

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO

**O PRINCÍPIO CONTRAMAJORITÁRIO COMO CARACTERÍSTICA DO  
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

Bruna Izídio de Castro Santos

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO

**O PRINCÍPIO CONTRAMAJORITÁRIO COMO CARACTERÍSTICA DO  
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

Bruna Izídio de Castro Santos

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Rodrigo Lemos Arteiro.

Presidente Prudente/SP  
2011

# **O PRINCÍPIO CONTRAMAJORITÁRIO COMO CARACTERÍSTICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

Monografia aprovada como requisito  
parcial para obtenção do Grau de  
Bacharel em Direito.

Rodrigo Lemos Arteiro

Francisco José Dias Gomes

Aureo Matricardi Junior

Presidente Prudente, 05 de novembro de 2011.

Em toda sociedade em que há fortes e fracos, é a liberdade que escraviza e é a lei que liberta.

Jean-Baptiste-Henri Dominique Lacordaire

## AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Claudomiro e Maria Helena, pelo amor e incentivo que me deram ao longo da minha vida e pela dedicação que tiveram para que eu alcançasse meus objetivos.

Agradeço ao meu irmão Claudomiro Júnior, por estar ao meu lado, torcendo pela minha vitória e pela ajuda com a digitação e com o farejador de plágios.

A minha tia Elza e ao meu primo Élton que emprestaram diversos livros da biblioteca da instituição para que eu pudesse desenvolver esta monografia.

Ao meu padrinho João Galvão e aos meus primos Luciano e Anselmo, meus chefes, pela compreensão que me permite conciliar a vida acadêmica com a profissional.

Agradeço também a dileta amiga Amanda que auxiliou-me na fase de digitação e a colega Eliza pela ajuda com o *abstract* e as *key words*.

A professora Daniela Martins Madrid pela atenção e paciência em relação as minhas dúvidas sobre a formatação e o farejador de plágios.

Ao orientador Rodrigo Lemos Arteiro pela atenção, dedicação, incentivo e ensinamentos.

Finalmente, agradeço aos examinadores Francisco José Dias Gomes e Aureo Matricardi Junior, que tão gentilmente aceitaram fazer parte da banca examinadora.

## RESUMO

A República Federativa do Brasil tem sua história marcada pelas fases colonial, monárquica e republicana. A primeira Constituição pátria surgiu em 1824, outorgada pelo Imperador Dom Pedro I. A Constituição promulgada em 1891, além de ser a primeira republicana, constitui a primeira Constituição brasileira a permitir o controle judicial das leis e atos normativos do poder público. O controle judicial de constitucionalidade pode ser difuso-incidental, concentrado-principal ou misto. O modelo americano (difuso-incidental) surgiu primeiro e pode ser exercido por qualquer juiz desde que no curso de uma demanda concreta surja uma controvérsia que precisa ser resolvida para solucionar a causa. O modelo austríaco (concentrado-principal) deve ser exercido por um órgão jurisdicional especial, o Tribunal ou Corte Constitucional. O Brasil adota um sistema híbrido (misto) de controle da Constitucionalidade desde a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. O controle judicial de Constitucionalidade é um mecanismo que permite ao Poder Judiciário controlar os demais Poderes. A Constituição vigente adota um princípio da separação de Poderes, mas faz uso da teoria dos freios e contrapesos para coibir excessos por meio de fiscalizações recíprocos entre os Poderes. Em meio a este cenário surgiu um fenômeno conhecido como ativismo judicial por meio do qual o Poder Judiciário passa a exercer funções inerentes aos demais Poderes. O Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro e guardião da Constituição, atuam como legislador negativo ao declarar a inconstitucionalidade das leis e atos normativos e sua atuação é legitimada pela participação dos *amicus curiae* nos julgamentos de Ação Direta de Inconstitucionalidade. O Brasil possui a democracia como regime de governo e por se tratar de um governo pautado na vontade da maioria o princípio majoritário é a base de tal regime. O princípio majoritário não é absoluto, uma vez que a soberania popular e a supremacia da Constituição prevalecem sobre ele. O Poder Judiciário é o único dos três Poderes Republicanos que não possui representantes democraticamente eleitos, porém é o Poder responsável pelo controle de Constitucionalidade. Em defesa da Soberania popular e da democracia da Constituição é permitido ao Poder Judiciário exercer o controle judicial de constitucionalidade ainda que sua atuação seja contramajoritária.

**Palavras-Chave:** Controle de Constitucionalidade. Legislador Negativo. Poder Judiciário. Princípio Contramajoritário. Princípio Majoritário. Soberania Popular. Supremacia da Constituição.

## ABSTRACT

Brazil's federal republic has its history marked by colonial, monarch and republican phases. The first constitution came up in 1824, authorized by the Emperor D. Pedro I. The constitution from 1891, beyond being the first republican, constituted the first Brazilian's constitution to allow the judicial control on laws and normative acts of the public power. The judicial constitutional control can be diffuse-incident, concentrated-principal or mixed. The American model (diffuse-incident) came up first and can be exercised by any judge since that in the time of a concrete demand come up a controversy that needs to be solved to solve the cause. The Austrian model (concentrated-principal) must be exercised by an jurisdictional especial organ, the Court, or the Constitutional Court. Brazil adopts a hybrid system (mixed) of Constitutional control since the Brazil's Constitution of the United States from 1946. The judicial constitutional control is a mechanism that allows the Judicial Power to control the other Powers. The actual constitution adopts the principle of power's separation, but uses the theory of the brakes and weights to avoid excesses by fiscalization between the powers. In this scenario came up a phenomenon known as judicial activism, which allows that the Judicial Power play function from the other powers. The Supreme Federal Court, organ in the top of the Brazilian's Judicial Power and constitution's guardian, act as a negative legislator in declaring the unconstitutionality of the laws and normative acts and their function is legitimated by the participation of the *amicus curiae* in the judgments of the Unconstitutionally Straight Action. Brazil has democracy as government regime and by being a government based on majority will, the principle of the majority is the base for this regime. The majority principle is not absolute, once that the popular supremacy and the constitution supremacy go over it. The Judicial Power is the only one in the three republican powers that does not has representants democratically elects, but it is the power responsible by the constitutional control. In defense of the popular supremacy and the constitution democracy it is allowed to the Judicial Power to do the constitutional judicial control even that its role is against the majority.

**Key Words:** Constitutional Control. Negative Legislator. Judicial Power. Against the Majority Principle. Popular Supremacy. Constitution Supremacy.

# SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	08
<b>2 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA</b> .....	10
2.1 Breve histórico sobre a evolução do Estado brasileiro.....	10
2.2 Evolução histórica do controle de constitucionalidade.....	15
2.3 Evolução do controle de constitucionalidade nas constituições brasileiras.....	17
<b>3 DA SEPARAÇÃO DE PODERES</b> .....	23
3.1 Sistema de Freios e contrapesos.....	24
3.2 Ativismo judicial, Precedentes e Súmula Vinculante.....	29
3.3 Supremo Tribunal Federal como legislador negativo.....	33
<b>4 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO VIGENTE</b> .....	39
4.1 Momentos da realização do controle de constitucionalidade.....	40
4.2 Via difusa ou controle concreto.....	42
4.3 Via concentrada ou controle abstrato.....	44
<b>5 DO PRINCÍPIO MAJORITÁRIO</b> .....	48
5.1 República Federativa e Estado Democrático de Direito.....	48
5.2 Princípio majoritário e o regime político democrático.....	52
5.3 Supremacia da Constituição.....	57
<b>6 DO PRINCÍPIO CONTRAMAJORITÁRIO</b> .....	60
6.1 Concepção do princípio contramajoritário na jurisdição constitucional.....	61
6.2 Contramajoritarismo e soberania popular.....	64
6.3 Relação entre princípio contramajoritário e controle de constitucionalidade.....	67
<b>7 CONCLUSÃO</b> .....	70
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	72

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho partiu do princípio de que o Direito, ainda que não escrito, é o mecanismo responsável pela organização das sociedades e o controle de constitucionalidade funciona como mecanismo garantidor da supremacia dos direitos fundamentais.

A origem do controle de constitucionalidade foi abordada desde a antiguidade clássica, em razão da existência dos *nómoi* e *pséfisma* na sociedade ateniense até sua atual realidade na jurisdição pátria.

Verificou-se que o sistema de controle de constitucionalidade pode ser realizado por meio do modelo americano (difuso-incidental) fortalecido pelo julgamento do caso *Marbury versus Madison* em 1803 pelo *Chief Justice* John Marshall ou pelo modelo austríaco, europeu ou kelseniano (concentrado-principal) criado pelo jusfilósofo Hans Kelsen quando da elaboração da Constituição austríaca de 1920.

Demonstrou que a aplicação do controle de constitucionalidade na atualidade pressupõe a existência de rigidez constitucional e, principalmente, o respeito à supremacia da Constituição.

Em razão da adoção do princípio da separação de Poderes, bem como da aplicação do sistema de freios e contrapesos foi possível justificar a aplicação do controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário pátrio.

A adoção do princípio majoritário pelo Brasil foi explicada, uma vez que o país adota um regime político democrático.

Por força do princípio majoritário tem-se, como demonstrado, o equivocado entendimento de que as leis e atos normativos elaborados pelos Poderes Legislativo e Executivo estão respaldados pela vontade da maioria.

A argumentação de que o Poder Judiciário brasileiro não poderia exercer tal controle por ser o único dentre os Poderes estatais pátrios cujos representantes não são democraticamente eleitos pelos votos dos cidadãos foi debatida e teve a sua fragilidade exposta.

Ficou evidente que a supremacia da Constituição e a soberania popular impõem limites ao princípio majoritário e aos Poderes estatais para que as maiorias ordinárias não se tiranizem no poder e oprimam o restante da população.

Verificou-se a importância da atuação judiciária pautada no ativismo judicial levando-se em consideração os argumentos contrários a tal intervenção.

Foi realizado um minucioso estudo do princípio contramajoritário, visto que este consiste no princípio justificador da atuação do Poder Judiciário contrária a “maioria”.

Ficou comprovada a necessidade de proteção da vontade da maioria constitucional expressa na Lei Maior, por intermédio da atuação contramajoritária do Poder Judiciário, mesmo que contraria a vontade da maioria ordinária (transitória) aparentemente representada pelas leis e atos normativos do poder público cuja constitucionalidade é avaliada pelos membros do Judiciário.

Esclareceu-se que a jurisdição constitucional está pautada no princípio contramajoritário, pois o Poder Judiciário atua contra as maiorias ocasionais em defesa de uma maioria constitucional e dos direitos e garantias fundamentais protegidos pela Constituição Federal.

Evidente ficou que, não raras às vezes, a vontade expressa nas leis e atos normativos do poder público corresponde à vontade de uma minoria economicamente dominante ou são elaboradas em benefício do próprio poder público e em detrimento do povo cuja vontade deveriam representar.

Concluiu-se que a constitucionalidade do princípio contramajoritário está pautada na soberania popular e na supremacia da Constituição sendo uma forte tendência do Poder Judiciário pátrio.

O presente trabalho pautou-se no método de pesquisa dialético confrontando o princípio majoritário com a soberania popular e a supremacia da Constituição e é neste íterim que este trabalho monográfico se desenvolveu.

## **2 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA**

Antes de tratar do controle de constitucionalidade adotado pela Constituição brasileira vigente e da importância do princípio contramajoritário para a efetivação de tal controle se faz necessário conhecer a evolução do controle de constitucionalidade na história do Direito pátrio e mundial.

