



**Faculdade de Jussara – FAJ**  
**Curso de Direito**

GLEPSON ATAIDES DE SOUSA

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE FACE À INCOMPETÊNCIA DO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO PROCESSAMENTO DAS AÇÕES DE  
NATUREZA ABSTRATA**

Jussara

2014



**Faculdade de Jussara – FAJ**  
**Curso de Direito**

GLEPSON ATAIDES DE SOUSA

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE FACE À INCOMPETÊNCIA DO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO PROCESSAMENTO DAS AÇÕES DE  
NATUREZA ABSTRATA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Jussara, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor João Paulo

Jussara

2014

SOUSA, Glepson Ataides de.

O Controle de Constitucionalidade face à Incompetência do Supremo Tribunal Federal no Processamento das Ações de Natureza Abstrata.

Sousa. – Jussara, 2014.

GLEPSON ATAIDES DE SOUSA

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE FACE À INCOMPETÊNCIA DO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO PROCESSAMENTO DAS AÇÕES DE  
NATUREZA ABSTRATA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da  
Faculdade de Jussara, como requisito para a  
obtenção do título de Bacharel em Direito.

O(a) candidato(a) foi considerado(a) \_\_\_\_\_ pela banca  
examinadora.

---

João Paulo Oliveira  
Orientador

---

Orion Alves Rabelo Junior  
Membro da banca

---

Gilsiane Alves Dias  
Membro da banca

Dedico este trabalho

À Deus, por ter me colocado neste caminho e ter feito com que eu conhecesse os meus amigos, e o principal, nunca ter me abandonado.

Ao professor João Paulo de Oliveira por toda dedicação e paciência com que me orientou.

Aos meus amigos, presentes e não presentes, dos quais contei todos estes anos e tenho a certeza que contarei por todo sempre.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço aos meus familiares pelo apoio

Aos colaboradores da família FAJ pela oportunidade de construir meu futuro profissional.

“A democracia surgiu quando, devido ao fato de que todos são iguais em certo sentido, acreditou-se que todos fossem absolutamente iguais entre si.”.

(Aristóteles)

## RESUMO

Este trabalho trata do sistema de controle de constitucionalidade das normas em seu critério concentrado ou abstrato, tentando apontar uma suposta incompetência do Supremo Tribunal Federal em análise de tais matérias, dando o entender de haja uma suposta violação ao Princípio da Separação dos Poderes. Diante da abstração da matéria foco do controle concentrado, levanta-se a questão quanto à competência do Supremo Tribunal Federal para o exercício de tal controle, isto se evidencia quando comparada a matéria foco do controle abstrato frente à natureza do referido órgão julgador, que no caso em questão pertence ao Judiciário.

**Palavras- chaves:** Controle abstrato. Corte constitucional. Inconstitucionalidade. Separação dos Poderes.

## **ABSTRACT**

This work deals with the control of constitutionality of the rules in its concentrated or abstract criterion system, trying to point out the supposed incompetence of the Federal Supreme Court for review of such matters, giving understand there is an alleged violation of the Principle of Separation of Powers. Given the abstraction of matter focus of concentrated control, raises the question as to the jurisdiction of the Supreme Court to exercise such control, it is evident when compared to the field of focus abstract control opposite the nature of the judging body, which in case in question belongs to the judiciary.

Key words: Abstract Control. Constitutional court. Separation of Powers. Unconstitutional.

## **LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E SÍMBOLOS**

CF – Constituição Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

TST – Tribunal Superior do Trabalho

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>CAPÍTULO 1 .....</b>	<b>13</b>
1.1 Conceitos e Finalidades.....	13
1.1.1. Definições.....	13
1.1.2. Objetivos .....	14
1.1.3. Constitucionalismo na Antiguidade .....	14
1.1.4. As Perspectivas do Novo Constitucionalismo.....	16
1.2. Das Constituições Brasileiras.....	16
1.2.1. Constituição Imperial de 1824 .....	17
1.2.2. Constituição Republicana de 1891 .....	17
1.2.3. Constituição de 1934.....	17
1.2.4. Constituição de 1937 .....	18
1.2.5. Constituição de 1946.....	18
1.2.6. Constituição de 1967 .....	18
1.2.7. Constituição de 1969, ou Emenda nº1/69?.....	19
1.2.8. Constituição de 1988 .....	19
1.3. Dos Princípios Constitucionais .....	20
1.3.1. Conceito .....	20
1.3.2. Da República Federativa do Brasil.....	21
1.3.3. Da Separação dos Poderes.....	22
1.3.4. Do Estado Democrático de Direito .....	22
<b>CAPÍTULO 2 .....</b>	<b>23</b>
2.1. A divisão e separação dos poderes .....	23
2.2. O Pacto Federativo .....	24
2.3. Poder Executivo .....	24
2.3.1. No Âmbito Federal.....	25
2.3.2. No Âmbito Estadual e Distrital .....	25
2.3.3. No Âmbito Municipal .....	26
2.4. Poder Legislativo.....	26

2.4.1. Sistema Representativo do Poder Legislativo .....	26
2.4.2. No Âmbito Federal.....	27
2.4.3. No Âmbito Estadual e Distrital .....	28
2.4.4. No Âmbito Municipal .....	28
2.5. Poder Judiciário.....	28
2.5.1. Jurisdição.....	29
2.5.2. Unidade da Jurisdição .....	29
2.5.3. Órgãos Jurisdicionais .....	30
<b>CAPÍTULO 3 .....</b>	<b>31</b>
3.1. Da inconstitucionalidade.....	31
3.2. Do Controle de Constitucionalidade .....	32
3.3. Do Sistema de Controle de Constitucionalidade.....	32
3.4. Do Critério de Controle de Constitucionalidade .....	33
3.5. Das Ações do Controle Abstrato .....	34
3.5.1. Da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) .....	34
3.5.2. Da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).....	35
3.5.3. Da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) .....	36
3.5.4. Da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) .....	37
3.6. Da suposta incompetência do STF no julgamento das ações de controle de constitucionalidade em matéria abstrata .....	38
3.7. O Princípio da Separação dos Poderes na perspectiva de Paulo Bonavides .....	39
3.8. Sugestão da criação da Corte Constitucional como órgão do controle abstrato ..	40
3.8.1. Crítica à PEC 275/13.....	41
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>42</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>44</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso terá por objeto analisar e esclarecer os aspectos abordados na doutrina especializada hodierna, que procura a verdadeira essência do instituto do sistema de controle de constitucionalidade das normas, focalizando no modo abstrato, com o intuito de questionar a validade da competência do Supremo Tribunal Federal para a análise de tal matéria.

A motivação da escolha do presente tema se deu pela relevância do Princípio da Separação dos Poderes na estruturação do Estado e pelo fundamental papel que o mesmo representa para a Democracia. Os elementos tratados neste trabalho, tais como a abstração ou a concretude da matéria do controle de constitucionalidade, são de uma profunda complexidade, vez que, refletindo sobre cada um perceber-se-á a afronta à independência e harmonia dos três poderes, sendo este o ponto nevrálgico da presente obra.

Durante o desdobrar do trabalho, opta-se por citações de renomados doutrinadores constitucionalistas brasileiros, sem deixar de lado a legislação vigente e até mesmo não vigente, para título de fundamentação histórica.

Para que se chegue à questão objetivada pelo presente estudo, mister é analisar a competência do Judiciário Brasileiro comparando-a com os fundamentos da legitimidade da análise de matéria abstrata no controle concentrado, findando assim, na questão violação da independência e harmonia necessárias entre os poderes.

A estruturação deste estudo divide-se em três capítulos, e cada qual, com suas respectivas subdivisões em itens e subitens. Deste modo, busca mostrar, de maneira sucinta, um panorama vislumbrado desde os vários movimentos constitucionalistas históricos, passando pela instituição do Princípio da Separação dos Poderes, qual como é hoje, concluindo com o sistema de controle de constitucionalidade abstrato, fruto principal do texto.

O primeiro capítulo visa apontar os principais movimentos constitucionalistas, ao longo da história, fazendo apontamentos da realidade de seu tempo. Trataremos de todas as constituições já existentes em nosso ordenamento, fazendo observações quanto às diferenças de determinados elementos de uma constituição para outra.

O segundo capítulo adentrará na enumeração dos poderes ou funções estatais, citando, na história, a sua noção de divisão proposta por Aristóteles, e também, sua separação proposta por Montesquieu. Tenta ainda, de maneira superficial, tratar dos vários institutos de cada poder, tais como Federação, Sistema Representativo, entre outros, tentando mostrar a estruturação de cada um.

E finalizando, o terceiro capítulo irá abordar os vários institutos e instrumentos do controle de constitucionalidade, mostrando ao qual o sistema brasileiro mais se adequa, encerrando na tese de que o atual órgão que realiza o controle das normas, em caráter abstrato, coloca em questão a independência e harmonia dos três poderes, tendo em vista a legitimidade de declarar inconstitucional, ou constitucional, leis ou atos normativos dos demais poderes.

# CAPÍTULO 1

## Constitucionalismo

### 1.1 Conceitos e Finalidades

Para um trabalho que versa sobre direito constitucional, mister se faz a análise dos principais movimentos ao longo da história, tanto no Brasil como em outros relevantes movimentos no ocidente, do qual o nosso direito constitucional deriva.

Segue então, a conceituação e finalidade de constitucionalismo e os principais movimentos que fundamentaram o direito constitucional atual.

#### 1.1.1. Definições

Relacionado com o termo constituição, o constitucionalismo deve ser entendido, ao nosso pensar, como o movimento gerado de ideologias que fundamentam novas diretrizes governamentais, fazendo assim uma revolução político jurídica e conquistando novas garantias.

Ao longo da história, o constitucionalismo veio sempre em confronto com o absolutismo e às várias formas de governos despóticos, nascido dos exageros cometidos pelo soberano, tendo sempre um caráter de “contrato” entre o estado e o povo, com o intuito de limitar o poder soberano.

Na conceituação de constitucionalismo dada pelos notáveis professores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, em sua obra *Direito Constitucional Descomplicado*, podemos extrair:

Denomina-se constitucionalismo o movimento político, jurídico e ideológico que concebeu ou aperfeiçoou a ideia de estruturação racional do Estado e de limitação do exercício do seu poder, concretizada pela elaboração de um documento escrito destinado a representar sua lei fundamental e suprema. (PAULO, 2012, p.01).

Nota-se, que os doutrinadores entendem a necessidade de uma concretização das normas em um documento escrito, observação esta não citada por outros reconhecidos doutrinadores. Podendo ser apontado Canotinho na citação de Pedro Lenza, na obra *Direito Constitucional Esquematizado*, constitucionalismo é:

(...) teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma *teoria normativa da política*, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo'. (LENZA, 2012, p.56).

Diante da relação indissolúvel entre constituição e constitucionalismo, e também da inércia da maioria da doutrina em tratar da necessidade, ou não, de um documento escrito para que se configure o movimento constitucionalista, força-nos a entender que não há a exigência de uma constituição escrita para a configuração do movimento constitucionalista, tendo em vista a aceitação da doutrina majoritária de constituições de estado de forma não escrita. Neste sentido, arrolamos o entendimento de Marcelo Alexandrino e Vicente de Paulo (2012), que apesar de apresentarem um entendimento de exigibilidade da norma escrita, admitem a forma de constituição não escrita, senão vejamos: “Quanto à forma, as constituições podem ser escritas ou não escritas” (p.11). Mas, relevante é observarmos que, ao longo de toda a história do evento em questão, o mesmo costuma ficar materializado em documentos, podendo-se dar como exemplo os dez mandamentos e as leis de Moisés, sendo uns dos mais antigos da história.

### **1.1.2. Objetivos**

O constitucionalismo, como já dito, não é fruto de uma revolução histórica, sempre é um grande causador de uma revolução no modo de governar um estado, seja na aquisição de novas garantias de direito, seja da forma de estrutura governamental, como a separação de poderes, ou mesmo, no surgimento de princípios limitadores do poder estatal.

Fazendo um contraste em alguns movimentos constitucionalistas e os seus objetivos acima citados, infere-se que alguns de seus objetivos não se faziam presentes em determinados pontos da história, onde o constitucionalismo manifestou-se. A Exemplotista, temos as leis mosaicas, que visualizamos somente o objetivo de normatização social, não exercendo uma influência direta na forma e limites do poder estatal, tão pouco tendo uma visão separatista do poder soberano.

Com o passar dos séculos, identificamos na assinatura da carta magna de 1215, pelo Rei João da Inglaterra, que esta renunciava certos direitos em favor da burguesia e o clero da época. Surge aí a ideia de limitação do poder estatal, tendo em vista que com a renúncia de certos direitos, nasce da outra parte, certas garantias por parte do povo (burguês).

Quanto ao constitucionalismo, que visa uma nova forma de estruturação do poder estatal por meio do sistema de separação dos poderes, podemos julgar este como um evento recente em relação aos vários séculos em que se busca identificá-lo. Tal característica (separação dos poderes), que se vê presente em todo o mundo ocidental contemporâneo, veio torna-se figura presente na realidade humana com as revoluções do século XVIII, mais especificamente a Revolução Francesa, que se desvincula de uma vez por todas do absolutismo clássico de governar e cria, com a Declaração dos Direitos do homem, várias garantias de direitos, nascendo também a primeira geração (ou dimensão) dos direitos humanos.

### **1.1.3. Constitucionalismo na Antiguidade**

Ao falar em constitucionalismo, limitada fica a nossa análise se somente apontarmos os grandes movimentos personificados em grandes revoluções ao longo da história, tais com a Revolução Francesa entre outros, tendo em vista que a noção de constitucionalismo perde-se nos confins das eras.

Sabe-se que um dos primeiros acontecimentos que podemos qualificá-lo como sendo um movimento constitucionalista, apesar de não ser fruto de um movimento popular e democrático, são as leis de Moisés fundamentadas nos dez mandamentos. Tal

documento estabeleceu certas regras aos membros da sociedade, dando diretrizes para o estado Teocrático de como deveria ser organizado.

### **1.1.3.1. Constitucionalismo Greco-Latino**

Dentro do constitucionalismo antigo podemos enumerar Roma e Atenas, de uma só vez, como exemplos de cidades-estados que tiveram com objeto de formação a adoção da democracia como maneira de governar, facultando ao cidadão maior efetividade nas deliberações do governo. Tanto no governo de Roma, como no de Atenas, encontra-se presente a democracia.

Contudo, vale lembrar, que a primeira (Roma) foi uma inspiração da segunda (Atenas), e limitou-se ao período Republicano (508 a.C – 27 a.C), ao passo que Atenas, foi na idade antiga o maior modelo de cidade-estado de sua época, mais precisamente no século V a.C, com as reformas constitucionais estimuladas por Péricles e Efialtes, atingindo o auge da democracia grega.

Importante ressaltar que até o momento limitamo-nos em movimentos democráticos, cuja razão é o fato de que a democracia quase sempre foi o motivo da maior parte dos movimentos constitucionalistas. Porém, encontram-se na história vários movimentos, pouco providos de democracia, mas que não perderam o caráter constitucionalista, tendo em vista o aspecto modificador das normas que regem um estado. Um exemplo disso é a queda da república Roma para a monarquia imperial de Augusto César.

### **1.1.3.2. Inglaterra (Carta Magna 1215)**

Apesar de se encontrar no período da idade média, qualificamos o movimento constitucionalista de 1215 como constitucionalismo antigo por se encontrar em uma época onde reina o absolutismo. No entanto, é o marco inicial de uma era em que o povo começa a ter mais voz, e conseqüentemente mais oportunidade na participação do governo e na garantia de novos direitos.

Na Inglaterra de 1215, a população (Clero e burguesia, somente) insatisfeita com o governo pressiona o então Rei João (também conhecido como “João Sem Terra”) a dar-lhes maiores garantias de direito, exigindo o tratamento igual entre os ingleses, garantindo-lhes certas liberdades políticas, dando maiores liberdades à igreja, entre outras. Relevante observar que a carta em comento foi uma inspiração muito profunda do documento firmado entre o Rei Henrique I e a população que dava maiores liberdades civis a esta e a igreja.

O documento em questão é considerado por muitos como a primeira constituição escrita, tendo em vista o seu caráter limitador dos poderes do rei materializados em um documento escrito.

