucionalidade>. Acesso em: 30 dez 2017.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição Reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SOUSA, José Augusto Garcia de. *Teoria Geral Do Processo*. [s.l.] : FGV, 2014. Disponível em: https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/teoria_geral_do_processo_2014-2.pdf. Acesso em: 27 dez 2017.

TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 156