Para compreender a evolução do controle de constitucionalidade passou nas Constituições brasileiras não se pode deixar de realizar um estudo sobre a evolução política do Brasil e entender o contexto histórico em que cada Constituição foi criada.

### **2.1 Breve Histórico sobre a Evolução do Estado Brasileiro**

Desde o descobrimento até os dias atuais o Brasil partiu de Colônia, para Império evoluindo posteriormente para uma pretensa República democrática.

Segundo consta nos documentos históricos, o descobrimento do Brasil ocorreu em 22 de abril de 1500.

A esquadra portuguesa comandada por Pedro Álvares Cabral aportou na baía Cabralia, no sul do litoral baiano.

Após algumas décadas de abandono, a colonização do território brasileiro foi iniciada no ano de 1530 liderada por Martim Afonso de Sousa com o objetivo de proteger o litoral brasileiro e impedir o contrabando de pau-brasil.

O sistema de capitanias hereditárias foi implantado por Dom João III em 1534.

As bases jurídicas desse sistema eram as cartas de doação e foral que conferiam poderes administrativos, jurídicos e militares aos donatários que se submetiam apenas ao rei.

Com o fracasso das capitanias foi instituído o Governo-Geral do Brasil em 1549.

Durante esta fase da evolução política brasileira o Brasil foi comandado por governadores-gerais como ensina o professor José Afonso da Silva (2011, p. 70):

Em 1549, instituiu-se o sistema de *governadores-gerais*. Introduz-se, com isso, um elemento unitário na organização colonial, coexistente com as capitanias diversificadas. O primeiro governador nomeado – Tomé de Souza – vem munido de um documento de grande importância: o *Regimento do Governador-Geral*. (grifado no original).

Apesar do sistema de capitanias ter sido mantido passou a existir uma unidade administrativa, um órgão centralizador. Os regimentos foram responsáveis pelas disposições quanto à organização administrativa e delimitaram as funções dos auxiliares do governador-geral que eram responsáveis pela justiça, pelas finanças e pela defesa do litoral.

Existiam nas vilas e cidades da colônia as Câmaras ou Conselhos Municipais. Representavam a força do localismo político e legislavam em nível local.

A administração do Brasil enquanto colônia estava diretamente ligada a administração de sua metrópole Portugal, uma vez que em ambas se aplicavam as mesmas leis.

Entre os anos de 1580 e 1640 ocorreu a formação da União Ibérica e neste período o Brasil foi alvo de diversos ataques e invasões estrangeiras.

O movimento pela restauração do trono português fez com que Dom João IV, o duque de Bragança, assumisse o trono de Portugal. Com a restauração toda a administração do Império português foi centralizada e a autonomia municipal foi anulada.

As colônias da América foram tomadas pela eclosão dos movimentos emancipacionistas a partir de meados do século XVIII. O desenvolvimento das colônias esbarrava nas imposições e na opressão das metrópoles.

No final do século XVIII e início do século XIX Napoleão Bonaparte, imperador francês iniciou sua jornada rumo à conquista de grande parte da Europa continental. Portugal, por manter-se aliado a Inglaterra que lutava contra o império napoleônico, passou a ser alvo dos ataques franceses.

Na data de 22 de janeiro de 1808 a comitiva da família real portuguesa, que havia fugido da invasão francesa a Portugal, desembarcou em Salvador passando a colônia brasileira a ser designada Reino Unido a Portugal e Algarves.

Quando Dom João VI precisou retornar a Portugal em 1821 por exigência dos nobres portugueses deixou Dom Pedro de Alcântara, Príncipe Real do Reino Unido e Regente brasileiro, em seu lugar.

O retorno da família real a Lisboa fez com que os movimentos pela independência do Brasil se intensificassem e em 09 de janeiro de 1822 ocorreu o “Dia do Fico” no qual Dom Pedro I desrespeitou a ordem da Corte portuguesa que exigia seu retorno imediato na tentativa de efetivar a recolonização brasileira. Em 07 de setembro do mesmo ano a Independência do Brasil foi declarada.

A vinda da família real portuguesa constituiu o primeiro grande passo rumo a efetiva independência brasileira uma vez que permitiu avanços políticos e econômicos no Brasil.

Com a declaração da independência, o surgimento da primeira Constituição brasileira não demorou a acontecer.

A partir de 1823, Dom Pedro I inicia suas tentativas de formular um projeto capaz de atender ao mesmo tempo os anseios da população e suas pretensões autoritárias de “Majestade Imperial”.

Para elaborar a primeira Constituição brasileira instalou-se ainda em 1823 a Assembléia Constituinte composta por moderados e radicais que divergiam quanto à organização do Império, entretanto, prevaleceram na assembléia as propostas liberais.

Esta prevalência do liberalismo não agradava Dom Pedro I que possuía tendências absolutistas, motivo pelo qual dissolveu a Assembléia Constituinte.

Após tal dissolução Dom Pedro I nomeou um Conselho de Estado que elaborou o novo projeto da Constituição do Império do Brasil que foi outorgada pelo Imperador em 25 de março de 1824.

Dom Pedro I governou o Brasil entre 1822 e 1831, período este que ficou conhecido como Primeiro Reinado. Em 07 de abril de 1831, após sucumbir à pressão dos opositores ao seu autoritarismo imperial, o Imperador abdicou seu trono em favor de seu filho Dom Pedro de Alcântara. Este fato é considerado o marco da consolidação da Independência brasileira.

O Segundo Reinado ocorreu entre 1831 e 1889, porém, Dom Pedro II somente assumiu o governo em 23 de julho de 1840. Como na época da abdicação

do trono por Dom Pedro I seu filho possuía apenas cinco anos, o Império foi governado por Regentes.

Durante o governo regencial inúmeras rebeliões e movimentos populares incidiram pelo país. O período das regências encerrou-se com o Golpe da Maioridade que permitiu ao príncipe Dom Pedro de Alcântara ser coroado Imperador Dom Pedro II.

Um governo imperialista não atendia aos anseios da população e tampouco estava condizente com a realidade social brasileira. Os motivos da queda do Império são explicados pelo professor Francisco Alves da Silva (s.d., p. 138):

A crise do Império brasileiro é explicada, essencialmente, pela inadequação do regime monárquico às transformações processadas na economia e na sociedade, a partir da segunda metade do século XIX. Com efeito, o remanejamento político administrativo atenderia às necessidades do crescimento econômico do País, bem como aos interesses dos grupos sociais preponderantes. As questões abolicionista e religiosa, agravadas pelas tensões sociais e econômicas, precipitaram a Questão Política. A Questão Militar apresentou-se, num último momento, como o elemento catalisador de todos os problemas, no nível político.

A escravidão passou a ser contestada, a Igreja e o Estado estavam em conflito e os militares intervinham na política. Esses fatores agravados pela situação social e econômica do país contribuíram para que em 15 de novembro de 1889 fosse proclamada a República.

A proclamação da República foi fruto de um golpe resultante da conspiração de republicanos e militares que permitiu ao Marechal Deodoro da Fonseca assumir o poder no país.

Entre 1889 e 1930 existiu no Brasil o período conhecido como República Velha. Prudente de Moraes foi o primeiro presidente civil do país e governou de 1894 a 1898. Em 24 de fevereiro de 1891 foi promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.

A crise da República Velha surgiu da exigência que as camadas médias urbanas e o proletariado faziam em prol da abertura política. Esta fase encerrou-se com a Revolução de 1930 que deu início a Era Vargas (1930-1945).

Getúlio Dorneles Vargas governou o Brasil por 15 anos ininterruptos e trouxe importantes alterações sociais e econômicas para o país. A Era Vargas iniciou-se com um governo provisório, posteriormente iniciou-se a fase conhecida

como Governo Constitucional (1934-1937) e por fim a fase ditatorial conhecida com Estado Novo (1937-1945).

Durante a Era Vargas duas Constituições foram criadas. Uma nova Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil foi promulgada em 16 de julho de 1934 e em 10 de novembro de 1937 uma Constituição foi imposta aos brasileiros.

Em 29 de outubro de 1945 um golpe militar pôs fim ao governo ditatorial de Vargas. A queda do presidente Vargas é analisada pelo professor Francisco Alves da Silva (s.d., p. 186):

A derrubada de Vargas em 1945, pelas mesmas forças que o haviam levado ao poder absoluto, quando do Golpe de Estado de 1937, deve ser entendida com mais uma manobra política de acomodação ou, em outras palavras, uma atualização institucional. As bases dessa “atualização” estão relacionadas com a queda do totalitarismo europeu. A queda do fascismo italiano em 1943 estabeleceu um marco na mudança da linha política de Vargas. A vitória final dos Aliados estabeleceu o questionamento da ditadura.

O resultado da Segunda Guerra Mundial só fez aumentar a oposição ao governo ditatorial no Brasil. José Linhares, presidente do Supremo Tribunal Federal, assumiu o poder interinamente.

Com o fim da Era Vargas aconteceu à redemocratização do país e em 18 de setembro de 1946 uma nova Constituição foi promulgada.

A partir de 1946 até 1964 o Brasil viveu a fase histórica conhecida como República Liberal marcada por uma democracia populista. Entre 1964 e 1985, após mais um golpe militar, instalou-se no país o Estado Autoritário que alegava defender a democracia e buscava evitar a ameaça comunista.

Durante o Estado Autoritário a Constituição do Brasil de 24 de janeiro de 1967 foi criada, bem como a Constituição de 1969 (Emenda constitucional nº. 01 de 17 de outubro de 1969).

A Nova República iniciou-se em 1985 com a eleição do presidente Tancredo Neves que, contudo, não assumiu o cargo, pois faleceu. Esta fase foi marcada principalmente pela redemocratização, liberdades e restabelecimento dos direitos e garantias fundamentais.

Em 05 de outubro de 1988 foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, ainda vigente. Atualmente o Brasil possui um governo

presidencialista e tem como presidente, desde 01 de janeiro de 2011, a presidente Dilma Vana Rousseff.

## 2.2 Evolução Histórica do Controle de Constitucionalidade

Antes de estudar a origem do controle de constitucionalidade nas Constituições brasileiras é preciso entender a origem e evolução histórica do controle judicial de constitucionalidade que é resultado de séculos de evolução do Direito na história da civilização.

A antiguidade clássica, especialmente aos atenienses, atribui-se o início desse processo evolutivo por conta da existência dos *nómoi* e *pséfisma*, como explica Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 63):

[...] Em linguagem moderna, devemos reconhecer que os *nómoi* representavam as leis constitucionais da época, não só porque dispunham sobre a organização do Estado, mas também porque só podiam ser alterados por procedimentos especiais. Já o *pséfisma* apresentava-se como uma lei ordinária que, qualquer que fosse seu conteúdo, devia conformar-se, formal e materialmente, com os *nómoi*. O descompasso entre o *pséfisma* e os *nómoi* era resolvido em favor destes, em face de sua reconhecida superioridade. Tanto era assim, que os juízes atenienses, embora obrigados a julgar segundo os *nómoi* e segundo o *pséfisma*, não eram, contudo, obrigados a julgar segundo o *pséfisma*, quando este fosse contrário aos *nómoi*. (grifado no original).

O Direito, ainda que não escrito, constitui o mecanismo responsável pela organização da vida em sociedade e o controle de constitucionalidade surgiu como sistema garantidor da supremacia dos direitos fundamentais.

O sistema de controle de constitucionalidade pode ser realizado por meio do modelo americano (difuso-incidental) ou pelo modelo austríaco (concentrado-principal). Há quem adote, como é o caso do Brasil, um sistema “híbrido” caracterizado pela adoção de ambos os modelos.