### **1.1.3.3. Constitucionalismo Clássico ou Liberal.**

Com o passar do tempo, inevitável foi o enfraquecimento do poder absoluto exercido pela Igreja e da monarquia causado pelo movimento Iluminista, dando à população maiores chances na busca por seus direitos, naquele momento, focado nos princípios voltados para o homem livre, sendo eles:liberté, igualité e fraternité (em português: liberdade, igualdade e fraternidade).

Tanto na Europa com em territórios colonizados por esta, mais especificamente as treze colônias americanas, desencadearam revoluções no sentido de busca pela liberdade do homem em face dos interesses das autoridades soberanas, deflagrando a revolução americana nas treze colônias europeias, que mais tarde veio a torna-se os Estados Unidos da América, e a Revolução Francesa, esta de maior representação na conquista no que se refere à conquista dos direitos do homem.

A Revolução Americana teve como resultado a independência das colônias europeias em 4 de julho de 1776, e o reconhecimento de sua independência pelo Reino Unido em 1783, tendo 4 anos depois a proclamação de sua primeira constituição pela convenção constitucional da Filadélfia. Podemos considerar esta constituição como sendo a primeira constituição como conhecemos hoje.

O período de 1789 a 1798 foi, sem sombra de dúvida, o período mais marcante da história da França, e porque não dizer, um dos momentos mais importantes na história da humanidade.

A Revolução Francesa pôs fim ao governo da monarquia absoluta na França, e desencadeou em todo o mundo uma tendência a seguir este pensamento inovador. Teve como marco da conquista do seu direito a Declaração dos Direitos do Homem, que assegura ao homem o direito à liberdade. E como o ponto que materializa o movimento constitucionalista, resultado da revolução, é a promulgação da Constituição Francesa ocorrida em 1791, que dá novos rumos na maneira de governar e institui nova estruturação do estado.

#### **1.1.3.4. Do Constitucionalismo Moderno**

Findo o estado absolutista, inicia-se no século XIX uma forma de governo com ideologias liberais, nascendo aí o capitalismo como tendência político econômica na grande maioria dos países ocidentais. Tais ideologias alcançaram grande êxito no que se refere à conquista da liberdade econômica aos direitos de propriedade. Entre outros, porém, tomou proporções exageradas, tornando-se um “capitalismo selvagem”, onde o único objetivo era os lucros dos setores produtivos representante da economia dos países, tornando a classe proletariado cada vez mais explorada por grandes indústrias, nascendo assim, uma grande desigualdade social na população.

No início do século XX, iniciara-se grandes revoltas da população de trabalhadores que tinha como foco de luta melhores condições sociais e a luta pela igualdade social. Tais eventos modificaram consideravelmente a forma de governo de muitos países, podendo ser dado como exemplo a queda do império russo com a instituição da URSS (União das Repúblicas Socialistas Soviéticas), que tinha o comunismo como ideologia política em oposição total ao capitalismo, como meio de promover a igualdade social.

Porém, a geração (ou dimensão) de direitos, os chamados direitos sociais, ficou consolidada em 1919 com a instituição da constituição de Weimar, que regulou o estado alemão durante a República de Weimar, até o Reich Nazista.

Tem-se representado na constituição de Weimar, o movimento constitucionalista consolidador dos direitos sociais.

#### **1.1.3.5. Constitucionalismo Contemporâneo**

Após a segunda guerra mundial, nasce a terceira, e por enquanto, última geração ou dimensão dos direitos inerente ao ser humano, completando com a Fraternidade o lema da Revolução Francesa, *liberté, égalité e fraternité*<sup>1</sup>.

Tal ocorrência se deu devido ao alto nível da ignorância e egoísmo humano diante das atrocidades cometidas na última grande guerra, nascendo a preocupação das nações, em sua maioria, do bem estar, não de um grupo específico, mas de toda a humanidade.

A Fraternidade como o elemento da conquista dos direitos humanos consolidou-se com a criação da ONU (Organização das Nações Unidas) como órgão incumbido de promover a paz no mundo. Paz esta, que veio personificada como direito ao homem<sup>2</sup>, sendo todos eles *o direito a paz, o direito ao meio ambiente, o direito ao desenvolvimento, e o direito ao patrimônio comum da humanidade*.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinada em 1948, foi o marco do surgimento da fraternidade como terceira geração de direitos humanos, sendo essa conquista aprovada, naquela época, por 48 países, entre eles o Brasil, ficando este obrigado ao cumprimento interno das conquistas constante do tratado, tendo como normas implícitas o ordenamento constitucional. Como se pode observar, através da segunda parte do § 2º do art. 5º da CF, os direitos e garantias expressos na CF não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados por ela, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, isto é, a Declaração Universal dos Direitos

---

1

<sup>1</sup> Tradução em português: Liberdade, Igualdade e Fraternidade. Respectivamente.

2

<sup>1</sup> Sobre o assunto: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. 13ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2011. (p.76)

Humanos exerce uma influência profunda na Constituição Brasileira no que diz respeito aos direitos humanos.

#### **1.1.4. As Perspectivas do Novo Constitucionalismo**

O constitucionalismo do futuro é o instrumento consagrador dos direitos de terceira geração (ou dimensão), fazendo como que estes se juntem de maneira mais efetiva aos direitos sociais (direitos de 2º geração), criando assim uma perspectiva mais realista dos direitos humanos, deixando de lado o caráter teórico dos textos e partindo para uma visão mais prática das possibilidades governamentais.

Na citação de Pedro Lenza (LENZA, 2012, p.60), José Roberto Dromi deixa entender que o constitucionalismo futuro terá uma abrangência maior, de um efeito internacional em determinados pontos, como o princípio da dignidade da pessoa humana, que se universalizará para todas as constituições futuras. O nobre doutrinador aponta outro aspecto interessante: a integração dos povos por meio de órgãos supranacionais, visando uma relação espiritual, moral, ética e institucional entre os povos de todas nações.

### **1.2. Das Constituições Brasileiras**

Desde o nascimento da soberania brasileira, vista como estado independente da coroa portuguesa, o Brasil passou por vários acontecimentos que deixaram ao longo da história o rastro do constitucionalismo figurado por suas oito constituições (considerando a Emenda nº1/69 como sendo uma constituição, como veremos a frente). Durante estes 191 anos de independência o Brasil passou por profundas variações, desde a forma de governo até a expressão dada como nome para o Brasil.

#### **1.2.1. Constituição Imperial de 1824**

Com a conquista da independência do Brasil de Portugal, o então Imperador Dom Pedro I convoca uma assembleia constituinte geral em 1823 para que fosse criada uma carta constitucional para as diretrizes do novo estado independente.

Logo se vê a dissemelhança das outras constituições, pois esta não foi criada por um poder constituinte composta por parlamentares eleitos pelo povo - como ocorre atualmente - e sim, por um conselho criado pelo próprio monarca. Isto se deu porque o Brasil não estava livre da monarquia absolutista - como estava acontecendo em outros países como França e Estados Unidos - devendo o estado brasileiro ser governado pelo Imperador, senhor absoluto e protetor do Brasil.

Muito embora a referida constituição tenha recebido fortes influências das constituições Norte Americana e Francesa, a Brasileira não seguiu o mesmo sentido em determinados pontos, tais como a separação dos poderes, tendo em vista a primeira carta magna ter adotado a teoria quadripartida, e não, a tripartida de Montesquieu.

Os poderes do estado Brasileiro deveriam ser divididos de forma que a função administrativa fosse exercida pelo Imperador por meio de seus ministros de estado, cuja função legislativa seria exercida pelo sistema bicameral, influenciado pelo modelo adotado nos Estados Unidos, dividida em duas câmaras: a dos deputados e a dos senadores, sendo os primeiros leitos e os segundos escolhidos pelo então Imperados, e estes com cargo vitalício. O judiciário era o terceiro poder, exercidos por juízes e tribunais de júri. O quarto e último era o poder moderador, exercido diretamente pelo Imperador, que tinha a função de manter o equilíbrio entre os demais e interferir onde entendesse necessário.

### **1.2.2. Constituição Republicana de 1891**

Em meados de 1860 o Império Brasileiro começa a entrar em decadência, reflexo das várias revoluções ocorridas neste século e a desmotivação com o governo. Em 15 de novembro de 1889 é proclamada a república como regime de governo pelo Marechal Teodoro da Fonseca pelo Decreto nº1 de 1889, Decreto este que iria direcionar o primeiro governo provisório da república. Em 1890 é constituída a assembleia constituinte, e em

24 de fevereiro de 1891 é promulgada a segunda constituição do Estado Brasileiro como nação independente, e a primeira constituição republicana.

A constituição republicana veio com relevantes mudanças no constitucionalismo brasileiro, que apresenta características até nos dias de hoje, como por exemplo o rompimento com a Igreja católica, que na constituição anterior era considerada religião oficial do estado, a de 1891 até a atual considera o Brasil um país Laico. Outra grande importante mudança foi a forma de separação dos poderes, que passara a adotar a chamada teoria da tripartição dos poderes.

Com as novas disposições constitucionais, o legislativo continua adotar o sistema Bicameral. Porém, agora os senadores deixam de ter cargo vitalício, passam a ter mandato de nove anos, são eleitos pelo povo e com representatividade de 3 senadores por estados. Cria-se no Judiciário o Supremo Tribunal Federal como o órgão supremo deste Poder, que antes era exercido pelo Superior Tribunal de Justiça. A primeira revisão da constituição de 1891 foi feita em 1926.

### **1.2.3. Constituição de 1934**

Como a revolução de 1930, que culminou no golpe de estado, deu a presidência para o candidato vencido nas eleições de mesmo ano - Getúlio Vargas -, decaiu-se a chamada “república velha” para dar lugar a chamada “república nova”.

Com a crise política, Getúlio é levado ao poder por meio do Decreto 19.398, de 11 de novembro de 1930. Este decreto é também o diploma legislativo que rompe com a antiga constituição e serve como base para um governo provisório até a próxima constituição.

Em 1932, movida pelo clamor popular, é convocada uma constituinte para confeccionar o novo diploma constitucional, que em 1934 é promulgado.

A constituição de 1934 adota a mesma forma de governo (República), mesma forma de estado (Federativo), a mesma separação de poderes (Tripartida), e mesmo sistema de governo (Presidencialista) da constituição anterior, porém, não adota o mesmo

sistema de representatividade adotada pela constituição de 1891, que era o bicameralismo rígido, que consistia na existência de duas casas com valores iguais entre si.

No entanto, o modelo adotado pela nova constituição é o chamado pela doutrina de Unicameralismo imperfeito, que consistia na existência de duas casas, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, sendo que este último atuaria como mero assistente do primeiro.

Outra mudança digna de nota é o sistema de representação para a Câmara dos Deputados, que deveria ser composta por candidatos eleitos pelo povo, por um sufrágio universal, pelo voto direto e igual. Atípica foi a destinação de vaga, para a referida casa, de representantes de classes, sendo estas dos seguintes setores: Lavoura e pecuária, indústria, comércio e transporte, trabalhadores liberais e funcionários públicos (art. 23, § 3º, da Constituição Federal de 1934). Tal atipicidade foi atribuída à inspiração no governo Fascista de Benedito Mussolini, por quem o então presidente brasileiro tinha certa admiração.

#### **1.2.4. Constituição de 1937**

A Constituição de 1934 previa mandato de quatro anos para o cargo de presidente da república e com a eleição indireta do Presidente Getúlio Vargas, este deveria governar até 1938. Durante este período surgiram alguns movimentos de esquerda idealizados pela *Aliança Nacional Libertadora*, liderada pelo engenheiro militar e político Luiz Carlos Prestes, que militava por ideais sociais comunistas. Mas o expressivo e decisivo movimento, que veio servir como fundamento de uma decisão radical do governo, deu-se em 1937 com a suposta pretensão de derrubada do então Presidente Getúlio do poder, fazendo com que este decretasse, com o aval do congresso, estado de guerra, dando um golpe de estado e implantando o chamado “Estado Novo” e outorgando, no mesmo ano, a nova Constituição do país, dando início ao que o Presidente intitulou como “nacer da nova era”.

A nova constituição assim como a anterior tinha fortes influências do fascismo e um caráter altamente autoritário, assim como as nações originadoras do fascismo. Ponto muito interessante nesta constituição e que comprova o autoritarismo, é o fato de na

constituição em comento o Poder Executivo ter limites de atuação um tanto anormal em relação aos dias atuais, que faça com que este (Poder Executivo) adentre nas competências que em situações normais (democráticas) seriam de outros órgãos (Legislativo e Judiciário).

A título de exemplificação da magnitude do poder exercido pelo Presidente da República no período chamado de “Estado Novo”, temos o art. 96 § único da constituição em cheque, que inutiliza a força do judiciário quando este declara a inconstitucionalidade de ato do governo federal, sendo tal ato entendido como necessário para a ordem do país.

Outro fato curioso, e que também merece atenção, é que o art. 178 da CF de 1937 dissolvia a câmara dos deputados, o senado federal, as assembleias legislativas dos estados e as câmaras dos vereadores dos municípios, criando o parlamento nacional para as atividades legislativas até a formação de novos órgãos, porém isso nunca veio a se realizar em seu governo.

Sendo assim, percebe-se o governo da “nova era” foi um período onde a democracia foi desrespeitada devido ao alto grau de autoritarismo do governo em violar a representação popular, e ainda, desrespeitar o Pacto Federativo diante da alta influencia na administração dos outros entes da federação (Estados e Municípios) frente ao ato de dissolver seus órgãos legislativos, como preleciona o art. 178 ora comentado.

### **1.2.5. Constituição de 1946**

Em 1939 o governo nazista alemão invade a Polônia dando início a II Guerra Mundial. Em 1943, submarinos alemães atacam navios Brasileiros, forçando Getúlio Vargas a criar a Força Expedicionária Brasileira (FEB), demonstrando apoio aos Aliados (Reino Unido, França, União Soviética, Estados Unidos entre outros) e declarando Guerra ao Eixo (Alemanha, Itália, Japão entre outros).

Com tal posicionamento, Getúlio é fortemente criticado pela elite intelectual da época, tendo em vista o seu governo ser pautado em ideais fascistas, que agora acaba em

contradição frente à declaração de guerra<sup>3</sup>. Para tentar reverter a situação, Getúlio convoca para 1945 eleições que deveria ocorrer em sufrágio direto. Durante a campanha alguns movimentos surgem em apoio a Getúlio, fazendo com que este acredite na futura vitória.

Ainda em 1945, Getúlio nomeia Benjamim Vargas como chefe de polícia do Distrito Federal. Este, entre outros atos do presidente, fez com que as Forças Armadas, com receio de que o presidente aplicasse um novo golpe de estado, depusesse-o passando a atividade executiva para José Linhares, Presidente do STF da época, até que ocorressem as eleições presidenciais. Ocorrida as eleições, vence o candidato General Gaspar Dutra com 55% da aprovação popular.

Ainda em 1945 o parlamento foi eleito, e com a Lei constitucional nº 13/45 foi atribuído ao parlamento poderes constituintes para a formação da nova constituição. Em 1946 a constituinte foi formada e em 18. 09. 1946 o novo texto foi promulgado<sup>4</sup>. A nova constituição (CF de 1946) foi idealizada nas raízes liberais da primeira constituição republicana (CF de 1891) e nos ideais sociais da segunda (CF de 1934). Vê-se então, que a Constituição de 1946 é pautada em um novo liberalismo que não deixa de lado as questões sociais.

A constituição em foco, como já dito, herdou fortes indícios da constituição da “velha república” (1891), podendo dar como exemplo o renascimento do princípio do bicameralismo igual, que na vigência da “nova república” foi abandonado, frente ao unicameralismo imperfeito da CF de 1934 e a “quase” inexistência de legislativo da CF 1937. O judiciário retoma a efetividade das declarações de inconstitucionalidade de ato

---

3

<sup>1</sup> Na verdade o Presidente Getúlio Vargas nunca foi contrário ao ideal Fascista e Nazista, sendo até simpatizante de tais ideais, como mostra o caso Olga Benário. Acontece que o Governo Brasileiro foi forçado pelos países aliados por meio de pressão econômica e política.

4

<sup>1</sup> A título de curiosidade, a referida constituição encontra-se como a quinta Constituição do Brasil, como estado independente e a terceira constituição promulgada juntamente com a de 1891 e 1934. As demais (1824 e 1937) foram todas outorgadas.

do governo ainda no governo transitório do Ministro José Linhares, ou seja, antes da CF 1946, da qual continua presente esta constituição.

### **1.2.6. Constituição de 1967**

Em 31 de março de 1964 o então Presidente da República, João Goulart, foi deposto de seu cargo pelo chamado *Supremo Comando da Revolução*, formados por comandante das Forças Armadas, sob o fundamento da proteção da segurança nacional, argumentando que o Presidente da época (João Goulart), tinha pretensões de implantar, no Brasil, um modelo de política moldado nos ideais comunistas. Nasce então, um dos períodos mais “negros”<sup>5</sup> na história da política no Brasil.

Com o golpe militar, era necessário um mecanismo legislativo que possibilitasse uma forma de governo mais autoritário, sendo que a vigente constituição de 1946 impediria tal medida. Foi então que o Governo Militar adotou os Atos Institucionais como uma forma de alterar a maneira de como deveria proceder a gestão do país naquele momento. No período entre o início da ditadura (01/04/1964) e a criação da constituição de 1967, a constituição de 1946 teve uma vigência meramente formal, tendo em vista tal período ter sido governado por quatro Atos Institucionais (AI-1 ao AI-4).

Como já era de se esperar, frente a tanta demonstração de poder por parte dos militares, a constituição de 1967 foi fundamentada para exercício de um governo déspota e de condutas antidemocráticas. O texto da referida constituição foi formalmente promulgado, levando-se em conta a aprovação do Congresso Nacional. Porém, diante do autoritarismo exercido pelo Comando Militar em relação à liberdade de mudanças no

---

5

<sup>1</sup> É sempre bom lembrar que, golpes militares sempre foram presentes na história do nosso país, começando pelo nascimento da nossa República, que pode se dizer que foi imposta. Outro momento de atuação do militarismo no Brasil foi o golpe dado em 1930, que deu o poder a Getúlio Vargas. Sendo este deposto em 1945 por aquele mesmo que o levou ao poder.

texto constitucional e o clima tenso naquele momento, autores como Pedro Lenza e José Afonso da Silva<sup>6</sup> entendem ser a referida constituição outorgada, e não, promulgada.

A constituição em questão fora forjada sob forte influência daquela que constituiu o segundo golpe de Getúlio Vargas, ou seja, a de 1937, tendo um caráter meramente formal em alguns pontos.

Nestas formalidades não materializadas na prática e que mostram peculiaridades importantes na constituição de 1937, podemos extrair as seguintes:

- A. O art. 1º da CF/37 qualifica o Brasil como uma República Federativa. No entanto, diante dos poderes de intervenção na gestão dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios não se pode enxergar respeito ao Pacto Federativo, aproximando o País a uma forma de estado unitário, fazendo do art. 1º uma simples formalidade;
- B. O princípio da separação dos poderes era outra formalidade no texto constitucional, frente ao alto poder de interferência do Executivo nos demais, v.g.a autonomia da administração em legislar, por meio de Atos Institucionais e Atos Complementares, demonstram a inexistência de Separação de Poderes.

Finalmente, no final do ano de 1968, já vigendo a CF de 1967, diante de forte pressão contra o governo, iniciam-se movimentos contra seu autoritarismo, fazendo com que o Presidente da República baixasse o AI-5, dando início ao mais sombrio e cruel período da Ditadura Militar no Brasil.

Dentre várias barbáries do AI-5 podemos marcar: a suspensão dos direitos políticos de qualquer cidadão; a suspensão da garantia do *habeas corpus* para crimes políticos contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular; a intervenção do Presidente da República nos Estados e Município (que mostra o desrespeito ao Pacto Federativo elencado no art. 1º da CF/67); a autonomia do Presidente da República em decretar recesso ao Congresso Nacional, as Assembleias Legislativas e

---

6

<sup>1</sup> LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 16ª ed. São Paulo, Saraiva, 2012. (p.121) e SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33ª ed. São Paulo, Editora Malheiros, 2010. (p. 40)

das Câmaras dos Vereadores (mostrando o desequilíbrio dos Poderes, quiçá, a inexistência de Legislativo) e o disposto no art. 11 do referido ato, que excluem da apreciação do Judiciário os atos praticados de acordo como o ato institucional em questão e seus subseqüentes atos complementares (dando outra demonstração de desrespeito do Princípio da Separação dos Poderes e ao Princípio da Justiça).

### 1.2.7. Constituição de 1969, ou Emenda nº1/69?

Após o AI-5, o então Presidente da República Marechal Costa e Silva, passa por complicações de saúde, transferindo o poder para as mãos de uma junta governamental, obviamente formada o por militares<sup>7</sup>, sendo esta a responsável pela Emenda Constitucional Nº 1 de 1969.

Muito se questiona na doutrina brasileira a respeito do ato em questão ser uma Emenda ou uma Constituição. Fato é que tal ato do governo perdurou por 19 anos até a promulgação da Constituição de 1988.

Notáveis doutrinadores<sup>8</sup> constitucionalistas entendem, de forma majoritária, o caráter de Constituição, apesar de que o ato do Governo<sup>9</sup> teve intenção de emendar a de

---

7

<sup>7</sup> Curioso é que na impossibilidade de governar, o mais natural seria que o Presidente Costa e Silva fosse sucedido pelo seu vice, que na época era o vice-presidente Pedro Aleixo. Curioso ainda, é o fato de o vice-presidente ser um civil. Talvez aí esteja a resposta.

8

<sup>8</sup> Pedro Lenza (*Direito Constitucional Esquematizado*) p.123; José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*) p.86 e Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (*Direito Constitucional Descomplicado*) p.30.

9

<sup>9</sup> É importante lembrar que naquela ocasião, a junta governamental tinha decretado recesso ao Congresso Nacional através do Ato Complementar nº38 de 13 de

1967. Tal emenda mudou tão consideravelmente a referida constituição que esta acabou sendo substituída por outra. Para se ter uma ideia desta mudança, o nome da carta de 1967 era “Constituição do Brasil”, passando a se chamar em 1969 de “Constituição da República Federativa do Brasil” pela “Emenda” de nº1.

Segundo José Afonso (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 33ª ed. Malheiros Editora, São Paulo, 2010), a Constituição de 69 sofreu, nos seus 19 anos de vigência, 25 emendas constitucionais, não sendo, segundo ele, a EC nº26 uma emenda à constituição de 69, e sim, um ato político, tendo em vista seu caráter de extinção da antiga constituição.

### **1.2.8. Constituição de 1988**

Com a Emenda constitucional nº 11, publicada no governo de Ernesto Geisel, dá-se início à decadência do governo militar. Tal documento, entre outros seguintes (lei nº6.767/79) objetivava enfraquecer o autoritarismo exercido pelo governo tendo em vista o reestabelecimento gradual da democracia. Um dos pontos que se destaca no conjunto de regras que veio a garantir o ressurgimento da democracia foi o reconhecimento do pluripartidarismo partidário<sup>10</sup> como fundamento do estado, dando a possibilidade de criação de novos partidos políticos, rompendo assim, com o bipartidarismo vigente na época.

Em 1983 o Deputado Federal Dante de Oliveira do PMDB/MT propôs a PEC nº 5/83, que instituía as eleições diretas para presidente da República. Com o clamor popular pela democracia e o apoio da mídia, a PEC deu ensejo ao movimento que ficou conhecido

---

dezembro de 1968. Sendo assim, a EC nº1/69 foi um ato exercido somente pelo Executivo, não tendo a participação do legislativo.

10

<sup>1</sup> Com este importante ato, o antigo ARENA, partido do governo militar, passa-se a se chamar PDS e o único partido de esquerda, o MDB, subdivide-se em cinco partidos: PMDB, PP, PT, PDT e PTB.

como *Diretas Já*, obtendo 85% de aprovação popular. No entanto, em 25 de Abril de 1984 a proposta de emenda foi rejeitada por não atingir votos necessários para sua aprovação, vindo frustrar a esperança do Povo Brasileiro.

Apesar da rejeição, a esquerda governista torna-se cada vez mais forte com a adesão de nomes que compunham o partido de direita (na época o PDS), fazendo com que em 1985 seja eleito (por eleições indiretas) o candidato do PMDB, Tancredo Neves, vindo este a falecer antes de ocupar o cargo de Presidente da República, ficando este encargo ao Vice Presidente José Sarney<sup>11</sup>, colocando em dúvida a efetivação dos planos de Tancredo Neves de Redemocratização, através de uma nova carta constitucional.

Porém, através do Decreto nº91.450/1985, o Presidente Sarney forma uma comissão de estudos para a elaboração de um texto constitucional, no qual mais tarde viria a rejeitar, dentre vários motivos, no qual destaca-se a adoção do regime Parlamentarista que diminui os poderes do Presidente. Em 1985 através do cumprimento da EC nº26 convoca-se Assembleia Constituinte Nacional para elaborar o projeto, sendo formadas 24 secções para a elaboração do novo texto constitucional.

Em 5 de outubro de 1988 é promulgada a *Constituição cidadã*, como era chamada pelo Presidente da Câmara dos deputados, Ulysses Guimarães.

A Constituição de 88 é considerado uma referência mundial de diploma consagrador dos Direitos Fundamentais, dando a estes um destaque especial por estar no início do texto constitucional, característica inovadora no Constitucionalismo Brasileiro. Quanto à estruturação político governamental do país, a forma de estado federal não podendo ser objeto de deliberação em emenda (art.60, § 4º, inc. I da CF), a forma de governo republicano escolhida pela própria população nos termos do art. 2º do ADCT e a separação dos poderes não podendo ser objeto de emenda (art. 60, §4º, inc. III da CF) são pontos marcantes na Lei Maior vigente.

---

11

<sup>1</sup> Um fato importante é o de o Vice Presidente José Sarney ao perceber a decadência do governo militar e talvez prevendo uma futura queda, abandona a bancada de direita, no qual esteve inicialmente no ARENA depois para o PDS e PFL (base aliada dos militares), vindo para o PMDB, sendo mais tarde Presidente da República.

Ante a mutabilidade de situações na sociedade, o direito constitucional descreve a possibilidade de mudança no texto constitucional. Tal mudança foi prevista no diploma maior pátrio, dando-se de duas formas: a Emenda Constitucional de Revisão (ECR), prevista no art. 3º do ADCT, que marcava a realização de uma sessão destinada à realização da revisão da CF após cinco anos da promulgação da mesma e a Emenda Constitucional Ordinária, prevista no art. 60 da CF, que prevê a mudança do texto constitucional com a aprovação das duas casas legislativas (Câmara dos Deputados e Senados Federal) em dois turnos cada, com a aprovação de no mínimo de 3/5 dos votos.

Na literatura constitucional é possível encontrar críticas fortes quanto ao pouco êxito da Revisão constitucional prevista no art. 3º do ADCT, observando as poucas alterações no texto original, limitadas a seis emendas, como preleciona José Afonso da Silva, “... a revisão constitucional foi um verdadeiro e retumbante fracasso, apesar de as elites brasileiras, com todos os meios de comunicação social, se empenharem muito para sua realização.” (SILVA, 2010, p.90).

Também fruto do Poder Constituinte Derivado, a nova constituição adota uma estabilidade rígida quanto à sua modificação, esculpindo no seu art. 60, §3º (3/5 dos votos aprovados em dois turnos de cada casa do Legislativo), a exigência necessária para que se possa alterar algum dispositivo constitucional<sup>12</sup>.

### **1.3. Dos Princípios Constitucionais**

#### **1.3.1. Conceito**

---

12

<sup>1</sup> Esta rigidez em modificar a CF com certeza se dá pelo receio de que o diploma constitucional seja instrumento de absurdos e usado para a implantação de um regime autoritário e contrário à democracia.

Entender o que é princípio é uma tarefa árdua, não menos que descrevê-lo de maneira objetiva e clara, pois o tema em questão sempre foi motivo de grande discussão na literatura jurídica e filosófica.

Diante disso, não temos o fito de exaurir e muito menos criar uma conceituação própria do tema princípio. No entanto, limitaremos em citar as noções dadas pela doutrina maior.

Para Celso Antônio Bandeira de Melo (MELLO, 2010), princípio tem o caráter de “mandamento nuclear de um sistema”, exposto da seguinte forma:

Mandamento nuclear de sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. (p.450 e 451).

Percebe-se que para o doutrinador citado, princípio tem um caráter de comando que norteia um sistema. Tal posição colide como o entendimento de Josef Esser, que nas palavras de Nelson Nery, não entende o princípio como comando ou instrução, e sim o fundamento desta.

Neste Sentido NERY preconiza que:

O princípio não é em si mesmo um comando, uma instrução (weisung), mas sim fundamento, causa, critério e justificação da instrução, vale dizer, o princípio já se encontra incluído na instrução, determinando a posição desta dentro do conjunto do ordenamento. (2013, p.36 e 37).

Segundo Nelson Nery (p.33), Gomes Canotilho entende princípio como uma espécie de norma que, juntamente com as regras, tem um valor jurídico maior que esta quanto ao grau de abstração. José Afonso da Silva, apesar de discordar da teoria acima de que princípio e regra são espécies de norma, filia-se na ideia de princípio dada por Canotilho.

Nery, 2013, pag. 33 afirma que:

Os *princípios* são ordenações que se irradiam e emantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem *valores* e *bens* constitucionais. Mas, como disseram os mesmos autores, ‘os princípios, que começam por ser a base de *normas jurídicas*, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio e constituindo preceitos básicos da organização constitucional’. (SILVA, p. 92).

Percebe-se em todas as conceituações, apesar das discordâncias, que o que é tentado expor pelos pensadores jurídicos é que princípio é um elemento abstrato, que visa fixar parâmetros e objetivos nas diretrizes de um determinado ramo jurídico.

Valiosa é a ideia de Pedro Lenza (2013, p. 1261) que ao dar a etimologia da palavra princípio, mostra-nos que apesar da palavra ter um valor semântico de origem, também dá o sentido de finalidade, dando ao sistema jurídico uma característica de ciclo que se fecha em uma determinada finalidade.

### **1.3.2. Da República Federativa do Brasil**

No art. 1º da Constituição Federal traz a expressão *República Federativa do Brasil* que nomeia e ao mesmo tempo caracteriza a forma de governo e estado de nosso país. Importante diferenciar o termo país e estado, que muitas vezes pode ser confundido como a mesma coisa.

País pode ser entendido como os aspectos físicos de maior percepção de um dado território, o conjunto de elementos como a divisão geográfica, a cultura de uma população, o meioambiente e etc. No entanto, o estado pode ser qualificado como mandamento institucionalizado em forma de poder soberano, visando regular as relações entre os membros de uma dada sociedade em um dado território, no sentido de atingir uma finalidade, fechando assim, todos os elementos necessários para a existência de um estado, como preleciona José Afonso da Silva:

O *Estado*, como se nota, constitui-se de quatro elementos essenciais: um poder soberano de um povo situado num *território* com certas *finalidades*. E a *constituição*, (...), é o conjunto de normas que organizam estes elementos constitutivos do estado: *povo, território, poder* e *fins*. (SILVA, p.98)

Esporadicamente, o estado ganha o mesmo nome do país, como é o caso de nossa pátria, que tem seu nome oficial, encontrado no art. 1º da CF, como República Federativa do Brasil (nome do estado) e conhecido interna e externamente como Brasil (nome do país). Fato é que na maioria das vezes o nome oficial do estado costuma trazer elementos que identifica sua forma de estado, sua forma de governo, ou ambas, como é o caso da República Federativa do Brasil, que traz em seu próprio nome os princípios inerentes à sua forma de governo e sua forma de estado, respectivamente<sup>13</sup>.

República é a forma de governo contrária à monarquia, que trata da relação existente entre governantes e governados, sendo aquele representado por alguém com cargo temporário, inexistindo qualquer tipo de hereditariedade no poder. Assim foi e continua sendo no Brasil desde 1889, data em que instituiu-se a república como forma de governo e consolidada pelo plebiscito, previsto no art. 2º do ADCT, que decidiu sobre a forma e o sistema de governo do país, ficando concluso, por uma maioria esmagadora, que o Brasil deveria seguir a forma Republicana e o sistema Presidencialista de governo.

Federação é a forma de estado que tem como objetivo a divisão estrutural no governo, propiciando, por meio da constituição, uma autonomia na administração de cada ente participante do pacto federativo. Sendo assim, no Brasil, são entes da federação: A União, os Estados Membros, o Distrito Federal e os Municípios. Todos dotados de certas autonomias administrativas, limitadas pela Constituição Federal, mas somente a União é encarregada de representar a soberania do Brasil.