O modelo americano somente é realizado por órgãos do Poder Judiciário (controle difuso), no entanto somente pode ser efetivado quando no curso de uma demanda concreta surgir uma controvérsia imprescindível para o deslinde da causa (controle incidental).

Apesar da ideia do Poder Judiciário exercer o controle de constitucionalidade dos atos dos demais poderes como função já existir entre os constituintes da Filadélfia, foi com o julgamento do caso *Marbury versus Madison* em 1803 pelo *Chief Justice* John Marshall que surgiu o controle judicial da constitucionalidade das leis.

Para Marshall, segundo doutrina Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 66), “ou a constituição é a lei suprema e prepondera sobre todos os atos legislativos que com ela contrastam ou a Constituição não é suprema e o Poder Legislativo pode mudá-la ao seu gosto através de lei ordinária”.

A decisão de John Marshall consagrou o ideal de supremacia da Constituição devendo o juiz sempre que se deparar com uma lei contrária ao texto constitucional não aplicar tal lei, pois esta não tem validade.

O sistema americano permite a qualquer juiz realizar o controle de constitucionalidade desde que a controvérsia chegue até ele por meio de uma ação “normal”. A Suprema Corte produz por meio de suas decisões eficácia *erga omnes*, pois o que ela decide faz com que a lei considerada contrária a Constituição passe a ser vista como uma lei morta.

Este sistema valoriza o poder vinculante das decisões e a força dos precedentes.

O sistema americano era o único conhecido até o início do século XX, porém não foi adotado por grande parte dos países europeus mesmo sendo considerado simples e lógico.

A doutrina do controle judicial de constitucionalidade das leis só foi recepcionada pelos países europeus com a criação do modelo concentrado por Hans Kelsen.

A ideia apresentada por Kelsen quando da elaboração da Constituição austríaca de 1920 previa um controle concentrado de constitucionalidade exercido por um órgão jurisdicional especial, o Tribunal (ou Corte) Constitucional.

Neste sistema o Tribunal Constitucional não julga a pretensão concreta, ele analisa a compatibilidade entre uma Lei e a Constituição. Na visão kelseniana este órgão funciona como um legislador negativo.

O Tribunal deveria ser provocado por ação especial e direta, proposta pelos órgãos políticos legitimados. Esta legitimidade não foi concedida aos juízes e

tribunais ordinários que não podiam deixar de aplicar as leis que entendessem inconstitucionais.

A Emenda austríaca de 1929 ampliou o rol de legitimados para a provocação da jurisdição constitucional concentrada permitindo que determinados órgãos de justiça ordinária pudessem fazer tal provocação pela via incidental.

As Constituições italiana de 1948 e alemã de 1949 permitiram que todos os juízes e tribunais ordinários pudessem suscitar o controle de constitucionalidade perante seus respectivos Tribunais Constitucionais.

Ao contrário do modelo americano que gera a nulidade da lei com efeitos *ex tunc*, o modelo austríaco causa a anulabilidade da lei com efeitos *ex nunc*, exceto nas hipóteses de controle incidental provocado pelos órgãos judiciários legitimados.

Sobre os efeitos das decisões do controle da constitucionalidade na Europa, Marcelo Lamy (2006) ensina:

Os efeitos das decisões no controle da constitucionalidade, nos diversos países, são os mais diversos. No norte americano, a decisão é de natureza declarativa, pois a inconstitucionalidade trata-se de vício de nulidade, e seus efeitos são *ex tunc* e *inter partes*. Na Áustria, a natureza é constitutiva e os efeitos são *ex nunc* ou *pro futuro* e *erga omnes*, a anulação pode ser determinada em até um ano da publicação; nos casos concretos (desde 1929) é *inter partes* e *ex tunc*. Na Iugoslávia o parlamento tem o dever de adaptar a lei em seis meses, sob pena desta deixar de vigorar. Na Itália e na Alemanha, *ex tunc* e *erga omnes*.

Por permitir as formas principal e incidental de instauração de jurisdição constitucional, o sistema austríaco é considerado mais completo que o americano.

A evolução do controle de constitucionalidade pode ser observada nas Constituições brasileiras que carregam as peculiaridades de sua época.

### **2.3 Evolução do Controle de Constitucionalidade nas Constituições Brasileiras**

A primeira Constituição brasileira foi outorgada em 25 de março de 1824 e é conhecida como a Constituição Política do Império do Brasil. Ainda é o

Texto que mais tempo durou no direito constitucional pátrio sendo emendada apenas uma vez.

Sua criação ocorreu numa época em que as ideias liberais estavam em alta e devido à influência do liberalismo trouxe em seu texto a previsão de um rol de direitos individuais civis e políticos e a adoção da separação de Poderes.

Além do liberalismo, como ensina Pedro Lenza (2011, p. 226), a Constituição de 1824 sofreu influência do ideal inglês da supremacia do Parlamento e do dogma francês da rígida separação de Poderes.

Não adotou a separação tripartida do poder estatal defendida por Montesquieu, entretanto o modelo criado por Benjamin Constant que defendia a existência, além dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, de um Poder Moderador.

Segundo José Afonso da Silva (2011, p. 76), por meio do Poder Moderador, de uso exclusivo e pessoal do Imperador, era permitido a Dom Pedro I intervir nos demais Poderes fiscalizando e resolvendo os conflitos existentes entre eles.

Considerada uma Constituição semirrígida, algumas normas necessitavam de procedimento solene para serem modificadas enquanto outras podiam ser alteradas por um processo legislativo ordinário. Distinguiu normas material e formalmente constitucionais.

A Constituição de 1824 não adotou nenhum sistema de controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos do poder público, pois cabia ao Imperador resolver os conflitos que envolvessem os demais poderes o que significa dizer que se houvesse a previsão de controle de constitucionalidade este somente poderia ser exercido pelo Poder Moderador e jamais pelo Poder Judiciário.

Como consequência da Proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, ocorreu a promulgação da primeira Constituição republicana em 24 de fevereiro de 1891.

Essa Constituição abandonou as penas criminais, deu previsão constitucional ao *habeas corpus* e adotou a teoria da tripartição dos Poderes de Montesquieu, não reconhecendo a figura do poder Moderador.

O Poder Judiciário foi fortalecido passando a ter garantias como a vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos e passou a exercer o controle da constitucionalidade dos atos legislativos e administrativos.

Trata-se de Constituição rígida que permitia a realização do controle judicial de constitucionalidade por juízes e tribunais, porque foi influenciada pela doutrina norte-americana da *judicial review*.

A Constituição de 1891 trouxe a previsão do controle difuso de constitucionalidade pela via de exceção ou defesa que permitia a declaração de inconstitucionalidade de modo incidental, como ensina Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 87) sobre suas peculiaridades:

Em suma, no Brasil, somente a partir da Constituição de 1891 é que o Poder Judiciário passou a titularizar a competência para exercer um controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público, porém sob o influxo do modelo “americano” da fiscalização *difusa, incidental* (por via de exceção ou de defesa) e *sucessiva* da constitucionalidade dos atos normativos em geral do poder público, que perdurou nas Constituições posteriores até a vigente. [...] (grifado no original).

Esta Constituição trazia algumas deficiências quanto ao modo de execução do controle de constitucionalidade. A adoção desse sistema de controle de constitucionalidade, apesar de significar um grande avanço em relação ao Texto anterior que não trazia previsão de nenhum tipo de controle, ocasionou insegurança jurídica uma vez que permitia decisões diversas e que geravam apenas efeitos *inter partes*.

Em 16 de julho de 1934 uma nova Constituição republicana foi promulgada. Considerada uma Constituição rígida, substituiu a democracia liberal pela democracia social inspirada na Constituição alemã de Weimar de 1919.

Apresentou a possibilidade do sufrágio feminino e do voto secreto, permitiu que o Senado coordenasse os poderes federais e protegesse a Constituição e incorporou a Justiça Militar e Eleitoral como órgãos do Poder Judiciário.

Pedro Lenza (2011, p. 227), ensina que apesar de manter o sistema de controle difuso, o Texto de 1934 trouxe inovações como a ação direta de inconstitucionalidade interventiva e a competência do Senado Federal para suspender a execução total ou parcialmente de lei ou ato declarado inconstitucional por decisão definitiva.

A criação da ação direta interventiva configurou o primeiro passo rumo ao controle concentrado de constitucionalidade.

Alguns doutrinadores como o saudoso Celso Ribeiro Bastos (2010, p. 174) consideram essa transformação do Senado em órgão supremo do Estado como uma reconstituição do Poder Moderador previsto pela Constituição de 1824.

O Texto Constitucional de 1934 durou poucos anos principalmente porque havia uma radicalização do clima social, o que contribuiu para o Golpe de 1937.

A Constituição de 10 de novembro de 1937 foi imposta autoritariamente aos brasileiros e ficou conhecida como Polaca pelo fato de ser inspirada na Carta ditatorial polonesa de 1935, como explica Pedro Lenza (2011, p. 228).

Ela manteve a previsão do sistema difuso de constitucionalidade, contudo estabeleceu a possibilidade do Poder Executivo interferir no controle realizado pelo Poder Judiciário permitindo àquele “tornar sem efeito a decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Tribunal, quando a lei declarada inconstitucional, por iniciativa do Presidente da República, fosse confirmada pelo voto de dois terços de cada uma das Casas Legislativas.” (DA CUNHA JÚNIOR, 2011, p. 89)

A Lei Maior de 1937, inspirada no modelo fascista, consagrou o Presidente da República como “autoridade suprema do Estado” como dispunha seu artigo 73.

A divisão de Poderes trazida nesta Constituição apesar de prever os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário enfraqueceu estes últimos.

Ao Legislativo permitia-se alterar as declarações de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal se o Presidente da República considerasse que a lei tida como inconstitucional era necessária ao bem-estar do povo.

Celso Ribeiro de Bastos (2010, p. 182), ao tratar da inaplicabilidade da Constituição de 1937, explica que havia no artigo 187 a previsão de submissão do Texto a um plebiscito que nunca foi realizado, o que permite concluir que esta Constituição jamais entrou em vigor.

Esta Constituição trouxe expressa proibição ao Poder Judiciário de conhecer das questões exclusivamente políticas.

Com o desfecho da Segunda Guerra Mundial os governos ditatoriais perderam força e no Brasil tal enfraquecimento permitiu às Forças Armadas retirar o presidente Getúlio Vargas do poder.

Para concretizar a redemocratização do país em 18 de setembro de 1946 uma nova Constituição foi promulgada trazendo de volta as mudanças estabelecidas pelas Constituições de 1891 e 1934 e que foram suprimidas pelo regime de 1937. Trouxe a previsão inédita do direito de greve.

O Texto de 1946 buscou restaurar o equilíbrio do sistema de separação de Poderes retirando parte do poder do Executivo e, em contrapartida, restabelecendo os poderes suprimidos dos demais Poderes.

Esta Constituição devolveu ao Poder Judiciário o comando sobre as questões de natureza constitucional e ampliou as competências deste Poder que passou a gozar de garantias como vitaliciedade, irredutibilidade dos vencimentos e inamovibilidade.

Segundo Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 90), o sistema de controle de constitucionalidade trazido em seu texto foi considerado misto, pois configurava uma combinação entre o modelo concentrado e o difuso.

Após o golpe militar de 1964 que derrubou o Presidente da República João Goulart, quatro Atos Institucionais foram editados pela Junta Militar até que em 24 de janeiro 1967 uma nova Constituição foi outorgada.