Ficam evidenciados os princípios que lidam com as formas de governo e estado, todos fundamentados na CF, encontrados no primeiro artigo da Lei Maior, esculpidos no nome oficial do Estado Brasileiro (República Federativa do Brasil). Quanto à forma de governo, esta é tutelada pelo art. 34, VII, a, da CF, qualificando-a como princípio

---

13

<sup>1</sup> A título de exemplo, podemos referir a alguns países que trazem em seu nome a forma de governo ou estado, seguinte: o Uruguai (nome do país) traz em seu nome oficial, que é República Oriental do Uruguai (nome do estado), a forma republicana de governo; a Rússia, tendo como nome oficial Federação Russa, traz em seu nome a forma de estado (Federação) e Espanha que pode ser identificado em seu nome, Reino de Espanha, a forma de governo monárquico.

constitucionalmente protegido. Em relação à forma de estado, este é garantido pela inalterabilidade das cláusulas pétreas, constante no parágrafo 4º do art. 60 da CF.

Para José Afonso da Silva (SILVA, p. 67), apesar da forma de governo republicana do Brasil não estar expressamente garantida como cláusula pétrea, tem a mesma garantia como se assim fosse, pois se encontra garantida em outros pontos do texto constitucional, como referido anteriormente no art. 34, VII, a, da CF.

### 1.3.3. Da Separação dos Poderes

Em uma concepção literal da palavra *poder* podemos encontrar o sentido de autoridade, faculdade mandamental ou capacidade deliberativa. Porém, desvinculando-se a palavra em questão do foco de quem a possui, entendemos poder como força nascida de uma subjetividade capaz de organizar um determinado sistema com o fito de atingir determinada meta. Tal conceito tenta seguir o sentido dado pelo Professor José Afonso da Silva, em sua obra já citada, que traz o seguinte conceito:

O *poder* é um fenômeno sociocultural. Quer isso dizer que é fato da vida social. Pertencer a um grupo social é reconhecer que ele *pode* exigir certos atos, uma conduta conforme com os fins perseguidos; é admitir que *pode* nos impor certos esforços custosos, certos sacrifícios; que *pode* fixar, aos nossos desejos, certos limites e prescrever, às nossas atividades, certas formas. Tal é o poder inerente ao grupo, que se pode definir como uma *energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins*. (SILVA, 2010, p. 106 e 107)

Preferimos tratar poder como algo que nasce do subjetivo, pelo fato de se tratar de uma coisa muito abstrata -e do subjetivo humano - devendo este, para a existência do poder, primeiramente acreditar e admitir sua existência. Por exemplo, para que um indivíduo, pertencente a uma determinada sociedade, tenha certos direitos, ele também terá que admitir a legitimidade desse “poder” e submeter-se a certos limites. Porém, quando esse indivíduo não vê os seus direitos garantidos, ele começa a desacreditar em tal existência e conseqüentemente esta “energia mandamental” passa a perder sua força.

Sendo assim, acreditamos que o poder seja algo nascido no próprio ser humano, na admissão da existência do poder, e quanto à sua força, esta se relaciona com a crença de sua existência. Nesse sentido, o poder está ligado diretamente ao povo e não

com os órgãos ou autoridades, incumbidos de executar certas funções, colocando “em cheque” a expressão usada pelo constituinte e até mesmo por teóricos, ao usar a palavra *poder* como sinônimo de função ou atribuição<sup>14</sup>. Vale lembrar que o parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, atribui unicamente ao povo, a capacidade de emanar o poder.

Dito isso, relevante é notar que quando se trata de divisão de poder, o que quer ser dito é a divisão das funções exercidas pelo poder público, e não divisão de poder, pois este é indivisível.

O princípio da separação dos poderes é um mandamento nuclear que visa limitar as funções do poder público na busca de um equilíbrio das potencialidades do governo, evitando assim, qualquer abuso de alguma pretensão autoritária dando maior sentido à democracia.

Tal princípio encontra-se responsável de limitar a atuação de cada órgão do poder público, a fim de impedir que um órgão exerça função constitucionalmente atribuída a outro, através da cláusula constitucional, constante no art. 2º da CF, que dá qualificação dos poderes *independentes e harmônicos entre si*, devendo os poderes agirem de maneira independente, porém de modo harmonioso entre si possibilitando uma relação construtiva no que toca aos objetivos perseguidos pelo governo.

#### **1.3.4. Do Estado Democrático de Direito**

No *caput* do art. 1º da CF vem inserido o regime de governo que o Brasil se rege. Tal princípio tem como objetivo estabelecer quem é o titular do poder que irá governar e qual a forma utilizada para que as normas do estado sejam buscadas de maneira efetiva. Para melhor entendimento vamos tentar entender o que é Estado de Direito e Estado Democrático.

---

14 Para efeitos deste trabalho, será mantida a expressão poder como sinônimos de função, unicamente por parecer mais didático.

Em uma interpretação superficial e genérica, Estado de Direito pode ser entendido como o estado regido por normas, ou seja, regido pelo direito. Na obra de José Afonso da Silva (SILVA, 2010, p. 113), Curso de Direito Constitucional Positivo, o autor cita a ideia de Carl Schmitt, que enumera tantas conceituações de estado de direito quanto às várias conceituações de estado e os entendimentos por direito.

Segundo Schmitt, poderia existir tantos estados de direito quanto as várias formas, indo do natural até o estrutural, entre outros. Ainda na mesma obra, o autor entende que o mais sensato seria entender estado de direito como estado de justiça, apontando a ideia de Ernest Forsthoff, que toma justiça como um conceito absoluto, abstrato, idealista, espiritualista, que se formou através do conceito de estado formulado por Hegel. Fica assim entendido como estado de justiça aquele que submete todos os atos, de qualquer dos poderes (ou funções) do estado ao crivo da justiça.

No que tange a estado de direito, este tem origem no liberalismo, causando profunda desigualdade no contexto social, fazendo com que no início do século XX surgisse movimentos sociais reivindicando uma maior atenção do estado para as classes menos favorecidas, nascendo aí a ideia de Estado Social de Direito.

Na mesma obra anteriormente citada, José Afonso (SILVA, 2010, p. 114) mostra que todas as ideologias como visão própria de social e de direito, excetuando-se a doutrina marxista, acolhem a concepção de Estado Social de Direito, citando a Alemanha Nazista, a Itália Fascista, entre outros como o Brasil no governo de Getúlio Vargas. Nota-se então, que o simples Estado Social de Direito muitas vezes foi fundamento de um estado ditatorial, não tendo nada a ver com uma ideia democrática de estado.

Para um regime justo e igualitário, necessário é a inserção do conceito democrático no estado de direito, ficando assim entendido como aquele que rege-se segundo a lei submetendo todos os atos do governo à justiça (inclusive ato do próprio Judiciário) e que não haja distinção entre qualquer membro da sociedade.

## CAPÍTULO 2

### Dos Poderes da República Federativa do Brasil e sua Estrutura

#### 2.1. A divisão e separação dos poderes

Ao contrário do que muita gente possa pensar, a ideia de separação das funções do poder estatal era defendida muito antes de seu principal idealizador, o Conde de Montesquieu. Aristóteles, em sua obra filosófica intitulada Política (ARISTÓTELES, p. 170 a 178) trata as funções do poder estatal de maneira apartada, dando assim a ideia de divisão das funções dentro do estado. Tal teoria proposta não isolava um único poder nas mãos de um agente, podendo este, na maioria das vezes, exercer poderes distintos, dando assim a noção de uma teoria de divisão dos poderes, e não, de separação de poderes.

No entanto, o primeiro a propor a separação das funções estatais na maneira que vemos hoje fora Charles-Louis Secondat, mais conhecido como Montesquieu. Este defendia que os poderes eram divididos em três tipos, conforme ele mesmo enumera: *“Existem em cada estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil.”* (MONTESQUIEU, p.167). Sendo que este último, para Montesquieu, equivale ao poder do judiciário, como ele mesmo identifica cada um a seguir:

Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ainda aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do estado. (MONTESQUIEU, p.167 e 168).

Ainda segundo o nobre pensador, os poderes acima descritos deveriam ser exercidos por pessoas distintas, pois entendia que todas as funções do estado nas mãos de um só seria perigoso:

Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de

executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares. (MONTESQUIEU, p.168).

Fica claro, então, que a noção de divisão de poderes era entendida desde o tempo de Aristóteles. Contudo, a separação desses veio com a necessidade de um controle mais eficaz dos atos praticados pelos agentes públicos, evitando assim exageros cometidos por governos tiranos. Tais pensamentos influenciaram os ideais que alimentaram as revoluções liberais (Revolução Francesa e Revolução Americana principalmente), fazendo com que a teoria de Montesquieu fosse acatada na estruturação dos estados modernos pós-revolução e encontrada em praticamente todos os governos democráticos atuais.

## 2.2. O Pacto Federativo

Feita a divisão das funções estatais, é necessário falar de como é realizada a estruturação do governo em seu território, ou seja, a forma de estado.

Existem duas formas de estado mais recorrente nas ciências, que o estrutura. São elas: o estado unitário e o federativo. No primeiro, não há divisões autônomas da competência governamental, ficando o poder centralizado nas mãos de um órgão político, o qual tem, em certos casos uma mera divisão administrativa por meio de autarquias. O segundo modelo, adotado em nossa constituição, é fundamentado em uma descentralização das competências do governo dando autonomia administrativa em um determinado território e a participação direta nos processos legislativos de âmbito federal. Desse modo, há uma maior autonomia de organização às unidades federadas (refiro-me às unidades que se encontram abaixo do poder soberano, por exemplo, no Brasil, os estados membros e distrito federal) que poderão se governar dentro dos círculos traçados por suas constituições<sup>15</sup>.

---

15

<sup>1</sup> José Afonso da Silva, no seu *Curso de Direito Constitucional Positivo*, dá como exemplos de Estados Unitários; França, Chile, Uruguai, Paraguai entre outros. E podemos apontar o Brasil e Estados Unidos como forma de estado federal.

O federalismo teve, ao longo de toda história, sua primeira aparição na primeira constituição americana (1787), e veio compor o nosso corpo de normas constitucionais, como forma de estado em 1891, na primeira constituição republicana do Brasil.

Apesar de na teoria o Federalismo Brasileiro e o Americano possuírem um mesmo objetivo - descentralizar o poder -, nota-se que o segundo dá uma maior autonomia aos seus estados membros do que o primeiro. Por exemplo: no Brasil compete privativamente à União legislar sobre direito penal (CF art. 22) enquanto nos Estados Unidos esta atribuição é concorrente entre União e demais unidades federativas. Isto se dá pelo fato de que o modo que cada um se originou fora de maneira diversa a do outro. Nos Estados Unidos da América o poder encontrava-se descentralizado em cada colônia, perdendo cada uma destas uma parcela de autonomia, de maneira reduzida, para a formação de um poder que representasse o todo, ou seja, a União. No Brasil, até então estado unitário, tinha-se todo poder centralizado nas mãos do governo unificado, sendo este o distribuidor do poder, de maneira reduzida, para a formação de um estado federal. Nota-se que o ponto diferenciador é de onde o poder “saiu”. Enquanto nos Estados Unidos já existia uma descentralização, formando-se posteriormente uma União, no Brasil predominava-se uma centralização de poder nascendo de maneira reduzida a autonomia dos estados. O professor e doutrinador José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, p.102, 2010) nomeia estes fenômenos como sendo o surgimento da federação de maneira “centrípeta” e “centrífuga”, sendo a primeira aplicada ao federalismo Americano, como os fundamentos anteriormente expostos, e o segundo ao federalismo Brasileiro, também já comentado.

Na forma federal de estado adotada na estrutura política brasileira, preleciona-se que a República federativa será formada pela união indissolúvel dos estados, municípios e distrito federal como narrado no art. 1º da Constituição Federal. Nasce daí, o reconhecimento e a divisão das unidades federativas que se organizarão à maneira que dita a CF. Vale ressaltar que, tão somente a União, é dotada de soberania e autodeterminação, ficando aos demais entes federados a incumbência de se organizarem nos limites da Constituição Federal.

O eminente professor José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*) faz uma crítica no que diz respeito à inclusão do município como um ente

federativo, fundamentando que o município é uma divisão dentro do estado (estado membro), não tendo o mesmo que figurar-se como entidade federativa, pois já tem sua competência por se encontrar na qualidade de divisão do estado. Sendo assim o nobre doutrinador entende que:

Foi um equívoco constituinte incluir os Municípios como componente da federação. Município é divisão política do Estado-Membro. E agora temos uma federação de Municípios e Estados, ou uma federação de Estados? Faltam outros elementos para a caracterização de federação de Municípios. A solução é: o município é um componente da federação, mas não entidade federativa. O texto constitucional, contudo, explicita um princípio fundamental do Estado federal: o princípio da indissociabilidade. Ele integra o conceito de federação. Não precisava ser expresso, mas alguns constituintes não sossegaram enquanto não viram o texto expresso, enxundiando e afeiando o art. 1º, sem nada acrescentar, até porque o art. 18 já indica quais os componentes da federação, que são aqueles mesmos indicados no art. 1º: Estados, Municípios e Distrito Federal. (p. 101, 2010).

Percebe-se então, que o insigne professor não desconsidera os Municípios como integrantes da Federação, consideram-nos sim como componentes, pois, excetuando o Distrito Federal, os Municípios são os únicos que não são um conjunto de outros componentes, como os Estados-membros que nada seriam se não fosse um conjunto de Municípios. Sendo assim, lógica é a tese que não inclui os Municípios como sendo entidades federativas, no entanto colocando-os na qualidade de componente da federação pelo fato de já existirem enquanto divisões do Estado-membro.

### **2.3. Poder Executivo**

A definição de Poder Executivo pode ser entendida, através de uma conceituação, como a função típica, exercida por um agente político, na circunscrição de um ente dotado de autonomia administrativa.

A expressão utilizada para designar o Poder Executivo também se mistura com a noção de órgão que faz a veze deste poder. Como bem aponta o Ilustre Professor José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 2010, p. 542), quando trata da expressão “Poder Executivo”, observa que: “*Em nossa Constituição, ora exprime a*

*função (art. 72), ora o órgão (cargo e ocupante, art. 2º). Seu conteúdo envolve poderes, faculdades e prerrogativas das mais variadas naturezas. ”*

Importante se torna então a observação da natureza de cada expressão, com o fim de não haver confusão entre um e outro instituto.

### **2.3.1. No Âmbito Federal**

Na esfera federal, o Executivo (função estatal) deve ser exercido pelo Presidente da República auxiliado pelos ministros de estados, conforme dispõe o art. 76 da Constituição Federal, “*O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado.*” No âmbito federal é dividido em duas funções, a de representação de estado frente aos entes internacionais, figurando Chefe de Estado, e a função de administração interna, função de Chefe de Governo.

Tais funções podem, ou não, ser exercidas por um único agente, a depender do sistema de governo adotado na constituição de seu Estado. O sistema de governo, a nosso ver, é a estrutura e o procedimento adotado por certo estado, para lidar com as relações entre os poderes no exercício do governo. Existem duas formas de sistema de governo mais usuais na maioria dos estados democráticos, trata-se do modelo Presidencialista e o Parlamentarista.

No primeiro sistema, as funções de Chefe de Estado e de Chefe de Governo concentram-se nas mãos de um só agente, no qual se costuma ser o Presidente do país.

No segundo sistema, o Parlamentar, costuma ser aplicada em estados cuja forma de governo seja monárquico, ficando para o monarca a função de Chefe de Estado, ou seja, o representante daquele país no Exterior, restando à função de Chefe de Governo a um agente que depende da confiança do parlamento, normalmente o Primeiro Ministro. Porém nada impede que em uma república seja adotado o sistema parlamentar, sendo portanto o Presidente da República o representante do estado frente às entidades estrangeiras, ou seja, o Chefe de Estado.

Ao longo de toda história de nossa República, foi-se sempre adotado o sistema Presidencialista, com exceção apenas do período compreendido de 1961 a 1963 em que

houve uma mudança no sistema devido a instituição da Emenda Constitucional nº 4, de 02.09.1961, a constituição de 1946. Porém, houve a reinserção do sistema presidencialista após o referendo realizado em 6 de Janeiro de 1963.

Como dito no início, de acordo com o art. 76 da CF, o exercício do Poder executivo Federal no Brasil fica nas mãos do Presidente da República, devendo este receber a ajuda de Ministros de Estado de sua confiança para o exercício competente, qual seja o de representar e administrar o país, dispondo ainda de embasamento técnico de dois órgãos para o auxílio nas decisões de maior monta, como a defesa das instituições democráticas, exercida pelo conselho da República, e a defesa da Soberania do país instruída pelo Conselho de Defesa Nacional.

### **2.3.2. No Âmbito Estadual e Distrital**

As funções executivas típicas nos Estados Membros são representadas na figura do governador, eleito para mandato de 4 anos, que terá a incumbência de administrar e planejar o Estado dentro dos limites da Constituição Estadual: “Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.” (art. 25, *caput*, da CF).

Percebe-se então, que as atribuições do governador têm um caráter residual em relação às atribuições do Executivo Federal, tendo em vista somente poder tratar de assuntos constitucionalmente legitimados pela Constituição federal, que expressa da seguinte forma: “São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta constituição.” (§1º do art. 25 da CF).

Exposto isto, fica clara a limitação de abrangência das Constituições Estaduais que serão fixadas pela Lei Maior.

O distrito federal, com sua personalidade anômala, não pode ser considerado estado membro, tampouco município, devido ao fato do mesmo ter a função especial de sediar o Governo Federal. No entanto, percebe-se uma maior semelhança com os estados membros do que com os municípios. Apesar do Distrito Federal ser regido por lei orgânica (art. 32 da CF) e não ser por constituição como os estados, assemelha-se mais

com estes últimos pelo fato do órgão Executivo ser exercido por governador, e não por prefeito, criando assim uma personalidade mais equiparada com os Estados Membros.

Importante ressaltar que o Distrito Federal não comporta divisão como os Estados Membros que se dividem em municípios, como aponta o *caput* do art. 32 da CF, que diz:

O Distrito Federal, vedada sua divisão em Municípios, reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição. (art. 32 da CF).

Nota-se que o Distrito Federal possui personalidade *sui generis*, pois ao passo que se assemelha aos Municípios pelo fato de ser regido por lei orgânica, a estes se distanciam pelo fato de possuírem representação no Senado Federal, assemelhando-se assim com os Estados-Membros. Porém, a estes também não se pode equiparar pelo fato de sua indivisibilidade em Municípios, como disposto na citação acima, fugindo assim de uma personalidade de estado.

### **2.3.3. No Âmbito Municipal**

O órgão do executivo municipal é representado pela figura do prefeito, cujo mandato de 4 anos lhe é conferido pela vontade dos cidadãos locais. Os municípios possuem autonomia administrativa própria, devendo os mesmos serem regidos por Lei Orgânica, como aponta o *caput* do art. 29 da CF:

O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado... (art. 29 da CF)

Percebe-se o mesmo caráter residual de competência que a lei orgânica possui em relação à Constituição Federal e à Constituição do respectivo estado, do qual é composição. Diante disso, os Municípios deverão respeitar os limites dados pelos dois diplomas que o antecedem (Constituição Federal e Constituição do Estado).

Vale lembrar a crítica do professor Jose Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 2010, p. 101) quando desconsidera o município como ente federativo, por entender que o mesmo já se insere na Federação pelo fato de ser uma

divisão do estado membro, tendo que encarar o município como um componente da federação, e não um ente.

## **2.4. Poder Legislativo**

O poder Legislativo pode ser entendido como o poder mais importante para um Estado Democrático de direito, pois a sua natureza, numa democracia, tem por objetivo ligar a vontade popular ao governo soberano. Em uma análise de sua essência pode-se extrair duas características do Poder Legislativo democrático: a característica funcional, que pode ser observada através da função de Legislativo, qual seja a criação de normas que serão cumpridas por toda sociedade da qual este mesmo Poder representa; e a característica que pode ser extraída a partir desta representação, pois em um estado democrático, o Poder Legislativo é formado através de representações de interesses de quem parte a representação, ou seja, do Povo.

Importante ressaltar que esse Poder não é ligado à ideia de um estado democrático e não autoritário, pois em não raras vezes o poder de legislar é exercido por um governo déspota, sendo então um conceito ligado unicamente à característica funcional do poder, qual seja, a de criar leis para legitimá-lo, inexistindo assim a sua característica representativa da democracia.

### **2.4.1. Sistema Representativo do Poder Legislativo**

Partindo da análise da representação que o Poder Legislativo geralmente possui, percebe-se que o poder de editar leis constitui-se a partir de um sistema representativo, sendo este o sistema que servirá para dizer o que o Poder Legislativo necessariamente representa.

Em regra, existem dois sistemas de representação: o Unicameralismo e o Bicameralismo. O primeiro tem como função a representação dos interesses do Povo. Tal

sistema geralmente é ligado à forma de estado Unitário<sup>16</sup> e à forma de governo Monárquico, constituindo o parlamento como câmara única. O Bicameralismo é um sistema geralmente ligado à forma de Estado Federativo, pois, em regra, divide-se o Poder legislativo em duas casas, uma representando os interesses do Povo e outra representando os interesses dos Entes da Federação das quais se formam o Estado Federado.

O sistema representativo adotado no Brasil é o Bicameralismo Perfeito, pois existe a divisão do Congresso Nacional, - órgão Legislativo Federal - formado por duas Casas Legislativas com relevâncias iguais. Tal formação é feita pela Câmara dos Deputados, casa representante da vontade do povo, composta por Deputados Federais com mandato de 4 anos, e o Senado Federal como representante dos Estados Membros e do Distrito Federal, formado por Senadores eleitos para mandatos de 8 anos.

O Bicameralismo no Brasil encontra-se fundamentado no art. 44 da Constituição Federal, que dispõe: “O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara do Deputados e do Senado Federal. ” (Caput)

O Professor José Afonso da Silva, no seu Curso de Direito Constitucional Positivo, manifesta-se contrário ao Sistema Bicameral no Brasil quando preleciona:

O argumento da representação dos Estados pelo Senado se fundamentava na ideia, inicialmente implantada nos EUA, de que se formava de delegados próprios de cada Estado, pelos quais estes participavam das decisões federais. Há muito que isso não existe nos EUA e jamais existiu no Brasil, porque os Senadores são eleitos diretamente pelo povo, tal como os Deputados, por via de partidos políticos. Ora, a representação é partidária. Os Senadores integram a representação dos partidos tanto quanto os Deputados, e dá-se o caso não raro de os Senadores de um Estado, eleitos pelo povo, serem de partido adversário do Governador, portanto defenderem, no Senado, programa diverso deste; e como conciliar a tese da representação do Estado com situações como esta? (2010, p. 511).

---

16 Apesar de geralmente o Estados Unitários adotarem o sistema Unicameral, nada impede que possam existir Estados Unitários Bicamerais, ou até mesmo Estados Federados Unicamerais. Aqui estamos expondo uma observação de acordo com a maioria dos casos.

O Professor ainda analisa o Bicameralismo como um sistema tendente ao conservadorismo, entendendo o Unicameralismo como um sistema mais propício à democracia por entender que o “Unicameralismo favoreceria os avanços democráticos, na medida em que canaliza e exprime melhor os anseios da soberania popular por transformações”(SILVA, 2010, p. 510).

#### **2.4.2. No Âmbito Federal**

Como dito no tópico sobre o Sistema Representativo, o Brasil adota o Bicameralismo, como mostra o já citado art. 44 da CF. Isto se dá em relação ao Poder Legislativo na esfera federal.

A Câmara dos Deputados, como dito, é componente do Legislativo que representa o povo através dos Deputados Federais, eleitos pelo sistema Proporcional, em cada estado, em cada Território e no Distrito Federal (art. 46 da CF). O parágrafo 1º do citado artigo expõe o princípio da Proporcionalidade dos votos ao mesmo tempo que estabelece um mínimo de 8 e um máximo de 70 Deputados por Estado e no Distrito Federal. Para José Afonso, isto é uma distorção do Sistema Representativo Proporcional, conforme expõe:

Essa regra que consta do art. 45, § 1º, é fonte de graves distorções do sistema de representação proporcional nele mesmo previsto para a eleição de Deputados Federais, porque, com a fixação de um mínimo de oito Deputados e o máximo de setenta, não se encontrará meio de fazer uma proporção que atenda o *Princípio do voto com valor igual para todos*, consubstanciado no art. 14, que é aplicação particular do princípio democrático da igualdade em direitos de todos perante a lei. (SILVA, Curso de Direito Constitucional Positivo, 2010, p. 510).

No entanto, nos parece que a imposição do mínimo e do máximo de Deputados na Câmara seja um mecanismo para regular a própria desproporcionalidade da densidade demográfica existente no Brasil de região para região. Assim, excluindo-se o mínimo e o máximo, Estados como Acre e Amapá, possuíram uma representação quase simbólica, ao passo que estados como São Paulo possuíram quase toda representação no Congresso

Nacional, sendo difícil que estes propusessem, ou até mesmo aprovassem medidas que beneficiassem aqueles Estados.

Também já falado, o Senado Federal é uma composição do Congresso Nacional que visa representar os Estados Membros e o Distrito Federal por meio dos Senadores, eleitos segundo o princípio majoritário (art. 46 da CF).

Para eleição dos Senadores não haverá uma proporcionalidade de votos da população, pois é eleito o Senador, ou senadores, que obtiverem maior número de votos em eleições de quatro em quatro anos alternadamente, por um e dois terços (§2º do art. 46 da CF).

### **2.4.3. No Âmbito Estadual e Distrital**

O Legislativo Estadual<sup>17</sup> é exercido pelos Deputados Estaduais, que compõem a Assembleia Legislativa, e são eleitos pelo sistema representativo proporcional, como mostra o *caput* do art. 27 da CF: O número de Deputados à Assembleia Legislativa corresponderá ao triplo da representação do Estado na Câmara dos Deputados e, atingindo o número de trinta e seis, será acrescido de tantos quantos forem os Deputados Federais acima de doze.

Percebe-se a influência da limitação máxima dada no § 1º do art. 45 da CF, que impossibilita um número superior de 70 Deputados Federais, limitando assim o número máximo em 94 Deputados em cada Estado ou no Distrito Federal.

Os Deputados Estaduais têm mandato de 4 anos, segundo o parágrafo 1º do art. 27 da Constituição Federal.

---

17 A título de curiosidade, o doutrinador Pedro Lenza aponta a existência do sistema Bicameral no âmbito estadual quando preleciona sobre a Constituição de 1891: “Alguns Estados, curiosamente, possuíam duas casas, caracterizando-se, assim, a ideia de Bicameralismo estadual, como podia ser percebido em São Paulo e Pernambuco, que tinham, além da Câmara dos Deputados (Estaduais), um Senado Estadual.” (LENZA, 2012, p. 107)

O Poder Legislativo no Distrito Federal é exercido pelos Deputados Distritais, tendo como órgão a Câmara Legislativa, sendo tanto este quanto aqueles disciplinados segundo o art. 32, § 1º, da CF, do mesmo modo que os Deputados Estaduais, regidos pelo art. 27 do mesmo diploma.

Devido ao seu caráter *sui generis* de possuir tanto características de Estado quanto de Município, o art. 32 da CF, no seu parágrafo 1º, dispõe que: Ao Distrito Federal são atribuídas as competências Legislativas reservadas aos Estados e Municípios.

#### **2.4.4. No Âmbito Municipal**

Em detrimento ao aspecto municipal, o legislativo é exercido pela Câmara de Vereadores, sendo estes eleitos para mandato de quatro anos, compondo a Câmara de Vereadores de acordo com a fixação dada na Constituição do respectivo Estado, respeitando as limitações mínimas e máximas dadas pela CF.

Tal limitação dada pela Constituição Federal pode ser encontrada no inciso IV do art. 29, onde, de uma maneira geral, impõe um mínimo de 9 e um máximo de 55 Vereadores nos Municípios.

Percebe-se então, que os Municípios são os únicos componentes da Federação que não sofrem nenhum tipo de influência da limitação dada no § 1º do art. 45 da CF. pois tanto os Estados quanto o Distrito Federal recebem influência de Deputados, conforme já mostrado no tópico sobre o Legislativo no âmbito estadual.

#### **2.5. Poder Judiciário**

Podemos distinguir três funções na atividade estatal: a administração, legislação e a jurisdição. Esta última é a função que caracteriza a tipicidade funcional do Poder Judiciário, que é a aplicação das normas ao caso concreto na busca de solucionar os conflitos de interesses.

Vale lembrar que o Poder Judiciário também exerce as demais funções estatais, podendo, de maneira limitada, legislar suas normas internas e se auto administrar internamente.

### **2.5.1. Jurisdição**

Jurisdição ou função jurisdicional pode ser entendida como a capacidade do Estado juiz de prover a substituição da inteligência das partes conflitantes, no intuito de dizer o direito a quem pertence.

Na existência de conflito de interesse as partes interessadas dispõem do processo, que é o modo de provocar a jurisdição, para que o Estado Juiz decida, de maneira imparcial, quem possui tal direito.

Nas lições de CINTRA, CRINOVER e DINAMARCO, em *Teoria Geral do Processo*, preleciona que o escopo principal da jurisdição é a pacificação, dando ainda outros três escopos objetivados pela jurisdição; social, política e jurídica (2010, p.30). Apontam ainda a existência de outros escopos na doutrina moderna:

A doutrina moderna aponta outros escopos do processo, a saber: a) *educação* para o exercício dos próprios direitos e respeito aos direitos alheios (escopo social); b) a preservação do valor *liberdade*, a oferta de meios de *participação* nos destinos da nação e do Estado e a *preservação do ordenamento jurídico e da própria autoridade deste*(escopo político); c) *a atuação da vontade concreta do direito* (escopo jurídico). (2010, p. 30)

No entanto, o objetivo principal da jurisdição, sem sombra de dúvida, é a pacificação social, como bem mostra os Eminentes doutrinadores em comentada citação, pois com uma sociedade pacificada, tende-se manter o equilíbrio nos aspectos social, político e jurídico, englobando assim todos estes através dessa pacificação.

### **2.5.2. Unidade da Jurisdição**

A jurisdição é uma função indivisível e una, não comportando nenhum tipo de desmembramento nesta. Pode-se comparar essa indivisibilidade com a unidade do Poder Soberano, como o faz CINTRA, CRINOVER e DINAMARCO, quando lecionam:

A jurisdição, como expressão do poder estatal soberano, a rigor não comporta divisões, pois falar em diversas jurisdições num mesmo Estado significaria afirmar existência, aí, de uma pluralidade de soberanias, o que não faria sentido; a jurisdição é, em si mesma, tão una e indivisível quanto o próprio poder soberano. (2010, p. 160).

Quando nos deparamos com os vários órgãos jurisdicionais, as várias divisões de juízos em razão da matéria (varas criminais, cíveis e etc.), ou divisões em decorrência da estrutura governamental (Tribunal de Estado, Tribunal Federal) não estamos tratando de divisão da jurisdição, e sim de uma divisão de competência, que é o meio pelo qual o Estado buscou para propiciar uma melhor organização estrutural afim de tornar a função jurisdicional mais efetiva.

### **2.5.3. Órgãos Jurisdicionais**

A Constituição Federal do Brasileira enumera os órgãos incumbidos da função jurisdicional no rol do seu art. 92, de dispõe:

Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: I - o Supremo Tribunal Federal; I-A o Conselho Nacional de Justiça; II - o Superior Tribunal de Justiça; III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho; V - os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI - os Tribunais e Juízes Militares; VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. (Caput do art. 92 da CF).

Apesar de se encontrar no rol descrito acima, o Conselho Nacional de Justiça não é considerado um órgão jurisdicional como os outros. Sua função é auxiliar e fiscalizar os demais órgãos do judiciário, como bem aponta o Professor José Afonso da Silva, no seu

Curso de Direito Constitucional Positivo, quando mostra: “... conforme inclusão do inciso I-A pela EC- 45/2004 com dois defeitos: o primeiro é o de incluir entre os *órgãos jurisdicionais* do Poder Judiciário **um órgão que não tem a mesma natureza**, imitando aí o critério da Constituição de 1969;” **grifo nosso** (2010, p. 556)

De um modo geral, podemos identificar os órgãos do Judiciário em três: o Supremo Tribunal Federal, como órgão guardião da Constituição Federal e alta cúpula do Judiciário Brasileiro; os Tribunais Superiores, sendo eles os STJ, TST, TSE e STM; e Tribunais inferiores subordinados hierarquicamente aos superiores ligados em razão da competência comum, ou seja, Tribunais Regionais do Trabalho ligados ao TST e assim por diante.