Em 1965 a Emenda constitucional n.º. 16 de 1965 havia trazido importantes alterações para o controle judicial de constitucionalidade inaugurando o sistema de controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade e criando a atual ação direta de constitucionalidade por ação, como ensina Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 90).

Ela concentrava os poderes políticos especialmente nas mãos do Presidente da República e reduziu consideravelmente as atribuições dos Poderes Legislativo e Judiciário.

Seu texto não trouxe alterações significativas sobre o controle de constitucionalidade, pois manteve o sistema já implantado e retirou a previsão do controle concentrado na esfera estadual.

Pedro Lenza (2011, p. 119) ensina que em 1969 a Junta Militar promulgou a Emenda constitucional n.º. 01 que buscou incluir todo o conteúdo dos Atos Institucionais na Constituição de 1967. As alterações trazidas pela Emenda foram tamanhas que alguns doutrinadores como Rodrigo César Rebello Pinho (2011, p. 201 e 202) e Pedro Lenza (2011, p. 119) entendem tratar-se de uma nova Carta constitucional.

A atual Constituição brasileira promulgada em 05 de outubro de 1988 manteve o sistema misto de controle de constitucionalidade trazido pela Constituição de 1946 permitindo o controle difuso-incidental perante qualquer juízo ou tribunal e o controle concentrado-principal perante o Supremo Tribunal Federal por meio das vias constitucionalmente previstas.

Chamada de Constituição Cidadã pelo Presidente da Assembléia Constituinte da época, Ulysses Guimarães, por possuir um extenso rol de direitos e garantias, a Constituição de 1988 é fruto de um processo de transição pacífica entre os regimes militar e democrático.

Por se tratar da Constituição vigente o seu sistema de controle judicial da constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público comporta um estudo minucioso que será realizado em capítulo posterior.

### 3 DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

O poder estatal é dividido em categorias levando-se em consideração os atos que o Estado pratica e estes se agrupam formando as funções estatais. O Estado manifesta sua vontade por meio das diferentes funções que exerce.

Assim como não se deve confundir as funções estatais com os órgãos públicos que as exercem, pois estes são apenas instrumentos para a efetivação do exercício daquelas, é preciso entender que estas funções são derivadas de um poder estatal que é uno e indivisível.

A ideia da separação do poder estatal entre as funções legislativa, executiva e judiciária surgiu, segundo estudiosos, com Aristóteles e foi aprimorada por Montesquieu.

Segundo ensina Pedro Lenza (2011, p. 433):

As primeiras bases teóricas para a “tripartição de Poderes” foram lançadas na Antiguidade grega por **Aristóteles**, em sua obra *Política*, em que o pensador vislumbrava a existência de **três funções distintas** exercidas pelo poder **soberano**, quais sejam, a função de editar normas gerais a serem observadas por todos, a de aplicar as referidas normas ao caso concreto (administrando) e a função de julgamento, dirimindo os conflitos oriundos da execução das normas gerais nos casos concretos. (grifado no original).

A contribuição aristotélica se deu por meio da identificação dessas funções estatais diversas já que Aristóteles as compreendia concentradas na figura de um soberano.

Foi apenas com Montesquieu que as três funções passaram a ser vistas como independentes uma vez que ele defendia a existência de órgãos distintos para a realização de cada função evitando assim a concentração do poder.

Apesar de inicialmente os Estados terem implantado a separação rígida de Poderes, com o tempo ficou evidente que na prática tamanha independência representava um risco ao próprio Estado.

Os Estados passaram a temer que tamanha independência dada aos Poderes estatais pudesse gerar a criação de instâncias que não pudessem sofrer nenhum tipo de controle o que permitiria atitudes tirânicas por meio dos excessos e

abusos de poder o que representaria um enfraquecimento da própria soberania do Estado ao qual os Poderes deveriam se sujeitar.

Para o saudoso professor Celso Ribeiro Bastos (2010, p. 490 e 491):

O esquema inicial rígido, pelo qual uma dada função corresponderia a um único respectivo órgão, foi substituído por outro no qual cada *poder*, de certa forma, exercita as três funções jurídicas do Estado: uma em caráter prevalente e as outras duas a título excepcional ou em caráter meramente subsidiário daquela. Assim, constata-se que os órgãos estatais não exercem simplesmente as funções próprias, mas desempenham também funções denominadas atípicas, quer dizer, próprias de outros órgãos. É que todo poder (entendido como órgão) tende a uma relativa independência no âmbito estatal e é compreensível que pretenda exercer na própria esfera as três mencionadas funções em sentido material.

Cada órgão é responsável não apenas pelo exercício de suas funções típicas, mas também pela realização de outras duas funções atípicas que são predominantes aos demais órgãos.

### **3.1 Sistema de Freios e Contrapesos**

O Brasil adota a separação de Poderes desde a Constituição Política do Império do Brasil de 1824, entretanto este texto constitucional trazia uma divisão quadripartida do poder estatal representado pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como pelo Poder Moderador de uso exclusivo e pessoal do Imperador. A tripartição dos Poderes passou a ser adotada com a promulgação da primeira Constituição republicana do país em 24 de fevereiro de 1891.

A Constituição vigente, promulgada em 05 de outubro de 1988, adota expressamente em seu artigo 2º a tripartição dos Poderes ramificando o poder do Estado em Poder Legislativo, Executivo e Judiciário.

O princípio da separação de Poderes possui tamanha importância para o regime político pátrio que o legislador constituinte assegurou no artigo 60, § 4º, inciso III da Lei Maior que tal princípio não pode ser objeto de Emenda constitucional tornando-o uma cláusula pétrea.

Apesar de muitos Estados modernos terem aderido à teoria da “tripartição dos Poderes” defendida por Montesquieu esta adoção foi feita de

maneira mitigada não se fazendo valer da separação rígida de Poderes apresentada pelo filósofo e escritor.

Ao tratar do abrandamento dado a separação de Poderes o professor José Afonso da Silva (2011, p. 109) discorre:

Hoje, o princípio não configura mais a rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em *colaboração de poderes*, que é característica do parlamentarismo, em que o governo depende da confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto, no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas da *independência orgânica e harmonia dos poderes*. (grifado no original).

Com a adoção de um sistema menos rigoroso de separação de Poderes surgiu a denominada teoria dos freios e contrapesos.

A teoria dos freios e contrapesos foi concebida a partir da necessidade de impedir o aparecimento de instâncias que não se sujeitassem a nenhum tipo de controle, pois esta extrema independência entre os três Poderes poderia enfraquecer o poder estatal.

Outra questão justificadora do uso dessa teoria é fazer com que por meio do controle recíproco entre os Poderes os excessos e consequentes abusos de poder fossem coibidos.

Eis o pensamento do professor Luís Roberto Barroso (2010, p. 173):

O conteúdo nuclear e histórico do princípio da separação de Poderes pode ser descrito nos seguintes termos: as funções estatais devem ser divididas e atribuídas a órgãos diversos e devem existir mecanismos de controle recíproco entre eles, de modo a proteger os indivíduos contra o abuso potencial de um poder absoluto.

A história mostra que quando se tem poder e não há o devido controle dos abusos na sua utilização haverá reiteração de tais excessos. Nas sociedades modernas tais abusos não são e nem devem ser tolerados, o que torna o controle entre os Poderes algo de grande valia, na limitação da atividade estatal.

Segundo Pedro Lenza (2001, p. 439), o Poder Legislativo em nível federal é bicameral e pertence ao Congresso Nacional que é composto pelo Senado Federal e pela Câmara dos Deputados.

O Senado Federal é formado pelos senadores que são os representantes dos Estados. O Brasil possui oitenta e um senadores sendo que cada Estado, assim como o Distrito Federal, possui três representantes.

A Câmara dos Deputados é composta pelos representantes do povo. A Lei Complementar nº. 78 de 30 de dezembro de 1993, em seus artigos 2º e 3º, dispõe que “nenhum dos Estados membros da Federação terá menos de oito deputados federais” e “o Estado mais populoso será representado por setenta deputados federais”. Há também a garantia de que “cada Território Federal será representado por quatro deputados federais”.

O Congresso Nacional possui como principais atribuições, como ensina José Afonso da Silva (2011, p. 520 e 521) as legislativas, as meramente deliberativas, as de fiscalização e controle, as de julgamento de crime de responsabilidade e as constituintes, além da competência para elaborar leis.

Cada casa legislativa possui atribuições exclusivas, como explica Rodrigo César Rebello Pinho (2011, p. 78):

[...] Entre as atribuições privativas da Câmara dos Deputados destaca-se a autorização da instauração do processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado (Cf, art. 51, I). Entre as privativas do Senado Federal, merecem destaque o julgamento do processo de *impeachment* de autoridades federais pela prática de crimes de responsabilidade (CF, art. 52, I e II) e a aprovação prévia, por voto secreto, de Ministros dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas, do Procurador-Geral da República, do presidente e diretores do Banco Central, de Chefes de Missão Diplomática de caráter permanente e titulares de outros cargos que a lei determinar (CF, art. 52, III e IV). (grifado no original).

Estas atribuições exclusivas independem da autorização da outra casa para que seus atos sejam válidos.

As atribuições exclusivas de cada casa são exceções a estrutura bicameral do Legislativo federal.

Nas esferas estaduais, distritais e municipais o Poder Legislativo é unicameralista.

Nos Estados a função legislativa é exercida pelos deputados estaduais, já nos Municípios é desempenhada pelos vereadores. Para legislar no Distrito Federal existem os deputados distritais.

Além do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, fazem parte da estrutura do Poder Legislativo federal as Mesas Diretoras que possuem funções

administrativas e as Comissões parlamentares que são responsáveis especificamente pelo exame de determinadas questões.

O Poder Legislativo possui funções típicas e atípicas, como informa Kildare Gonçalves Carvalho (2011, p. 955):

Ao lado das funções típicas do Legislativo, quais sejam, a criação da lei, a fiscalização e o controle dos atos do Executivo, a Constituição atribui-lhe funções atípicas consubstanciadoras da concepção de freios e contrapesos (*checks and balances*), inerentes às relações entre os Poderes do Estado. Assim, o Poder Legislativo, além de criar o Direito, participa da função jurisdicional e executiva, quando o Senado Federal julga o Presidente da República por crime de responsabilidade (artigo 52, I, parágrafo único) e aprova a indicação de nomes para cargos na estrutura política da República brasileira (artigo 52, III). (grifado no original).

A função fundamental do Legislativo é a de criar leis, porém, também possui atribuições atípicas que visam equilibrar o princípio da separação de Poderes.

O Poder Executivo, no âmbito federal, é o responsável pelo governo e pela administração do Estado. Tem como chefe o Presidente da República.

O Presidente da República é o chefe de Estado e chefe de governo do Brasil e é eleito pelo voto direto, secreto e universal para exercer um mandato de quatro anos.

O Vice-Presidente é eleito juntamente com o Presidente da República e é seu substituto imediato para os casos de impedimento e seu sucessor nos de vacância.

Segundo a ordem sucessória expressa no artigo 80 da Constituição Federal o chefe do Poder Executivo federal pode ser substituído também pelo Presidente da Câmara dos Deputados, o do Senado Federal e o do Supremo Tribunal Federal.

Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2011, p. 357) definem o Poder Executivo como “um aplicador da lei, na gerência dos negócios públicos” ressaltando, porém, que a função administrativa não é monopólio deste Poder.

No âmbito estadual e distrital o Poder Executivo é exercido pelos governadores, já no municipal é conduzido pelos prefeitos.

O Executivo legisla por meio da adoção de medidas provisórias conforme dispõem os artigos 62 e 84, inciso III, ambos da Constituição Federal.