O Professor José Afonso (Curso de Direito Constitucional Positivo) ainda aponta a existência da jurisdição do Tribunal Penal Internacional na circunscrição brasileira, quando aponta: “Mas agora se tem também que levar em conta o § 4º do art. 5º, no qual se declara que o Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, criado pelo Estatuto de Roma no dia 17.7.1998, a que aderiu e que está em vigor desde 1º.7.2002.” (2010, p. 557)

Sendo assim, como bem citado, o Brasil submete-se a uma jurisdição de órgão estrangeiro, do qual manifestou adesão em tratado.

## **CAPÍTULO 3**

### **Do Controle de Constitucionalidade e a Incompetência do Supremo Tribunal Federal no Julgamento das Ações de Natureza Abstrata**

#### **3.1. Da inconstitucionalidade**

A classificação da vigente Constituição Brasileira quanto à sua estabilidade é entendida de modo pacífico pela doutrina como sendo rígida. Isto se dá devido à dificuldade de alteração dos dispositivos constitucionais. Rigidez esta imposta pelo art. 60 da Constituição Federal, que coloca as mudanças do texto constitucional em um grau mais elevado do que em relação às demais leis.

Diante de tal rigidez, nasce o princípio da supremacia das normas constitucionais em relação às infraconstitucionais, princípio este que pode ser um dos mais relevantes para a fundamentação do controle de constitucionalidade, tendo em vista o interesse do Legislador Constituinte em formatar todas as normas infraconstitucionais a partir dos preceitos norteadores da Constituição, fazendo desta um alicerce onde se assenta todo o ordenamento jurídico.

Inconstitucionalidade, portanto, é a não adequação de qualquer ato do Poder estatal, com tendência de normatização às normas Constitucionais, sejam estas explícitas ou implícitas, fazendo com que reflita em todo o ordenamento jurídico do País um caráter contrário aos preceitos esboçados na constituição.

A não execução de ato de caráter normativo, tendente a tornar efetiva a norma constitucional ali exposta, também pode ser considerada, de acordo com a inovação obtida através do art. 103, § 2º, da Constituição Federal, a declaração da inconstitucionalidade por omissão do Poder Público, neste caso, do Legislativo. Sendo assim, também, uma inconstitucionalidade, só que por omissão. Trata-se do não cumprimento de lei ou ato administrativo necessário para que a norma de eficácia limitada torne-se efetiva, ou seja, a norma exposta no texto não surte nenhum efeito sem a elaboração de outro ato posterior, sendo ele uma lei ou um ato oriundo da administração.

No plano da inconstitucionalidade por ação, observam-se dois tipos: a formal e a material. Na primeira há a inobservância da forma com que a lei ou ato administrativo foi editado, desrespeitando procedimento necessário para que seja válida, como a edição de lei por órgão incompetente para tal ato. A segunda é aquela surgida através da colisão direta de norma infraconstitucional, ou mesmo constitucional, com normas constitucionais, como a edição de Emenda constitucional tendente a abolir o voto direto e secreto diante da proibição por cláusula pétrea do § 4º, III, do art. 60, da Constituição Federal.

### **3.2. Do Controle de Constitucionalidade**

Com a forma rígida e escrita da vigente Constituição, tem-se o princípio da supremacia da Constituição Federal, fundamentando assim uma estrutura jurídica com tendência a exclusão de qualquer lei ou ato administrativo de caráter normativo que não se identifique com as normas constitucionais do ordenamento jurídico pátrio, sendo o controle de constitucionalidade o remédio para evitar tal incompatibilidade.

O Controle de Constitucionalidade deve ser entendido como o conjunto de procedimentos e sistemas formadores de uma estrutura jurídica, tendentes a padronizar todo ordenamento jurídico de acordo com as normas constitucionais, através da declaração da inconstitucionalidade ou da constitucionalidade, conforme o caso.

Isto posto, identificamos o objetivo do Controle de Constitucionalidade como sendo o de expurgar qualquer ato de caráter normativo que contraponha os princípios e normas constitucionais, fazendo com que tais normas e princípios reflitam-se em todo o ordenamento jurídico.

### **3.3. Do Sistema de Controle de Constitucionalidade**

Para a efetivação do Controle de Constitucionalidade, é necessária a existência de uma estrutura que irá realizá-lo. Nas doutrinas jurídicas encontra-se três sistemas existentes: o político, o jurídico e o misto.

O sistema político é existente em países cujo controle de constitucionalidade é realizado por órgão político. Tal órgão recebe a incumbência de declarar a inconstitucionalidade, ou não, de lei ou ato de caráter normativo.

O Ilustre Professor José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 33ª edição), aponta a existência do sistema político de controle em vários países da Europa, destacando em especial o da França, de 1958, e o controle da ex União Soviética, vejamos:

(...) solução predominante na Europa no século passado; ou um *órgão especial*, como o *Presidium do Soviete Supremo* da ex-União Soviética (Constituição da URSS, art. 121, n. 4) e o *Conseil Constitutionnel* da vigente Constituição Francesa de 1958 (arts. 56 a 63). Este último, contudo, por via de sua própria jurisprudência, e tendo em vista o art. 62 da Constituição francesa, vem se tornado em órgão jurisdicional. (SILVA, p. 49).

Como podemos perceber, tal controle vem perdendo espaço na Europa, no século vigente, dando lugar ao controle jurídico ou jurisdicional. No entanto, nos parece que o controle político encontra-se presente em ordenamentos que adotam o controle jurídico, embora de maneira indireta, tais como o Brasil. Institutos como a Comissão de Constituição e justiça do Congresso Nacional (as referidas Comissões também são existentes em outros órgãos legislativos, tais como as assembleias) e o Veto Presidencial (quando tratar a inconstitucionalidade de norma passiva de sanção presidencial) tende a servir como uma espécie de “filtro” que impede a efetivação de uma norma tendente à inconstitucionalidade. Percebe-se então, que pelo fato de tais institutos situarem-se em órgãos políticos (Legislativo e Executivo), encontra-se aí um caráter de controle político. Como aponta PAULO & ALEXANDRINO (*Direito Constitucional Descomplicado*), quando lecionam:

No Brasil, o controle de Constitucionalidade realizado nas casas Legislativas, pelas Comissões de Constituição e Justiça, é exemplo de controle político. Também é controle político de constitucionalidade o veto do chefe do Poder Executivo a projeto de lei, com fundamento em inconstitucionalidade da

proposição legislativa (veto jurídico). (PAULO & ALEXANDRINO, 2012, p.772).

Porém, nota-se que tais mecanismos não podem ser considerados como o controle à constitucionalidade em si, mas um mecanismo que evita a confecção de norma inconstitucional. Isto se dá pelo fato de que, neste caso não há uma norma feita e isso acaba na produção de efeitos ou na iminência de produzi-los. O que existe é um projeto a ser discutido ou sancionado, conforme o caso. Assim, percebe-se que a expressão “controle de constitucionalidade” aplica-se às normas que, se não produtoras de efeito, pelo menos passíveis de produzirem, ou seja, serem editadas e sancionadas.

Os Eminentes professores PAULO & ALEXANDRINO ainda fazem uma importante observação quanto ao órgão executor do controle de constitucionalidade no sistema político, mostrando que os órgãos para tal incumbência, em regra, não integram o Judiciário, tampouco são ligados a outro Poder, tendo como característica a não ligação com poderes da organização da estrutura do país:

Caso a Constituição outorgue a competência para a fiscalização da validade das leis a órgão que não integre o Poder Judiciário, teremos o sistema político. De regra, nos Estados que adotam controle político, a fiscalização da supremacia constitucional é realizada por órgão especialmente constituído para esse fim, distinto dos demais Poderes do Estado. É o caso, por exemplo, da França, em que a fiscalização da constitucionalidade é de incumbência do Conselho Constitucional, órgão que se situa fora da estrutura orgânica dos demais Poderes. (PAULO & ALEXANDRINO, 2012, p.772).

Percebe-se aí que a característica base para identificar o sistema político é observar o campo que se situa o órgão realizador do controle, neste caso, fora do Poder Judiciário.

O sistema Jurídico, ou Jurisdicional, é aquele exercido unicamente pelo Poder Judiciário. Tal sistema se dá pelo exercício, tanto de um órgão com tal competência exclusiva, quanto à competência distribuída por todo Poder. O sistema em questão surgiu nos Estados Unidos da América e tornou-se figura presente em grande parte dos ordenamentos jurídicos ocidentais. Sobre sistema de controle de constitucionalidade, o Professor José Afonso da Silva expõe:

*O controle jurisdicional, generalizado hoje em dia, denominado judicial review nos Estados Unidos da América do Norte, é a faculdade que as constituições outorgam ao Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade de lei e de outros atos do Poder Público que contrariem, formal ou materialmente, preceitos ou princípios constitucionais. (SILVA, 2010, p. 49).*

Com a junção dos dois sistemas (político e judicial), nasce uma terceira figura, o sistema misto (ou híbrido)<sup>18</sup> de controle de constitucionalidade. Trata-se da delegação, dada pela constituição do País, aos órgãos jurisdicionais e políticos, dividindo a matéria em que cada um deve atuar, como bem aponta o Ilustre Professor Pedro Lenza, que “... algumas normas são levadas a controle perante um órgão distinto dos três Poderes (controle político), enquanto outras são apreciadas pelo Poder Judiciário (controle jurisdicional).” (LENZA, 2012, p.262).

### **3.4. Do Critério de Controle de Constitucionalidade**

O critério de Controle de Constitucionalidade parte do sistema Jurisdicional, dizendo de que modo e por quem será exercido o controle dentro do corpo Judiciário. Os critérios identificados são o “difuso e concentrado”, nascendo um terceiro modelo, o “misto”, com a junção dos dois primeiros.

O modelo difuso é identificado quando a Constituição delega a todos os Juízes e Tribunais a análise da constitucionalidade de lei ou ato administrativo, em matéria incidentalmente levantada no curso do processo. Tal critério tem como característica o questionamento de constitucionalidade de norma frente a um caso concreto, dando também a este critério o nome de *controle concreto*, devido ao fato da concretude da matéria a ser analisada. O controle difuso tem suas raízes no direito norte americano, como mostra PAULO & ALEXANDRINO, em *Direito Constitucional Descomplicado*:

---

18 O Doutrinador Pedro Lenza, em *Direito Constitucional Esquematizado*, 16ª edição, prefere adorar a expressão híbrido ao em vez de misto, no entanto ambas têm o mesmo sentido.

O modelo difuso de fiscalização da validade das leis surgiu nos Estados Unidos da América, a partir do célebre caso *Marbury v. Madison*, em 1803, quando a Suprema Corte Americana, sob o comando do *Chief Justice John Marshall*, firmou o entendimento de que o Poder Judiciário poderia deixar de aplicar uma lei aos casos concretos a ele submetidos, por entendê-la inconstitucional. A partir de então, foi difundida para os mais diversos ordenamentos constitucionais a ideia de que os membros do Poder Judiciário, juízes e tribunais, só devem aplicar aos casos a eles submetidos as leis que considerem compatíveis com a Constituição. (PAULO & ALEXANDRINO, 2012, p. 773).

Como bem mostra o modelo difuso, o ato normativo a ser analisado deve questionar a sua constitucionalidade frente a um caso concreto.

O modelo concentrado de controle de constitucionalidade é o critério de avaliação da constitucionalidade de norma por um órgão específico do Judiciário. Diferentemente do controle difuso, este é exercido por um órgão criado para unicamente analisar a constitucionalidade de lei ou ato administrativo. O referido modelo, teve sua origem no direito Austríaco sob a influência do jurista Hans Kelsen, como preleciona PAULO & ALEXANDRINO, em *Direito Constitucional Descomplicado*:

O modelo concentrado teve a sua origem na Áustria, em 1920, sob a influência do jurista Hans Kelsen. Para Kelsen, a fiscalização da validade das leis representava tarefa especial, autônoma, que não deveria ser conferida a todos os membros do Poder Judiciário, já encarregados de exercerem a jurisdição, mas somente a uma Corte Constitucional, que deveria desempenhar exclusivamente essa função. Sob esse pensamento, foi criado o Tribunal Constitucional Austríaco, com a função exclusiva de realizar o controle de constitucionalidade das leis. Na visão de Kelsen, a função precípua do controle concentrado não seria a solução de casos concretos, mas sim a anulação genérica da lei incompatível com as normas constitucionais. (PAULO & ALEXANDRINO, 2012, p. 774).

O controle concentrado visa, a depender do caso, a anulação de lei ou ato administrativo que se encontre incompatível com os comandos constitucionais. Tal anulação acontece de maneira genérica, não se limitado a um caso concreto, como no controle difuso. Percebe-se então, que o controle concentrado possui uma característica de análise de inconstitucionalidade abstrata, ou seja, não firmada em um caso concreto, e sim em uma pretensa lesão diante da incompatibilidade da norma analisada com a da Constituição, tendo, portanto, o efeito de expurgar a norma declarada inconstitucional do ordenamento jurídico, diferentemente do critério difuso que a deixa de cumprir.

O controle de constitucionalidade somente veio a ser exercido com a instituição da primeira Constituição Republicana (1891), pois antes desta os atos normativos eram realizados pelo próprio Poder que os instituíram. Com influência da Constituição Norte Americana, a de 1891 trouxe controle de constitucionalidade no seu modelo difuso, permanecendo puramente difuso até a Emenda Constitucional nº 16/1965, que introduziu na de 1946 o controle concentrado, quando previa a apreciação, pelo STF, de Ação Direta de Inconstitucionalidade, analisando matérias abstratas.

Com esta inovação, sem deixar de lado o critério difuso, nasce o modelo misto de controle de constitucionalidade, que prevê a apreciação de matéria inconstitucional em caso concreto por qualquer Juiz ou Tribunal do Poder Judiciário, quando provocado, e a inconstitucionalidade em matéria abstrata, resolvida pelo STF que figura-se como guardião da Constituição Federal.

### **3.5. Das Ações do Controle Abstrato**

Dito sobre controle concentrado (ou abstrato), cabe agora apontar os instrumentos postulatórios que o possibilitem. No tocante a averiguação da inconstitucionalidade em tese, percebe-se a existência de quatro ações para tal controle: Ação Direta de Inconstitucionalidade, por ação (ADI) e por omissão (ADO), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Importante ressaltar que a Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (ADI interventiva), apesar de que possa ter o escopo de controle de constitucionalidade, a mesma possui um objeto concreto e específico - a fiscalização do processo de intervenção federal – fugindo, assim, da abstração analisada pelas demais ações. Neste sentido, PAULO & ALEXANDRINO, em *Direito Constitucional Descomplicado* prelecionam:

Conquanto seja modalidade de controle concentrado, a ação direta de inconstitucionalidade interventiva, no mais das vezes, não pode ser caracterizada como controle abstrato de constitucionalidade, pois em muitas hipóteses não se trata de apreciação de lei ou ato normativo que, em tese, esteja em confronto com a Constituição. Em grande parte das situações que

autorizam o ajuizamento de representação interventiva serão impugnados atos que estejam, concreta e efetivamente, configurando afronta ao ordenamento constitucional. Dessa forma, em muitos casos, tratar-se-á de um controle de constitucionalidade concentrado – porque exercido mediante ação direta – e concreto. Ainda quando a representação interventiva tenha por objeto a apreciação de uma lei ou ato normativo de ente federado que abstratamente esteja em conflito com um dos princípios enumerados na Constituição, cuja afronta enseje a representação, a ação judicial terá por finalidade sempre a ulterior decretação da intervenção, ou seja, será um ‘controle direto, para fins concretos’, no dizer de Alexandre de Moraes. (PAULO & ALEXANDRINO, 2012, p. 819 e 820).

Portanto, apesar de a Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva pertencer ao modelo concentrado, a mesma, devido ao seu objeto concreto, possui uma peculiaridade que a coloca próxima do modelo difuso.

### **3.5.1. Da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC)**

A Ação Declaratória de Constitucionalidade foi instituída como instrumento de controle abstrato, em 1993, pela Emenda Constitucional nº 3/93. Sendo um instituto inovador em nosso sistema, possui uma característica quase idêntica à da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). No entanto, objetiva fins completamente inversos: enquanto na ADI busca-se a inconstitucionalidade do ato normativo, na ADC aspira-se a constitucionalidade do ato. Tal semelhança exposta é tratada pelos doutrinadores PAULO & ALEXANDRINO, que nomeiam a ADC de “ADI de sinal trocado”, da seguinte forma:

Há somente um aspecto que as diferencia: o pedido do autor, que, na ADI, é pela declaração da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, enquanto, na ADC, é pela declaração da constitucionalidade da lei ou ato normativo. É por esse motivo que é comum a referência à ADC como uma ‘ADI de sinal trocado’. (PAULO & ALEXANDRINO, 2012, p. 886)

A referida ação veio com o propósito de alcançar a verificação da constitucionalidade por meios mais hábeis, sendo que com ela reconhecida, não há o que se falar em inconstitucionalidade posteriormente suscitada.