O Poder Judiciário possui o monopólio da função jurisdicional do Estado que, segundo Rodrigo César Rebello Pinho (2011, p. 136), consiste na atribuição “de distribuição de justiça, de resolver litígios, ou seja, de aplicação da lei em caso de conflito de interesses”. Na atividade jurisdicional a vontade das partes é substituída pela vontade do Estado.

Conforme dispõe o artigo 92 da Lei Maior, a estrutura do Judiciário brasileiro é formada pelo Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, Tribunais e Juízes dos Estados, Tribunais e Juízes do Trabalho, Tribunais e Juízes Eleitorais, Tribunais e Juízes Militares, bem como pelo Conselho Nacional de Justiça.

O Conselho Nacional de Justiça foi criado pela Emenda Constitucional nº. 45 de 30 de dezembro de 2004 que acrescentou o inciso I-A ao artigo 92 da Constituição Federal. É um órgão de controle externo do Poder Judiciário.

Os magistrados possuem garantias como a vitaliciedade, inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos que estão previstas nos incisos do artigo 95 da Constituição Federal.

Sobre as funções do Poder Judiciário, eis o pensamento de Kildare Gonçalves Carvalho (2011, p. 955):

[...] o Poder Judiciário exerce função legislativa ao iniciar o processo legislativo, encaminhando à Câmara dos Deputados projeto de lei sobre determinadas matérias (artigo 96, II), e ainda função administrativa, quando os Presidentes dos Tribunais concedem férias aos seus servidores, ou procedem ao provimento dos cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição (artigo 96, I, c). (grifado no original).

A atividade legislativa do Judiciário também pode ser percebida pela liberdade que os tribunais têm de elaborarem seus regimentos internos, como assegura o artigo 96, inciso I da Constituição Federal.

Para Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2011, p. 423), o Poder Judiciário possui capacidade de autogoverno, capacidade normativa interna, autonomia administrativa e autonomia financeira.

O sistema de freios e contrapesos busca impedir que um ou mais Poderes tentem se impor e venham a comprometer o exercício do governo. O equilíbrio dos Poderes existe por meio do controle mútuo.

O controle por meio do sistema de freios e contrapesos possui previsão na Constituição Federal pátria, uma vez que seu texto permite a cada Poder estatal efetuar a fiscalização dos demais Poderes em razão das funções atípicas que estes podem desempenhar.

Segundo Paulo Fernando Silveira (1999, p. 104):

A Constituição Federal brasileira prevê várias hipóteses de controle de um poder governamental sobre o outro, exemplificadamente: **1.** Pelo Executivo: O Presidente da República tem iniciativa legislativa (CF, art.84, III); detém o poder de vetar leis por inconstitucionalidade ou por ser contrária ao interesse público (CF, art. 66); o de conceder indultos (art. 84, XII); o de nomear ministros dos Tribunais, inclusive os do Tribunal de Contas da União (órgão do Poder Legislativo). Executa, por órgão seu (polícia), as determinações judiciais. **2.** Pelo Legislativo: poder fiscalizatório diretamente (art. 49, X) ou através do Tribunal de Contas da União (art. 70); convocar Ministro de Estado (art. 58); solicitar depoimento de qualquer autoridade (art. 58, V); aprovar a escolha de magistrados e outras autoridades relacionadas no art. 52, da CF; promover o *impeachment* do Presidente da República ou de Ministro do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 52); aprovar por lei de iniciativa do judiciário a criação de novas varas federais (CF, art. 96, d). **3.** Pelo Judiciário: especificamente o controle da constitucionalidade das leis, Medidas Provisórias e dos atos administrativos e, também, a legalidade desses. (grifado no original).

Paulo Fernando entende que as funções atípicas não violam o princípio da separação de Poderes fazem parte das atribuições de determinado órgão. Ainda que atípicas essas funções pertencem ao órgão que as realizam, desde que expressamente previstas.

Levando-se em consideração este sistema de fiscalização entre os Poderes é permitido ao Poder Judiciário dentro dos limites legais executar funções administrativas e legislativas.

### **3.2 Ativismo Judicial, Precedentes e Súmula Vinculante**

Assim como a história mostra a evolução do Direito ao longo dos tempos, mostra também a evolução do papel desempenhado pelos juízes como consequência de uma evolução político-constitucional dos Estados.

Para Luiz Flávio Gomes e Valerio de Oliveira Mazzuoli (2010, p. 72), “se no Estado Liberal de Direito a primazia era do legislador, se no Estado Social de

Direito a preponderância era do Executivo, no Estado Constitucional de Direito a preeminência reside indiscutivelmente no juiz”.

Para o professor Elival da Silva Ramos (2010, p. 151), o Poder Judiciário brasileiro exerce controle jurisdicional dos atos do Poder Público em diversos graus de intensidade.

O Judiciário exerce tal controle sobre o exercício de jurisdição pelo Poder Legislativo; atos *interna corporis*, atos de Chefia de Estado e controle de constitucionalidade fundado em princípios; controle de constitucionalidade fundado em regras e de atos administrativos em que haja discricionariedade; atos administrativos plenamente vinculados (ELIVAL, 2010, p. 156 a 168).

A nova atuação do Poder Judiciário é caracterizada por uma atuação política e forte intervenção deste nos demais Poderes. Esta intervenção é conhecida como ativismo judicial.

Luís Roberto Barroso (s.d.) ensina que:

A idéia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

O autor atribui à jurisprudência norte-americana o surgimento do ativismo judicial e lembra que em princípio tal fenômeno possuía natureza reacionária.

Para Karina Denari Gomes de Mattos (2011, p. 53):

[...] o Ativismo Judicial é entendido como um fenômeno social que o Poder Judiciário Brasileiro e o de diversos outros países, especialmente de cultura romano-germânica, experimentam neste início de século, gerado pela interpretação constitucional principiológica e inflada pela perseguição de eficácia jurídica, consistente na atribuição própria de funções alheias, e, assim, ferindo os limites normativos da atribuição jurisdicional.

O juiz moderno não é mais visto como a *bouche de la loi*, como defendia Montesquieu na clássica obra O espírito das leis. Ele não deve se limitar a

simples aplicação da lei ao caso concreto, mas deve interpretá-la e até mesmo dizer o direito.

Eis o pensamento do professor Elival da Silva Ramos (2010, p. 129):

[...] por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, contudo, que o fenômeno golpeia mais fortemente o Poder Legislativo, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas.

A grande problemática do ativismo judicial está na existência ou não de violação ao princípio da separação de Poderes, visto que o Poder Judiciário atua além de suas atribuições típicas.

Essa visão negativa do ativismo judicial se dá basicamente pelo temor de que essa intervenção seja excessiva e comprometa o equilíbrio entre os Poderes o que poderia levar a uma tiranização do Poder Judiciário.

Eduardo Cambi (2009, p. 247), defende que o juiz não está livre para julgar de acordo com o seu senso de justiça e fundamenta:

A intervenção jurisdicional não é ampla e incondicionada. Depende da prévia verificação da violação dos direitos fundamentais. Nestas hipóteses, o Judiciário não pode se eximir de tutelar esses direitos. Dentro dos parâmetros estabelecidos pela argumentação jurídica, sempre mediante decisões motivadas e voltadas à legitimação do exercício do poder jurisdicional, o *protagonismo judiciário*, assim compreendido, justifica-se. Aliás, nas situações extremas de violação dos direitos fundamentais (preservação do *mínimo existencial*), sobretudo quando demonstrado que a conduta do agente público é incompatível com a Constituição (*reserva da consistência*) e exista respaldo orçamentário (*reserva do possível*), a intervenção judicial deve ser implacável. (grifado no original).

O autor defende que um “ativismo tosco” não é a solução para o “passivismo judiciário”, pois isto estabeleceria uma “tirania” do Poder Judiciário. Este Poder possui sua atividade limitada pelos direitos e garantias fundamentais.

Essa ideia de oposição entre um ativismo e passivismo do Poder Judiciário também é explicada por Luís Roberto Barroso (s.d.) que caracteriza tal “passivismo judiciário” como “auto-contenção judicial” que significa uma “conduta

pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes”.

Para Antonio Umberto de Souza Júnior (2004, p. 105):

Sem dúvida, a maior barreira oposta ao ativismo judicial, em questões políticas, ainda é o repetido argumento de que os tribunais, compostos por agentes profissionais investidos em seus cargos sem o apoio popular, não são órgãos democráticos, não estando legitimados a intervir decisivamente sobre a atuação dos demais poderes políticos. Teme-se a outorga de tamanho poder ao Judiciário. Daí sustentarem muitos que o exame judicial deve cingir-se aos aspectos de mera adequação formal dos respectivos requisitos constitucionais. Ou que a vitaliciedade dos juízes da Corte ou a forma de sua escolha torna espúria a atividade de controle judicial dos atos políticos.

O simples argumento de que o Poder Judiciário não pode intervir nos demais Poderes por não possuir representantes democraticamente eleitos pelo povo é muito frágil. Os juízes, além do dever de imparcialidade que não é exigido dos parlamentares e administradores, possuem mais contato com a população que os representantes dos demais Poderes.

Sobre os precedentes é importante saber que são mecanismos utilizados principalmente em países adeptos ao sistema do *common law*, como é o caso dos Estados Unidos e da Inglaterra.

Segundo Carlos Aureliano Motta de Souza (2000, p. 98), “o precedente com força obrigatória apresenta-se quando a decisão de um alto tribunal vincula as instâncias inferiores como se norma fora”. As decisões do alto tribunal não se destinam apenas a solução do litígio, pois visam também a criação de um precedente válido para casos futuros.

Os precedentes são utilizados no Brasil pelos tribunais superiores apesar da adoção do sistema da *civil law* que prioriza a criação do direito pelo Poder Legislativo, visto que estabelecem a uniformização e a previsibilidade do direito o que traz segurança jurídica.

A súmula vinculante consiste em função atípica do Supremo Tribunal respaldada pelo sistema de freios e contrapesos por meio do qual ele exerce função legislativa e está regulamentada pela Lei n°. 11.417 de 19 de dezembro de 2006.

É uma função normativa do Poder Judiciário que visa preencher as lacunas normativas deixadas pelo Legislativo e dirimir a crise de incerteza existente em relação ao Congresso Nacional.

Embora o artigo 59 da Constituição Federal apresente um rol de espécies normativas entre as quais a súmula vinculante não está prevista, o artigo 103-A da Lei Maior traz a previsão de um devido processo legislativo para a elaboração de súmula vinculante.

Segundo os ensinamentos de Rodrigo Lemos Arteiro (2005), a súmula vinculante possui um devido processo legislativo constitucional constituído pelas fases de iniciativa, de deliberação e de publicação; pode conter inconstitucionalidades formais (objetivas e subjetivas) e materiais e, por consequência, estão sujeitas ao controle de constitucionalidade.

Eis o pensamento de Rodrigo Lemos Arteiro (2005) sobre o controle de constitucionalidade das súmulas vinculantes:

Mesmo que se forme uma corrente doutrinária e jurisprudencial, oposta à possibilidade de Controle de Constitucionalidade das súmulas vinculantes, por meio de ADIN, sob o argumento de não se estar tratando de espécie de ato normativo e sim jurisdicional. Será inegável, a aceitação de que por meio de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental o controle se viabilizará, vez que esta modalidade de ação de jurisdição constitucional, admite o confronto não apenas de leis, mas sim de qualquer ato emanado do poder público em confronto com a Carta Magna, quando evidente o descumprimento de preceitos fundamentais.