Apesar das semelhanças entre ADC e ADI, há outro ponto fundamental que merece destaque quanto à sua admissibilidade. Para que a ADC seja admitida no

Tribunal, é de fundamental importância que o ato normativo esteja sendo alvo de controvérsias em julgados do Judiciário, causando assim a necessidade de que a matéria seja discutida pelo STF. Neste entendimento PAULO & ALEXANDRINO, em Direito Constitucional Descomplicado, entendem:

Assim, para o ajuizamento da ADC é imprescindível a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição que se pretende levar à apreciação do STF. O autor da ação deve comprovar a existência dessa relevante controvérsia judicial sobre a lei que ele quer ver declarada constitucional pela Corte Suprema, juntando à petição inicial decisões judiciais, prolatadas no âmbito do controle incidental, que suscitem controvérsia sobre a lei constitucional ou inconstitucional. (PAULO & ALEXANDRINO, 2012, p.889)

No tocante a ADI tal requisito é desnecessário, como bem mostram os citados autores:

Por fim, vale lembrar que para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade **não** é exigida a comprovação da existência de relevante controvérsia judicial sobre a lei impugnada. Em ação direta, a lei ou ato normativo poderá ser impugnado a partir da data de sua publicação, mesmo que não tenha sofrido nenhuma impugnação ou não tenha produzido nenhum de seus efeitos essenciais (a lei ou ato normativo poderá estar, até, no período de vacância – *vacatio legis*). (PAULO & ALEXANDRINO, 2012, p.890).

Quanto à legitimidade para propositura de ADC, são os mesmos legítimos para propor ADI, sendo eles: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Conforme art. 103 da CF.

### **3.5.2. Da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)**

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental foi introduzida na Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 3/93. No entanto, sua aplicabilidade teve eficácia limitada devido ao fato de que para a produção de efeitos necessitava de complementariedade de lei a ser posteriormente editada. Com a publicação da lei nº 9882/99 torna-se regulamentada a ADPF como instrumento que objetiva “... evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.” (Parte do *caput* do art. 1º da lei 9882/99) e “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos anteriores à Constituição;” (inciso I do art. 1º da lei 9882/99).

Percebe-se na ADPF um caráter subsidiário em relação as outras ações, tanto do controle concentrado, ou não. Isto se dá pelo fato da ADPF somente ser admitida quando a matéria que versar sobre a lesão ou reparação do preceito fundamental não se encaixar no foco de outras ações, o que pode ser identificado no art. 4º da lei que disciplina a ADPF (lei 9882/99), a qual menciona a rejeição da petição inicial “quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental...” (parte do *caput* do já citado artigo).

Neste sentido, PAULO & ALEXANDRINO comentam: “Nos termos em que foi regulada a ADPF pelo legislador ordinário, questões até então não passíveis de apreciação nas demais ações do controle abstrato de constitucionalidade (ADI e ADC) passaram a poder ser objeto de exame”(PAULO & ALEXANDRINO, 2012, p. 893). Sendo assim, a ADPF somente deverá ser proposta em caso de não haver outro instrumento adequado.

A legitimação para a propositura de ADPF é fundamentada no inciso I do art. 2º da lei 9882/99, que remete aos mesmos legitimados para a propositura de ADI e ADC, elencados no art.103 da Constituição Federal.

### **3.5.3. Da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI)**

A ADI é o instrumento principal do controle de constitucionalidade de nosso sistema jurídico. Instituída em 1965 no direito constitucional brasileiro, pela Emenda

Constitucional nº16/1965, trouxe, consigo, o controle abstrato de constitucionalidade perdurando até os dias atuais com sua previsão no art. 103 da vigente Constituição.

A estudada ação tem como finalidade o expurgo de lei ou ato normativo, entendendo este como atos oriundos do âmbito federal, estadual e distrital. Tais atos quando de âmbito municipal não podem ser objetos de apreciação via ADI, e isto se dá pelo fato de que não há previsão constitucional neste sentido, restando apenas o controle difuso em tais matérias, ou o controle concentrado via ADPF, conforme o parágrafo único, inc. I, do art. 1º da lei 9882/99, que dispõe: “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou **municipal**, incluídos os anteriores à Constituição” (grifo nosso).

Tratando sobre a impossibilidade de apreciação de lei ou ato normativo municipal via ADI, apontado a solução do controle difuso para determinada matéria, o Professor Pedro Lenza, em seu Direito Constitucional Esquematizado, preleciona:

Nesse caso, por falta de expressa previsão constitucional, seja no art. 102, I, “a”, seja no art. 125, § 2.º, **inexistirá controle concentrado por ADI**. O máximo que pode ser feito é o controle via sistema difuso, podendo a questão levada ao Judiciário, através do recurso extraordinário, de forma incidental, ser apreciada pelo STF e ter a sua eficácia suspensa, pelo Senado Federal, nos exatos termos do art. 52, X. (LENZA, 2012, p.320 e 321).

Quanto à possibilidade do problema em questão ser resolvido pelo controle concentrado, via ADPF, os Professores PAULO & ALEXANDRINO, em seu Direito Constitucional Descomplicado, ao tratar do mesmo assunto, expõem:

O direito municipal (Lei Orgânica e leis e atos normativos municipais) não pode ser impugnado em sede de ação direta de inconstitucionalidade. O direito municipal somente poderá ser declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle difuso, quando uma controvérsia concreta chaga ao Tribunal por meio do recurso extraordinário, ou, excepcionalmente, por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF. (PAULO & ALEXANDRINO, 2012, p.826).

Sendo assim as lei e atos normativos, objeto de ADI, somente serão analisados se partirem das esferas federal, estadual ou distrital. Quanto a este último, só se admite ADI em face de lei ou ato normativo do Distrito Federal caso natureza da norma originar-se da

competência estadual, vedando assim a análise de lei ou ato normativo de natureza municipal. Isto se dá pelo fato de que o Distrito Federal, segundo o § 1º do art. 32 da CF, dispõe de competência legislativa estadual e distrital. Neste sentido, PAULO & ALEXANDRINO expõem:

Em relação às leis do Distrito Federal, como este ente federado dispõe de competência legislativa dos estados e dos municípios, somente poderão ser impugnadas em ADI perante o STF as leis distritais editadas no desempenho de sua competência estadual (uma lei sobre ICMS, por exemplo). Se a lei do Distrito Federal foi expedida para regular matéria tipicamente municipal (IPTU, por exemplo), não poderá ser questionada em ADI perante o Supremo Tribunal Federal. (PAULO & ALEXANDRINO, 2012, p.826 e 827).

A matéria objeto de ADI versa somente sobre interesse objetivo, e não subjetivo, como no controle difuso. Isto se reflete em dois olhares: o da legitimidade restrita aos entes descritos no art. 103 da CF e aos efeitos *erga omnes*, que distribui seus efeitos para todos. Isto se justifica pelo fato de que quando tratado sobre direito subjetivo o interesse possui um caráter pessoal, inerente à pessoa que o pede. Já quando a matéria suscitada firma-se em pretensão de direito objetivo, ou seja, não pessoal e genérica, não se pode falar em algum interessado específico, legitimado por uma concretude da matéria, da qual lhe dá o direito de ser o proponente da ação, e também, da qual surtirá os efeitos unicamente naquele caso concreto.

A ADI trata-se, portanto de processo objetivo com legitimados especificado em lei. Quanto ao fato de ser um processo objetivo, NERY & NERY, em sua Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional, tratam:

Na ADIn, para o controle abstrato da constitucionalidade das normas, não há interesse subjetivo, mas *interesse difuso*, de toda a coletividade, na higidez da norma federal ou estadual comparada com o texto constitucional federal. (...) Trata-se de *processo objetivo*, pois o direitomaterial à constitucionalidade da norma não possui titular individualizado nem individualizável. Entendendo que a ação direta, para o controle abstrato de constitucionalidade da lei ou ato normativo (ADIn), tem natureza de *processo objetivo*... (NERY & NERY, 2012, p.1088).

Desse modo, a ADI, assim como as outras ações do controle abstrato, não possui interesse em direito subjetivo, e sim, objetivo, dando uma atipicidade ao Poder Judiciário no órgão do STF à competência do julgamento de tais pretensões.

Quanto aos efeitos da declaração da constitucionalidade de lei ou ato normativo, como já dito, possui efeitos *erga omnes*, produzindo “eficácia contra os efeitos vinculantes, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal” (§ 2º do art.102 da CF).

#### **3.5.4. Da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO)**

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão possui a mesma essência e fundamento da ADI, tanto que sua previsão é exatamente a mesma, exercida pelos mesmos legitimados desta. O ponto diferenciador entre ADI e ADO é o fato de que a primeira visa atingir o ato comissivo do Poder Público, que institui lei ou ato normativo contrário à constituição, e a segunda visa combater uma omissão deste poder em não editar norma que produzirá efeitos em norma constitucional com eficácia pendente.

Seu objetivo então é a declaração de omissão inconstitucional, e não a ação inconstitucional, objetivo da ADI.

O STF entende como poder, fonte da omissão, não somente o Legislativo, mas também o Executivo que deveria praticar ato necessário para a concretização da norma constitucional. Neste sentido, PAULO & ALEXANDRINO, em seu Direito Constitucional Descomplicado, citam o entendimento do Excelso Tribunal:

Segundo orientação do Supremo Tribunal Federal, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão não se restringe à omissão legislativa, alcançando, também, a omissão de órgãos administrativos que devam editar atos administrativos em geral, necessários à concretização de disposições constitucionais. Dessarte, a inconstitucionalidade por omissão verifica-se naqueles casos em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos normativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais, já que muitas destas requerem uma lei ou uma providência administrativa ulterior para que os direitos ou situações nelas

previstos se efetivem na prática. Nessas hipóteses, se tais direitos não se realizarem, por omissão do legislador ou do administrador em produzir a regulamentação necessária à plena aplicação da norma constitucional, tal omissão poderá caracterizar-se como inconstitucional. (PAULO & ALEXANDRINO, 2012, p.877 e 878).

Tratando dos legitimados para propositura de ADO, os mesmo se encontram elencados, de maneira taxativa, no art. 103 da CF, sendo os mesmo para propor ADI. No entanto, PAULO & ALEXANDRINO entendem que existe uma ressalva quanto à propositura de ADO pelo Poder omissivo, sendo portanto incabível neste caso, vejamos:

(...) embora a Constituição Federal não o tenha estabelecido textualmente, entendemos que a legitimação ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade pró omissão deve ser examinada, em cada caso concreto, levando-se em conta o ato omissivo questionado. (...) Assim, o legitimado pelo art. 103 da Constituição não poderá propor uma ação direta pró omissão se ele é a autoridade competente para iniciar o processo legislativo questionado nessa ação. (PAULO & ALEXANDRINO, 2012, p.879).

A ADO possui grande semelhança com outro instituto constitucional, que é o mandado de injunção. Porém o que os diferem é a natureza do direito tutelado em ambas. Enquanto o mandado de injunção funda-se em direito subjetivo originado em caso concreto, a ADO foca-se em direito objetivo inexistindo uma relação concreta.

O parágrafo 2º do art. 103 da CF, dispõe sobre o resultado da declaração da inconstitucionalidade por omissão, dizendo: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. ” Percebe-se então o caráter mandamental da declaração da inconstitucionalidade por omissão, que, no caso de órgão administrativo, o STF determinará a execução do feito sanador da omissão em trinta dias. No entanto, nos dizeres de PAULO & ALEXANDRINO, a estipulação de prazo para que seja editado, feito, que sane a omissão, restringe-se somente a órgão subordinado, não podendo falar em prazo para que um Poder cumpra determinado mandamento. Nesta palavra os citados autores expõem:

Assim, se a omissão for de um dos **Poderes do Estado**, não há que se falar em fixação de prazo para a edição da norma faltante. Porém, se a omissão de um órgão administrativo (subordinado, sem função política, meramente executor de leis ou políticas públicas), será fixado um prazo de trinta dias, ou outro prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, para sua atuação visando a suprir a omissão inconstitucional. (PAULO & ALEXANDRINO, 2012, p.883 e 884).

Apesar dos nobres autores não dizerem o motivo da não imposição de prazo aos Poderes, percebe-se que tal razão se dá pelo fato de que o Judiciário não pode impor medidas aos demais, sob pena de afronta ao Princípio da Separação deles com a violação da “independência” existente entre si. Tal questão nos leva a pensar se a efetividade do controle concentrado não se encontra limitada, ou se havendo uma obrigatoriedade no cumprimento mandamental, não haja aí uma superioridade de força do Judiciário em relação aos demais Poderes.

### **3.6. Da suposta incompetência do STF no julgamento das ações de controle de constitucionalidade em matéria abstrata**

Por matéria abstrata podemos entender como a antítese da matéria concreta, ou seja, a não existência de um caso fático no plano real. Sendo assim o ponto que diferencia a matéria abstrata da concreta é que, na segunda existe uma situação fática, existente, ao passo que na primeira apenas hipóteses ou suposições de tais concretudes que possam passar para o plano real.

Em qualquer conceituação de *jurisdição* existirá sempre a presença do elemento *conflito de interesses* como o ponto que a função jurisdicional busca solucionar. Interesse pode ser entendido como a “alma” do direito subjetivo, não sendo exagero dizer que se sem um não existe o outro. Percebe-se assim, que a ideia de função jurisdicional encontra-se perfeitamente entrelaçada com a noção de direito subjetivo. Sendo este a fundamentação da existência de qualquer órgão jurisdicional.

Em se tratando de matéria abstrata, a mesma consubstancia-se no direito objetivo, ou seja, não existe concretude na hipótese apresentada, sendo portanto tal matéria desprovida de qualquer interesse ou conflito concreto.

O STF é órgão jurisdicional, por estar elencado como tal na Constituição Federal (inc. I, art.92), e por ter a competência de julgar questões típicas do Judiciário, tais como, processar e julgar o Presidente da República nas infrações penais comuns (art.102, I, b, da CF).

Note-se que ao receber competência para análise de constitucionalidade de lei ou norma abstrata, o STF recepciona uma competência um tanto quanto atípica para um órgão jurisdicional, pois, como já dito, a jurisdição firma-se na existência de um interesse ou concretude.

O Excelso Tribunal possui características de uma corte constitucional em análise de controle de constitucionalidade concentrado. No entanto esta posição encontra-se em situação questionável diante da formação da suposta corte, quando analisada a composição de seu membro e o ingresso dos mesmos. O Insigne doutrinador Nelson Nery Junior, em *Princípios do Processo na Constituição Federal: (Processo Civil, Penal e Administrativo)*, trata do equívoco em encarar o STF como sendo uma Corte Constitucional da seguinte maneira:

A incorreção da parte da atividade do STF como Corte Constitucional está na nomeação vitalícia dos ministros (deveria haver mandato por prazo determinado) e no fato de que os Poderes Judiciário e Legislativo não participam eficazmente da escolha de seus membros, como seria correto (o senado apenas aprova ou rejeita o nome proposto pelo Presidente da República). O Executivo, portanto, é o único dos três Poderes que pode indicar e nomear juiz integrante do tribunal constitucional federal brasileiro! (NERY, 2013, p.49).

O distinto doutrinador faz crítica em relação à natureza de Corte Constitucional do Pretório Excelso, tanto no tocante à formação do mesmo, quanto na incompetência deste mesmo órgão em julgar ações em matéria abstrata. Senão, vejamos:

Como órgão do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal só teria legitimidade para interpretar a Constituição em casos concretos que lhe chegassem pelas vias normais de competência originária e recursal, a exemplo do que ocorre no sistema norte-americano, do qual o brasileiro foi cópia fiel, como demonstra a organização do sistema de poder desde a CF republicana de 1891 até a vigente de 1988. Decidir, em abstrato, dizendo a última palavra sobre a constitucionalidade ou não de atos típicos dos outros dois poderes, Executivo e Legislativo, é irregularidade que salta aos olhos. Portanto, as ações declaratórias de constitucionalidade e direta de constitucionalidade são institutos absolutamente irregulares dentro do ordenamento constitucional

brasileiro. São importações incorretas do direito estrangeiro, que não servem, com correção, ao modelo constitucional brasileiro. (NERY, 2013, p.51).