Elas são normas de direito que têm por objetivo “a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”, como dispõe o artigo 103-A da Constituição.

As súmulas vinculantes estão sujeitas ao controle de constitucionalidade realizado pelo próprio Supremo Tribunal Federal mediante ADPF. Como normas de direito, devem ser cumpridas pelos juízes e tribunais inferiores, bem como pelos demais Poderes.

### **3.3 Supremo Tribunal Federal como Legislador Negativo**

O Poder Judiciário encontra previsão nos artigos 92 a 126 da Constituição Federal e tem como principal função a jurisdicional.

A função predominante (típica) do Judiciário é a jurisdição que possui como principais características a lide, a inércia e a definitividade.

Pelas características apresentadas é possível compreender que a jurisdição é exercida quando há uma pretensão resistida que é levada ao Judiciário mediante a provocação efetuada por uma das partes e solucionada de modo que a decisão proferida passe a ser imutável.

Ainda sobre a jurisdição Pedro Lenza (2011, p. 631) esclarece que “a jurisdição no Brasil é una (ou seja, a definitividade só é dada pelo Judiciário) e indivisível, exercida pelo Judiciário nacionalmente (um só poder, materializado por diversos órgãos federais e estaduais)”.

Além da função jurisdição, o Judiciário possui funções atípicas previstas no artigo 96, inciso I, alíneas “b” e “f” que correspondem, respectivamente, a função de administrar e legislar.

A grande problemática no que diz respeito às funções atípicas é encontrar os limites para o exercício de tais funções, especialmente em relação ao Poder Judiciário que ao exercer o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público é visto por membros dos demais Poderes como usurpador da função legislativa.

A visão do Supremo Tribunal Federal como legislador negativo é explicada por Victor Marcel Pinheiro e Virgílio Afonso da Silva (2006):

Em diversas decisões, o STF exprime a idéia exposta acima de que a ele não é permitido inovar o sistema jurídico, mas apenas afastar aquelas que julgue em desacordo com as normas constitucionais. A partir desta concepção, o Tribunal utiliza em suas decisões as expressões legislador positivo ou legislador negativo para diferenciar estas competências; neste sentido, o Tribunal somente poderia exercer as prerrogativas de um legislador negativo, ou seja, um órgão capaz apenas de afastar do ordenamento jurídico brasileiro as normas inconstitucionais; desta forma, caberia ao poder Legislativo a função de criar normas jurídicas, atuando como legislador positivo.

Ao Supremo Tribunal Federal, como legislador negativo, cabe apenas afastar do ordenamento jurídico pátrio as normas que contrariem a Lei Maior sendo, por consequência, inconstitucionais.

Eduardo Cambi (2009, p. 289 e 290), ao tratar do Judiciário como legislador positivo ou negativo explica que as correntes tradicionalistas defendem uma atuação exclusivamente negativa limitando os juízes a “apenas considerar a lei

inconstitucional e, com isto, deixar de aplicá-la no caso concreto (controle difuso) ou considerá-la inválida com eficácia *erga omnes*".

O problema consiste no fato de que a mera declaração da inconstitucionalidade não é suficiente para combater as omissões legislativas e viabilizar o exercício dos direitos fundamentais.

Necessário se faz entender o funcionamento da atividade de legislador negativo desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário pátrio e suas atribuições encontram-se previstas nos artigos 101 e seguintes da Lei Maior trazendo inclusive no artigo 102 a disposição de que "compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição".

Apesar desta previsão expressa, o professor José Afonso da Silva (2011, p. 558 e 559) ensina que o Supremo Tribunal Federal não é considerado uma Corte Constitucional, visto que o sistema misto de controle de constitucionalidade que o Brasil adota permite a qualquer juiz ou tribunal conhecer da inconstitucionalidade por via de exceção e também pelo fato do Supremo Tribunal Federal, como Tribunal, priorizar a solução da lide sempre que possível sem que para isso seja preciso decretar inconstitucionalidades.

O Supremo Tribunal Federal é composto por onze Ministros e possui competências originárias e recursais. Como ensina Pedro Lenza (2011, p. 732), o Supremo Tribunal Federal pode editar súmulas vinculantes que não apenas vinculam todo o Judiciário como também a administração pública direta e indireta nas três esferas.

Cabe ao Supremo Tribunal Federal dar a última palavra sobre as questões de natureza constitucional e, por isso, é considerado a última instância para os processos que discutem matéria constitucional.

Entre suas competências originárias estão as de julgar Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, medida cautelar, entre outras.

Como competências recursais o Supremo Tribunal Federal deve julgar *habeas corpus*, mandado de injunção e *habeas data* quando tiverem sido julgados improcedentes pelos tribunais superiores e o julgamento tenha se dado em única instância, bem como os casos de crime político.

Gilmar Ferreira Mendes (2010, p. 1091) defende a existência de competências implícitas do Supremo Tribunal Federal baseada na interpretação extensiva das competências da Corte previstas na Lei Maior como, por exemplo, a possibilidade de julgar *habeas corpus* contrário a decisão do Superior Tribunal de Justiça que configure constrangimento ilegal.

O Poder Judiciário atua também como legislador negativo, pois tanto pode considerar uma lei inconstitucional e não aplicá-la (controle difuso) como pode considerar tal lei inválida e sua decisão, como dispõe o parágrafo único, do artigo 28 da Lei n.º. 9.868/99 opera efeitos *erga omnes* e vinculantes (controle concentrado).

A legitimação da ação do Poder Judiciário na figura do Supremo Tribunal Federal como legislador negativo se faz pela figura do *amicus curiae*.

O *amicus curiae* é um terceiro com interesse jurídico em relação à questão discutida que auxilia a Corte como colaborador informal prestando informações quando o relator do processo considera a matéria discutida relevante.

Ele legitima o controle judicial de constitucionalidade uma vez que participa dos debates jurídicos e interfere no processo legislativo que afetará a sociedade.

Pedro Lenza (2011, p. 311), explica que a natureza jurídica do *amicus curiae* causa divergência na doutrina sendo considerado parte interessada; mero colaborador informal; intervenção processual e hipótese de intervenção de terceiro e defende ser o *amicus curiae* uma modalidade *sui generis* de intervenção de terceiros.

A participação do *amicus curiae* não mais se limita a manifestação escrita, uma vez que com a edição da Emenda Regimental n.º. 15 de 30 de março de 2004 do Supremo Tribunal Federal o *amicus curiae* passou a ter o direito de realizar sustentação oral no processo de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Sobre o prazo para a participação do *amicus curiae*, Gilmar Ferreira Mendes (2010, p. 1287) ensina:

No que concerne ao prazo para o exercício do direito de manifestação (art. 7º), parece que tal postulação há de ser dentro do lapso temporal fixado para representação das informações por parte das autoridades responsáveis pela edição do ato.

É possível, porém, cogitar de hipóteses de admissão de *amicus curiae* fora do prazo das informações na ADI (art. 9º, § 1º), especialmente diante da relevância do caso ou, ainda, em face da notória contribuição que a manifestação possa trazer para o julgamento da causa.

O *amicus curiae* tem sua participação prevista no artigo 7º, § 2º da Lei nº. 9.868 de 10 de novembro de 1999 que trata do processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade.

O *caput* do artigo 7º, da Lei nº. 9.868/99 veda a intervenção de terceiros nos processos de ações diretas de inconstitucionalidade, porém, o § 2º do referido artigo admite que “o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”. Aí se encontra a previsão da participação do *amicus curiae*.

Ainda sobre o prazo, Pedro Lenza (2011, p. 306) entende que além da observação do prazo a participação do *amicus curiae* está condicionada a relevância da matéria e a representatividade de seus representantes.

[...] a previsão era a do § 1.º do art. 7.º da Lei n. 9.868/99 (*prazo das informações*), que, no entanto, foi **vetado**. Nas razões do veto, o Presidente da República observa que: “... eventual dúvida poderá ser superada com a utilização do prazo das informações previsto no parágrafo único do art. 6.º” (Mensagem n. 1.674/99). Trata-se do prazo de 30 dias contado do recebimento do pedido de informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado (nesse sentido, cf. ADI 1.104). **Entendemos, contudo, que dada a natureza e finalidade do *amicus curiae* esse prazo poderá ser flexibilizado pelo relator, que terá a discricionariedade para aceitar ou não a sua presença no processo objetivo, ainda que após o decurso do aludido prazo, ou, até mesmo, somente para a apresentação de sustentação oral**, como se verificou na ADPF 46/DF (Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* de 20.06.2005). O objetivo do instituto do *amicus curiae* é auxiliar a instrução processual. Assim, em um primeiro momento, o STF entendeu como possível a sua admissão no processo até o início do julgamento. Uma vez em curso e já iniciado o julgamento, a presença do *amicus curiae* deverá ser rejeitada para evitar tumulto processual (nesse sentido, cf. ADI 2.238, *Inf.* 267/STF). Avançando, o STF **mudou o entendimento** e restringiu um pouco mais o momento. A partir do julgamento da **ADI 4.071** AgR/DF (Rel. Min. Menezes Direito, **22.04.2009**, *DJE* de 16.10.2009 e *Inf.* 543/STF), **o *amicus curiae* somente pode demandar a sua intervenção até a data em que o Relator liberar o processo para pauta.** (grifado no original).

Outra discussão doutrinária relacionada ao *amicus curiae* diz respeito a sua participação na Ação Declaratória de Constitucionalidade e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Pedro Lenza (2011, p. 308 e 309) entende ser possível a participação do *amicus curiae* na ADC por analogia ao § 2º do artigo 7º da Lei nº. 9.868/99.

Sobre a ADC, a discussão tem por base o veto imposto ao § 2º do artigo 18 da Lei nº. 9.868/99 que previa a presença do *amicus curiae* nos julgamentos da ADC, sendo que tal previsão não foi vetada para os casos de ADI.

Quanto a ADPF, Pedro Lenza (2011, p. 309), entende ser cabível a presença do *amicus curiae* em caráter excepcional e “desde que configuradas as hipóteses de cabimento”.

A admissão do *amicus curiae* na ADPF está sujeita a interpretação feita pelo Supremo Tribunal Federal em relação ao § 2º do artigo 6º da Lei nº. 9.882 de 03 de dezembro de 1999 que trata do prazo de pedido de informações na ADPF.

O Poder Judiciário não usurpa a função legislativa do Poder Legislativo, pois nem mesmo ao Supremo Tribunal Federal é permitido legislar positivamente criando novas leis uma vez que deve apenas aplicar as leis já existentes ao caso.

## 4 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO VIGENTE

A Constituição de 1988 é estruturada por normas rígidas, uma vez que prevê um processo solene para sua alteração comparado ao processo para alteração das demais leis infraconstitucionais do país. Por se tratar de um texto rígido é possível o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público.

Segundo Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 90), em face da Emenda constitucional nº. 16 de 1965 o Brasil adota desde a Constituição de 1946 um sistema de controle de constitucionalidade considerado híbrido uma vez que mescla os modelos difuso-incidental (americano) e concentrado-principal (austríaco).

A definição de controle de constitucionalidade é trazida por Erival da Silva Oliveira (2009, p. 34), segundo o qual “o controle de constitucionalidade é a verificação da compatibilidade vertical que necessariamente deve haver entre a Constituição e as normas infraconstitucionais a ela subordinadas”. Este controle pressupõe rigidez constitucional e respeito a supremacia da Constituição.

O controle de constitucionalidade pode observar tanto o formalismo empregado quando da criação da norma, como a matéria ou assunto que foi objeto da lei.