O autor demonstra a irregularidade diante do fato de o órgão responsável pela realização do controle concentrado (STF) integrar o corpo jurisdicional brasileiro, dando ao Poder Judiciário uma maior relevância frente aos demais Poderes (Executivo e Legislativo), ficando assim a *independência e harmonia* existente entre eles completamente comprometidas, pois o Judiciário estaria exercendo uma função atípica deste poder, vez que tal função limitar-se-ia às questões concretas. Tal situação interfere na atuação dos demais Poderes, pois elucidando ações de processo objetivo, o STF estaria extrapolando suas funções pelo fato de não pertencer ao campo da jurisdição devido à ausência de concretude da matéria. Neste sentido, assim expõe o notável doutrinador:

(...) a nosso ver somente é regular o *controle concreto* da constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário dentro do exercício constitucional e regular de resolver conflitos, isto é, solucionando a lide que o jurisdicionado lhe submeter. Anular ou declarar nulo, *in abstracto*, ato típico de outro poder de Estado é ofender a regra constitucional da harmonia e independência entre os Poderes (CF 2.º), vale dizer, é ofensa ao próprio estado democrático de direito, instituto que se consubstancia em fundamento da República brasileira (CF art. 1º *caput*). (NERY, 2013, p.52 e 53).

O Eminent Nelson Nery ainda menciona que no sistema norte americano, do qual o sistema brasileiro recebe influência, até então não existe o controle concentrado pelo judiciário, para que não haja um desequilíbrio entre os Poderes. Assim é exposto:

Note-se que o famoso caso *Marbury v. Madison*, no qual a Suprema Corte norte-americana afirmou que o Judiciário pode exercer o controle da constitucionalidade das leis, era caso concreto, vale dizer, tratava-se do reconhecimento da competência do Poder Judiciário para controlar, em concreto, a constitucionalidade das leis. Isto, evidentemente, ele pode fazer, porque tem de apreciar toda e qualquer ameaça ou lesão a direito que lhe seja dirigida pelo jurisdicionado (CF 5.º XXXV). Mas hoje nos Estados Unidos da América não existe o controle abstrato da constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário, justamente para manter o equilíbrio e a harmonia entre o Poder Judiciário e o Legislativo. Caso a Suprema Corte norte-americana fosse corte constitucional, com membros oriundos dos três poderes, aí sim correta a instituição, naquele país, do controle abstrato de constitucionalidade das leis. (NERY, 2013, p.51 e 52).

Infere-se então, que no tocante ao controle abstrato de constitucionalidade de lei ou ato normativo, o STF exerce função diversa das inerentes às funções típicas do Judiciário, atuando portanto como uma ingerência que coloca em questão o Princípio da Separação dos Poderes. Isto resulta numa noção de superioridade do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes, algo inadmissível frente ao já referido princípio.

### **3.7. O Princípio da Separação dos Poderes na perspectiva de Paulo Bonavides**

Diante de tanto rigor e tecnicismo quanto à separação dos poderes exposta até o momento, interessante é o posicionamento do renomado Professor e Doutrinador Paulo Bonavides, que entende a Teoria de Separação dos Poderes, na sua forma rigorosa de ser, como sendo algo ultrapassado para a nossa atual formação do Estado, consolidada na democracia e completamente rompida com o absolutismo. Para ele o referido Princípio teve fundamental importância quando visava combater os abusos da realeza, justificando assim o seu maior rigor. O Eminentíssimo Professor, em sua obra *Ciência Política*, assim justifica:

Desde porém que se desfez a ameaça de volver o Estado ao absolutismo da realeza e a valoração política passou do plano individualista ao plano social, cessaram as razões de sustentar, em termos absolutos, um princípio que logicamente paralisava a ação do poder estatal e criava consideráveis contrassensos na vida de instituições que se renovam e não podem conter-se, senão contrafeitas, nos estreitíssimos lindes de uma técnica já obsoleta e ultrapassada. (BONAVIDES, 2006, p.157)

E ainda afirma:

Numa idade em que o povo organizado se fez o único e verdadeiro poder e o estado contraiu na ordem social responsabilidades que o Estado liberal jamais conheceu, não há lugar para a prática de um princípio rigoroso de separação. (BONAVIDES, 2006, p.157).

O nobre pensamento do Doutor Professor defende uma maior flexibilidade na atuação dos três poderes, admitindo ainda uma maior interferência da atuação de um na esfera de atuação do outro, propiciando assim uma maior efetividade de suas funções. Ao mesmo tempo que o Professor salienta a importância do referido princípio no rompimento com o absolutismo, adverte que o mesmo aplicado em sua forma rigorosa na atual formação de Estado, pode abrir as portas para uma nova forma de absolutismo, senão vejamos:

Não temos dúvida por conseguinte em afirmar que a separação de poderes expirou desde muito como dogma da ciência. Foi dos mais valiosos instrumentos de que se serviu o liberalismo para conservar na sociedade seu esquema de organização do poder. Como arma dos conservadores, teve larga aplicação na salvaguarda de interesses individuais privilegiados pela ordem social. Contemporaneamente, bem compreendido, ou cautelosamente instituído, com os corretivos já impostos pela mudança dos tempos e das ideias, o velho princípio haurido nas geniais reflexões políticas de Montesquieu poderia, segundo alguns pensadores, contra arrestar outra forma de poder absoluto para o qual caminha o Estado moderno: a onipotência sem freio das multidões políticas. (BONAVIDES, 2006, p.158 e 159).

Percebe-se que as ideias de BONAVIDES possuem uma justificada razão, no entanto, sua obra analisa o Princípio da Separação dos Poderes de maneira geral, não focalizando numa realidade de uma dada sociedade, e sim na sua forma mais ampla de ser entendido.

Em um Estado vitimado pelo autoritarismo presente em vários períodos de sua história, como é o Brasil, pode-se apontar o Regime Militar, de 1964, como a última experiência do autoritarismo no país. No entanto, continua sendo necessário um maior rigor no aludido princípio, vez que de democracia plenamente instituída o Brasil ainda dá seus primeiros passos.

### **3.8. Sugestão da criação da Corte Constitucional como órgão do controle abstrato**

Para que possa existir uma verdadeira independência e harmonia entre os Poderes, atendendo assim ao Princípio da Separação dos Poderes, seria importante modificar o

atual sistema de controle de constitucionalidade, que atualmente é jurídico, passando a ser misto ou híbrido, devido a criação de órgão de natureza política para as questões de constitucionalidade de matéria abstrata, tendo em vista não pertencer ao corpo do Judiciário.

Tal medida não interferiria no controle de constitucionalidade difuso, pois este exerce, e continuará exercendo, um relevante papel neste controle brasileiro. A matéria a ser delegada ao órgão político seria apenas o julgamento de ações de cunho abstrato, pois tal órgão, corporificado em Corte Constitucional, não integraria nenhum dos três Poderes. No entanto, sua formação se daria por nomeação de cada poder, dando assim uma ideia de igualdade entre tais órgãos e uma noção de democracia presente naquele encarregado da interpretação de nossa Constituição, em matéria abstrata. Neste sentido de que o controle concentrado não pode ser exercido pelo Judiciário, Nelson Nery, em *Princípios do processo na Constituição Brasileira (processo penal, civil e administrativo)*, expõe:

Dada a inexistência de corte constitucional no Brasil, formada por juízes oriundos dos três poderes, não pode um dos poderes se sobrepor a outro, pois isto quebraria a harmonia e independência que deve haver entre eles. Assim, o Poder Judiciário no Brasil, ainda que por seu órgão máximo (Supremo Tribunal Federal), não pode declarar, em tese e em abstrato, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo resultante das atividades típicas dos Poderes Legislativo e Executivo, assim como não pode o Poder Legislativo anular, em abstrato, atos típicos dos Poderes Executivo e Judiciário, impondo-se a mesma restrição ao Poder Executivo de não poder anular, em abstrato, atos típicos dos Poderes Legislativo e Judiciário. (NERY, 2013, p.52).

Nelson Nery aponta a relevância do controle de constitucionalidade das normas pela via abstrata, defendendo a sua existência. No entanto, justifica que para tal controle, dever-se-ia ser criado órgão especial para tal incumbência:

Não somos contra o controle abstrato da constitucionalidade das normas, medida salutar que deve ser exercida em nome do interesse social. Nada obstante parcela da doutrina afirmar que o Brasil possui um dos mais interessantes sistemas de controle da constitucionalidade das leis e atos normativos, o que se nos afigura correto, o fato é que o controle abstrato deveria ser tarefa de Corte Constitucional, e não do órgão do Poder Judiciário. Como é feito no Brasil, por órgão do Poder Judiciário, o sistema padece de irregularidade. Deve ser transformado o STF em Corte Constitucional, com a nomeação de seus ministros por atuação direta dos três poderes... (NERY, 2013, p.53).

Compartilhando da ideia de Nery, entendemos ser necessário a criação da Corte Constitucional para a realização do controle de constitucionalidade em abstrato, devido aos supostos desacertos no atual sistema já mencionado.

A referida Corte seria órgão especial independente dos três poderes, com membros com cargos determinados, extinguido assim sua vitaliciedade, com nomeação feita pelos três poderes com número igual de cadeiras, respeitando assim o Princípio da Separação dos Poderes, no que diz respeito à independência e harmonia. A Corte Constitucional não integraria nenhum poder, sendo a sua única função a apreciação e interpretação da compatibilidade dos atos normativos, em abstrato, dos três poderes, e sua declaração, ou não, da constitucionalidade, ou inconstitucionalidade.

### **3.8.1. Crítica à PEC 275/13**

No dia 06/06/2013 a Deputada Federal Luiza Erundina de Sousa propôs Projeto de Emenda à Constituição federal (PEC) no sentido de reavaliar e introduzir mudanças na formação do Poder Judiciário. Uma das principais mudanças seria a “criação” da Corte Constitucional.

No tocante à criação da Corte Constitucional da comentada PEC, percebe-se que o atual STF simplesmente irá mudar de nome, continuando a possuir a sua essência de Cúpulado Judiciário com funções de guardião da Constituição Federal, pois o mesmo não sairá do seio Judiciário para que se torne um órgão neutro, afastando assim qualquer pretensão de que o Judiciário possua certa supremacia em relação aos demais Poderes ao realizar apreciação de matérias de cunho abstrato.

Ademais, quanto à nomeação de seu membro continuará sendo exercida por basicamente um Poder, que atualmente é exercido pelo Executivo (§ único do art.101 da CF). Com a PEC o nomeante passa a ser o Legislativo, como prescreve o art. 2º da referida PEC em questão:

Art. 2º. Os artigos 101 e 102 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 101. A Corte Constitucional compõe-se de quinze Ministros de notável saber jurídico e reputação ilibada, escolhidos entre cidadãos de mais de quarenta e menos de sessenta anos.

§ 1º Os Ministros da Corte Constitucional **serão nomeados pelo Presidente do Congresso Nacional**, após aprovação de seus nomes pela maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, a partir de listas tríplices de candidatos oriundos da magistratura, do Ministério Público e da advocacia, elaboradas respectivamente pelo Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil... ’ (**grifo nosso**) (PEC nº 275/13).

Fugindo assim, de uma ideia de igualdade entre os poderes que, se igual fossem, possuiria competência para a nomeação de um número igual de cadeiras por cada poder, dando assim um aspecto maior de democracia.

Ademais, a respectiva PEC não trata do mandato dos membros componentes da Corte Constitucional, fazendo entender que os mesmos continuarão a possuir cargos vitalícios, que é uma característica típica de órgão do Judiciário. Tal característica desqualifica a natureza de Corte Constitucional, como bem mostra Nelson Nery, em ponto já citado (NERY, 2013, p.49), que o mandato dos membros de uma Corte Constitucional deveriam ter mandato determinado, e não vitalício.

Percebe-se então, que as supostas mudanças oriundas do comentado projeto não traz uma mudança satisfatória que coloque o julgamento do processo de cunho abstrato nas mãos de um órgão que não pertença a nenhum dos Poderes, tendo assim um caráter político, e não jurídico, fazendo com que os três Poderes mantenham-se em real independência e harmonia.

## CONCLUSÃO

A fundamentabilidade de um princípio jurídico não pode ser entendida apenas como um elemento integrante de um ordenamento jurídico. Deve porém, ser encarada como elemento estruturante de toda uma ordem jurídica, afim de que não haja desvios na finalidade aspirada por determinada sociedade, foco de dada estrutura.

O princípio da Separação dos Poderes tem por objetivo limitar o poder estatal no sentido de não haver excessos que comprometa toda uma ordem democrática de direito, sendo, portanto, preponderante um equilíbrio entre os indivíduos resultantes de salutar divisão. Qualquer ameaça no ponto de equilíbrio entre os poderes não será exagero dizer que dirige-se ao próprio regime democrático, visto que nos períodos em que os governos se demonstraram mais autoritários na história, tal separação encontrava-se abalada ou simplesmente não existia.

Quando analisada a questão da competência de um órgão do Poder Judiciário em julgar ação de natureza abstrata, demonstrou o presente trabalho a observação de tal competência frente a função típica do referido poder, qual seja, a de dizer o direito a quem pertence frente a um conflito de interesses, ou seja, a análise do direito subjetivo.

Fica exposto que, devido à inexistência de concretude na matéria analisada no controle concentrado fundada na não existência de direito subjetivo, o mesmo não poderia ser efetuado por órgão judiciário, sob pena da interpretação de que o Judiciário estaria exercendo atividade que viole a independência e a harmonia entre os três poderes, ficando, assim comprometido o Princípio da Separação dos Poderes esculpido nos art. 2º da CF.

Para a preservação da independência e harmonia entre os poderes, faz-se necessária a criação de órgão de natureza política, constituído de membros indicados pelos três poderes, para o exercício do controle de constitucionalidade em matéria abstrata, preservando assim o Princípio da Separação dos Poderes.

Com a criação do referido órgão político, muda-se o atual sistema de controle concentrado, passando do atual sistema jurídico para um sistema misto devido o seu exercício por órgão político, equiparando-se assim ao seu critério misto de controle de constitucionalidade.

Diante deste desacerto com que a Constituição Federal trata da competência em julgamento de ações de natureza abstrata, existe uma visível inércia por parte da doutrina constitucionalista brasileira no que se refere à questão do controle de constitucionalidade em tese ser exercido pelo Judiciário, tendo como poucos doutrinadores já citados nesta obra, que não tratam de maneira aprofundada sobre a temática. Faz-se assim a necessidade de analisar, mesmo que de maneira sucinta, a problemática do atual sistema de controle de constitucionalidade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição Federal**. 1824.

BRASIL. **Constituição Federal**. 1891.

BRASIL. **Constituição Federal**. 1934.

BRASIL. **Constituição Federal**. 1937.

BRASIL. **Constituição Federal**. 1946.

BRASIL. **Constituição Federal**. 1967.

BRASIL. **Emenda Constitucional** nº 1. 1969.

BRASIL. **Vade Mecum**. 12ª ed. Saraiva. 2011.

CAMARA. PEC nº 275/2013. Disponível em:  
<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=579931>>  
acessado em 27/05/2014 às 13:46.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 13ª ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2011.

IBOPE. *Comício “Diretas, Já!” no Rio de Janeiro completa 29 anos*. Disponível em:  
<<http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/Comicio-Diretas-Ja-no-Rio-de-Janeiro-completa-29-anos.aspx>> acessado no dia 21/08/2013 às 11:46.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16ª ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Apresentação: Renato Janine Ribeiro. Tradução: Cristina Murachco. 3ª ed. São Paulo, Editora Martins Fontes, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal** (Processo Civil, Penal e Administrativo). 11ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. 3ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 9ª ed. São Paulo, Método, 2012.

PESSÔA, Eduardo. **Dicionário Jurídico**. 3ª ed. Rio de Janeiro, Editora e Livraria Jurídica do Rio de Janeiro, 2006.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª ed. São Paulo, Malheiros Editora, 2010.

TOLENS. Pedro Constantin; ARISTOTELES. **Política**. Tradução: Pedro Constantin Tolens. 5ª ed. 2ª reimpressão, São Paulo, Editora Martin Claret, 2009.