As inconstitucionalidades podem ser por ação formal (desrespeito ao procedimento previsto na Constituição), por ação material (violação dos direitos previstos na Constituição) ou por omissão (pressupõe a existência de uma norma constitucional de eficácia limitada sem regulamentação).

O professor Erival da Silva Oliveira (2009, p. 37 a 39) classifica o controle de constitucionalidade quanto ao momento em que é exercido (preventivo e repressivo), quando ao número de órgãos encarregados do controle (concentrado e difuso) e quanto à natureza do órgão controlador (político e judiciário).

O controle judicial de constitucionalidade é classificado por Erival da Silva Oliveira (2009, p. 39 a 40) quanto à posição do controle em relação ao objeto da causa (principal e incidental) e quanto aos efeitos da decisão (*inter partes* e *erga omnes*).

O sistema brasileiro, segundo José Afonso da Silva (2011, p. 51 e 52), mescla os controles político e judicial configurando uma espécie de controle misto.

O controle realizado pode ser preventivo (prévio) e repressivo (posterior).

#### **4.1 Momentos da Realização do Controle de Constitucionalidade**

O controle de constitucionalidade no Brasil, sob a perspectiva do momento da sua realização, é classificado em controle preventivo e repressivo (ou sucessivo).

Nas palavras dos doutrinadores Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2011, p. 57), o controle preventivo é “o método pelo qual se previne a introdução de uma norma inconstitucional no ordenamento, ocorre antes ou durante o processo legislativo”. Este controle pode ser exercido pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Antes mesmo de iniciar o processo que visa promulgar uma lei ou Emenda constitucional é imprescindível observar a regularidade do projeto de lei ou de Emenda à Constituição o que significa avaliar se o projeto está de acordo com o Texto Maior.

O Poder Legislativo exerce o controle preventivo por meio da análise da regularidade do projeto, da sua submissão às Comissões Legislativas, especialmente à Comissão de Constituição e Justiça, e com a indicação do projeto ao Presidente da República para determinar a sanção ou veto deste.

O controle preventivo pelo Poder Executivo consiste na opção que o Chefe do Executivo tem de impor um veto jurídico ao projeto apresentado pelo Legislativo quando entender ser tal projeto inconstitucional.

Erival da Silva Oliveira (2009, p. 41) ensina que o veto político não consiste em controle de constitucionalidade, uma vez que “seu motivo é a simples discordância do Presidente em relação à vontade do Congresso”.

O Poder Judiciário somente realiza o controle preventivo, segundo Erival da Silva Oliveira (2009, p. 41), excepcionalmente quando se tratar de projeto de lei federal contrário ao processo legislativo mediante provocação por meio de

mandado de segurança por um deputado federal ou senador contra sua respectiva casa nos casos em que tal projeto de lei estiver tramitando e for manifestamente inconstitucional.

Neste último caso o controle preventivo tem caráter excepcional e ocorre em defesa do parlamentar que tem garantido o direito de participação em um devido processo legislativo constitucionalmente adequado.

Para Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2011, p. 60) o controle repressivo consiste “na arguição de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo dentro de um processo judicial comum”.

O Poder Legislativo, na figura do Congresso Nacional, pode por meio de decreto legislativo exercer o controle repressivo contra atos normativos do Poder Executivo, como é o caso das medidas provisórias figurando como objeto deste controle

Antes da Constituição de 1988, como explica Pedro Lenza (2011, p. 243), havia entendimento de que o Presidente da República não precisaria aplicar uma lei que entendesse inconstitucional. Com a ampliação do rol de legitimados para a propositura de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, o Chefe do Executivo passou a ter legitimação e não pode mais descumprir a lei que considere inconstitucional.

Pedro Lenza (2011, p. 244) acredita ainda ser possível o descumprimento da lei inconstitucional pelo Presidente da República, porque o controle concentrado-principal vincula os órgãos do Poder Executivo e do Judiciário e a súmula vinculante editada vincula a administração pública.

O Presidente da República é um aplicador da lei e, por consequência, interpreta a Constituição Federal podendo determinar a não aplicação da lei que entender inconstitucional.

O controle repressivo mais comum é o exercido pelo Poder Judiciário e processa-se tanto pela via difusa como pela concentrada.

## 4.2 Via Difusa ou Controle Concreto

O controle repressivo de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário ocorre por duas vias, sendo uma delas a de exceção (controle concreto).

O sistema difuso de controle de constitucionalidade é adotado desde a Constituição de 1891 e perdurou até o Texto vigente sendo alterado ao longo das Constituições por força dos novos elementos nestas introduzidos e que traziam particularidades do sistema concentrado.

Esta espécie de controle encontra previsão no artigo 102, inciso III da Constituição vigente. É realizada no curso de uma demanda judicial concreta e a matéria inconstitucional é uma questão incidental e pode ser realizado por qualquer magistrado competente.

Eis o pensamento de Paulo Bonavides (2011, p. 302):

O controle por via de exceção, aplicado às inconstitucionalidades legislativas, ocorre unicamente dentro das seguintes circunstâncias: quando, no curso de um pleito judiciário, uma das partes levanta, em defesa de sua causa, a objeção de inconstitucionalidade da lei que se lhe quer aplicar.

Sem o caso concreto (a lide) e sem a provocação de uma das partes, não haverá intervenção judicial, cujo julgamento só se estende às partes em juízo. A sentença que liquida a controvérsia constitucional não conduz à anulação da lei, mas tão-somente à sua não-aplicação ao caso particular, objeto da demanda. É controle por via incidental.

Pelo exposto por Bonavides, entende-se que o controle concreto é realizado em decorrência da provocação de um interessado (qualquer pessoa) que busca se esquivar da obrigação de cumprir a norma discutida e que a provocação ao Judiciário pode ser realizada em qualquer instância ou grau, por diversos mecanismos e qualquer ação ou omissão do poder público poderá ser submetida ao controle.

Em regra, opera efeitos *inter partes*.

Tal controle é considerado por Paulo Bonavides (2011, p. 325) “o mais apto a prover a defesa do cidadão contra os atos normativos do Poder, porquanto em toda demanda que suscite controvérsia constitucional sobre lesão de direitos individuais estará sempre aberta uma via recursal à parte ofendida”.

A questão discutida no controle concreto possui natureza de questão prejudicial e deve ser decidida antes do julgamento da própria demanda. Ela pode ser suscitada como incidente ou causa de pedir, mas nunca como pedido.

Sobre a legitimidade para provocar o controle difuso-incidental, Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 145) ensina que tal provocação pode ser feita pelas partes em qualquer demanda, pelo Ministério Público, quando este atua na demanda, e pelo juiz ou tribunal, de ofício, salvo nos casos de atuação do Supremo Tribunal Federal em recurso extraordinário, pois o próprio Supremo entende ser necessária a realização do prequestionamento.

Uma peculiaridade desse sistema consiste na competência do Superior Tribunal de Justiça que somente pode exercer os controles repressivos (concreto e abstrato) em sua competência recursal de maneira limitado. No âmbito de sua competência originária não há problema.

A limitação acontece para evitar que o Superior Tribunal de Justiça se apodere de uma atribuição exclusiva do Supremo Tribunal Federal em face do recurso extraordinário. Assim, sua competência recursal se limita ao recurso ordinário e, em sede de recurso especial, só pode enfrentar as questões infraconstitucionais.

Entre os instrumentos usados para provocar o Poder Judiciário estão a ação popular, o mandado de segurança, a ação civil pública e o mandado de injunção.

Sobre o procedimento da via difusa, Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2011, p. 61) ensinam:

O debate da inconstitucionalidade pela via de exceção pode chegar até o Supremo Tribunal Federal, desde que a parte interessada assim faça, quer pela competência originária da Suprema Corte, quer pela via recursal adequada.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a matéria, trata de reconhecer, ou não, a inconstitucionalidade do tema, fato que, por si, não determina a expulsão da norma do sistema, pois, no caso, a coisa julgada restringe-se às partes do processo em que a inconstitucionalidade foi arguida.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal deve comunicar a decisão ao Senado Federal, que, utilizando a competência do art. 52, X, da Constituição Federal, tem a faculdade de, por meio de resolução, suspender a execução da norma.

O Senado Federal pode ou não suspender a execução da norma que o Supremo Tribunal Federal declarar inconstitucional, nos termos do artigo 52, inciso X

da Constituição, por decisão definitiva e por consequência desse caráter discricionário Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2011, p. 61 e 62) consideram que a partir da resolução a decisão da inconstitucionalidade produz efeitos *erga omnes* e *ex nunc*.

Apesar do Senado não ser obrigado a baixar a resolução não pode estender o campo de inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal.

Em casos excepcionais a decisão sobre controle difuso proferida pelo Supremo Tribunal Federal pode gerar efeito vinculante por força de Súmula vinculante, como prevê o artigo 103-A e § § da Constituição. O Supremo Tribunal Federal também pode modificar seu entendimento sobre a decisão da inconstitucionalidade.

O Poder Judiciário é, em regra, o responsável por tal controle que também pode ser realizado pelo Poder Legislativo no caso das medidas provisórias que não possuem controle preventivo ou quando este poder retira do ordenamento decretos executivos que excedam os projetos de lei. O Poder Executivo pode apenas provocar o Poder Judiciário através de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade que o isente de cumprir a norma.

### **4.3 Via Concentrada ou Controle Abstrato**

Como ensinam Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2011, p. 60), a segunda via pela qual o Poder Judiciário exerce o controle repressivo de constitucionalidade é a chamada via concentrada que processa-se por meio de ações diretas.

O controle concentrado-principal é exercido exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal (Constituição Federal) e pelos Tribunais Estaduais (Constituições Estaduais).

Ao contrário do controle concreto que permite a qualquer cidadão provocar o Judiciário, o controle concentrado possui um rol restrito de legitimados previsto no artigo 103 da Constituição.

O controle abstrato possui natureza política, como explica Paulo Bonavides (2011, p. 308):

O controle por via de ação toma nesse caso um sentido do controle formal de constitucionalidade, voltado sobretudo para resolver conflitos entre os poderes públicos. Desde então relega-se a segundo plano a defesa do conteúdo da ordem constitucional, dos direitos e garantias dos cidadãos, que a sobredita técnica nem sempre resguarda em toda a amplitude, talvez pelo preconceito antidemocrático de não consentir ao cidadão a possibilidade de desfazer por sua iniciativa mesma aquilo que foi obra do legislador.

O Texto Constitucional de 1988 trouxe importantes alterações no que diz respeito ao controle abstrato.

Enquanto no controle difuso a questão constitucional é considerada prejudicial aqui ela é a questão principal, visto que a discussão sobre a (in) constitucionalidade é muitas vezes o objeto da ação.

As inovações trazidas pela Constituição vigente são explicadas por Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 163):

A Constituição vigente ampliou e aperfeiçoou o controle concentrado, com a criação de novas ações diretas e a extensão da legitimidade para provocar a jurisdição concentrada do Supremo Tribunal Federal a outras autoridades, órgãos e entidades, além de haver acenado para a possibilidade de adoção de efeitos vinculantes nas decisões proferidas no âmbito das ações próprias deste sistema de controle, com o que aproximou muito o Supremo Tribunal brasileiro aos Tribunais Constitucionais europeus. À vista desse modelo, instaura-se no Supremo Tribunal Federal uma **fiscalização abstrata** das leis ou atos normativos do poder público em confronto com a Constituição. Tal se dá em face do ajuizamento de uma **ação direta**, cujo pedido principal é a própria declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade. (grifado no original).

Segundo Pedro Lenza (2011, p. 262 e 263), as vias que permitem suscitar o controle concentrado de constitucionalidade são: Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica (ADI genérica), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (ADI interventiva), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

A Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade estão regulamentadas pela Lei nº. 9.868/99.

A ADI genérica, como ensina Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 189), analisa o conflito abstrato entre lei ou ato normativo e a Constituição objetivando declarar a nulidade nos casos em que aqueles a violem e, tal ação se justifica pelo fato de que uma lei ou ato normativo inconstitucional sequer deveria ter adentrado o ordenamento jurídico pátrio e, por consequência, não deve nele permanecer.

Para o professor Erival da Silva Oliveira (2009, p. 43 e 44), a ADI genérica é cabível contra Emenda Constitucional, medida provisória e lei municipal com conteúdo estadual e possuía efeitos *erga omnes*, vinculante e *ex tunc*.

Já a ADO omissão é um mecanismo criado para combater as omissões do Legislativo ordinário já que o Poder Judiciário permite o exercício de um direito constitucional que não poderia ser exercido em função da falta de regulamentação ordinária.

Possui os mesmos legitimados da ADI e da ADC e tem como efeito o previsto no § 2º do artigo 103 da Constituição Federal que consiste na "ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias".

Outra espécie de Ação Direta de Inconstitucionalidade é a ADI interventiva. Ela está relacionada a intervenção federal nos estados e a estadual no Municípios e tem efeito mandamental.

Seu funcionamento consiste na representação formulada pelo Procurador-Geral da República ao Supremo Tribunal Federal que a encaminha ao Presidente da República, caso considere pertinente, e este edita um decreto interventivo que suspende o ato impugnado.

Sobre os efeitos do julgamento da ADC, segue o pensamento de Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 270):

Julgada procedente a ação declaratória, será declarada a constitucionalidade da lei ou ato normativo federal; julgada improcedente, será declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal. Tal circunstância se verifica em razão da *natureza dúplice* das ações diretas. A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal em ação declaratória de constitucionalidade é *irrecorrível*, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória. (grifado no original).

Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 270) ainda ensina que tal decisão opera efeitos *erga omnes*, vinculantes e *ex tunc*, porém, em caso de improcedência o Supremo Tribunal Federal pode determinar que não incida o efeito retroativo.

Segundo explicam Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2011, p. 84 e 85), a ADC surge da incerteza sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Possui como requisito a comprovação de controvérsia judicial relevante, em sede de controle incidental, sobre a aplicação do dispositivo objeto da ação.

A ADPF está prevista no artigo 102, § 1º da Constituição e regulamentada pela Lei nº. 9.882/99. Ela pode ser proposta pelos mesmos legitimados que podem propor uma ADI ou ADC. A lei trata de uma arguição direta e outra indireta.

Para Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2011, p. 86), a arguição direta tem a finalidade de “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder público”, já a incidental “teria como pano de fundo controvérsia constitucional relevante iniciada em um processo judicial qualquer”.

A arguição indireta é uma inovação trazida pela Lei nº. 9.882 e não possui previsão na Lei Maior. Os autores citados acima defendem (2011, p. 86) a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º da Lei nº. 9.882 de 1999 pela falta de previsão constitucional.

Trata-se de um controle formal não apenas no que diz respeito aos legitimados, mas também porque a provocação ao Poder Judiciário somente pode ser feita por meio dos mecanismos previstos em lei. A competência para a realização desse controle é exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

## 5 DO PRINCÍPIO MAJORITÁRIO

Um governo dotado de regime democrático é baseado na vontade da maioria do povo. O povo é soberano e pode exercer o poder direta ou indiretamente.

O Brasil adota um regime democrático em que o povo participa (indiretamente) do governo por meio da escolha de seus representantes, bem como atua diretamente através de alguns mecanismos constitucionais como o plebiscito e o referendo, como ensina Luana Xavier Pinto Coelho (2008):

O povo participa no processo legislativo, indiretamente, uma vez que este é protagonizado por seus representantes eleitos, seja no Congresso Nacional (deputados federais e senadores), na Assembleia Legislativa (deputados estaduais) ou nas Câmaras municipais (vereadores). Contudo, a Constituição de 1988 garante a participação direta de toda a sociedade no processo legislativo, nos três âmbitos federativos de poder, através dos mecanismos previstos nos art. 14, I, II e III, art. 29, XII, art. 49, XV, art. 58, § 2º, II, e art. 61, § 2º.

O princípio majoritário é o alicerce da democracia, uma vez que tal regime consiste no “governo da maioria”, porém, este princípio não é absoluto tendo em conta a supremacia do Texto constitucional.

### 5.1 República Federativa e Estado Democrático de Direito

As formas legítimas de governo trazidas por Aristóteles dividem-se em monarquia, aristocracia e república, já as formas degeneradas compreendem a tirania, a oligarquia e a demagogia.

A Constituição Federal vigente em seu artigo 1º, *caput*, dispõe que o Brasil é uma República Federativa e constitui-se em Estado Democrático de Direito.

No Brasil, a Proclamação da República ocorreu em 15 de novembro de 1889 em função de um golpe envolvendo militares e republicanos que tiraram o Imperador Dom Pedro II do poder.

Nesse contexto, República significa “coisa pública” e, por isso, se trata de uma forma de governo baseada na participação coletiva, ainda que indireta.

Eis o pensamento de André Valdi de Oliveira (s.d.):

Como **forma de governo**, têm-se a organização e o funcionamento do poder estatal, consoante os critérios adotados para a determinação de sua natureza. Os critérios são: a) o número de titulares do poder soberano; b) a separação de poderes e suas relações; c) os princípios essenciais que animam as práticas governativas e o exercício limitado ou absoluto do poder estatal.

[...]

Aristóteles adota, pois, uma classificação dupla. A primeira divide as formas de governo em puras e impuras, conforme a autoridade exercida. A base desta classificação é pois moral ou política.

A segunda classificação é sob um critério numérico; de acordo com o governo, se ele está nas mãos de um só, de vários homens ou de todo povo.

O sistema de governo republicano é baseado na ideia de um governo da maioria em prol de todos. Surgiu da oposição feita pela população em relação ao regime monárquico.

Ao contrário do sistema monárquico, a república é caracterizada principalmente pela temporariedade, eletividade e responsabilidade dos governantes.

A ideia de governo republicano está intimamente ligada aos regimes democráticos.

Eis o pensamento de Inocêncio Mártires Coelho (2010, p. 212):

Embora compreendidos nesses aspectos de caráter geral, os traços característicos da forma republicana de governo podem ser decompostos em elementos específicos, tais como: a existência de uma *estrutura político-organizatória* garantidora das liberdades civis e políticas; a elaboração de um *catálogo de liberdades*, em que se articulem o direito de participação política e os direitos de defesa individuais; o reconhecimento de corpos territoriais autônomos, seja sob a forma federativa, como no Brasil e nos Estados Unidos, seja pelo estabelecimento de autonomias regionais ou locais, com na Itália ou em Portugal, respectivamente; a *legitimação do poder político*, consubstanciada no princípio democrático de que a soberania reside no povo, que se autogoverna mediante leis elaboradas preferencialmente pelos seus representantes; e, afinal, a opção pela *eletividade, colegialidade, temporariedade e pluralidade*, como princípios ordenadores do acesso ao serviço público em sentido amplo – cargos, empregos ou funções – e não pelos critérios da designação, da hierarquia e da vitaliciedade, típicos dos regimes monárquicos. (grifado no original).

O princípio republicano versa sobre a relação do Estado com a população e está fundamentado em princípios como a liberdade, a igualdade e o consenso, bem como no ideal de oportunidade equitativa.

A oportunidade equitativa, segundo Kildare Gonçalves Carvalho (2011, p. 177), consiste na ideia de que os cidadãos independentemente das posições sociais e econômicas que ocupem devem ter “uma oportunidade equitativa de ocupar cargos públicos e de influenciar o resultado das decisões políticas”.

A expressão “Federativa” está relacionada à forma de organização do Estado e originou, no Brasil, juntamente com a instituição da república.

O federalismo existe por força da necessidade de conciliar a unidade nacional (soberania) com as autonomias, em especial a política, das unidades federadas.

Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2011, p. 311) defendem a necessidade uma Constituição rígida para a existência do pacto federativo e para Rodrigo César Rebello Pinho (2011, p. 14):

[...] Este princípio deve vir reforçado por uma condição de imutabilidade absoluta, para não ficar ao sabor das decisões políticas momentâneas. Além disso, exige uma Suprema Corte ou Corte Constitucional que exerça, de forma efetiva, o controle de constitucionalidade para dirimir os conflitos entre os Estados-Membros ou entre qualquer um deles e a União. [...]

O princípio federativo está diretamente relacionado ao princípio republicano, pois a descentralização do poder é extremamente importante para a efetivação da democracia.

Ao dispor, em seu artigo 1º, que a República Federativa do Brasil é “formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal” o Texto Maior veda a possibilidade de secessão.

A federação implantada no Brasil é chamada de federalismo às avessas ou por desagregação, pois o Brasil era um Estado unitário que foi transformado em um Estado federal e foram criados os Estados-Membros. Outra particularidade do sistema federativo pátrio consiste na inclusão dos Municípios como entidades federativas.

Os Estados podem elaborar Constituições estaduais, desde que não criem normas contrárias a Constituição Federal e os Municípios podem editar Leis Orgânicas observando sempre o que está previsto na Constituição Federal e na

Constituição dos seus respectivos Estados. O Distrito Federal é regulamentado por Lei Orgânica.

José Afonso da Silva (2011, p. 119) ensina que o Estado Democrático de Direito consiste no regime jurídico adotado por governos democráticos, uma vez que seus atos políticos estão fundamentados na participação popular e na defesa dos direitos e garantias fundamentais.

Inocência Mártires Coelho (2010, p. 213) ensina que:

[...] entende-se como Estado democrático de Direito a organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, para o exercício de mandatos periódicos, como proclama, entre outras, a Constituição brasileira. Mais ainda, já agora no plano das relações concretas entre o Poder e o indivíduo, considera-se *democrático* aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de valerá a solene proclamação daqueles direitos. (grifado no original).

O Estado Democrático de Direito é o regime jurídico de países como Brasil, Espanha, Portugal, entre outros.

Para José Afonso da Silva (2011, p. 119), a expressão “democrático” é uma qualificadora do Estado que “irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também sobre a ordem jurídica”, já a expressão “direito” tem relação com o enriquecimento do “sentir popular” e deve ajustar-se ao interesse da coletividade.

O Estado Democrático de Direito é fundado na legalidade democrática, visto que é subordinado a lei, principalmente a Constituição Federal, mas a lei deve estar adequada a realidade social.

Há quem defenda, como é o caso de Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2011, p. 131 e 132), a existência de um Estado Democrático Social de Direito tendo em vista a busca do bem-estar social através do reconhecimento e da proteção dos direitos fundamentais.

O Brasil adota um sistema presidencial de governo alicerçado no exercício de um regime democrático.

## 5.2 Princípio Majoritário e o Regime Político Democrático

A República Federativa do Brasil, como visto, constitui-se em Estado Democrático de Direito e adota um regime político caracterizado por uma democracia semidireta ou participativa.

O conceito de democracia é discutido há séculos por renomados pensadores como Rousseau, Duverger, Churchill, Kelsen, Nietzsche, entre outros, e apesar das interpretações a democracia relaciona-se a ideia de soberania popular e governo da maioria.

A democracia nas palavras do Presidente norte-americano Abraham Lincoln é o “governo do povo, pelo povo e para o povo”. A definição de democracia vai muito além do conceito de governo, pois se trata de um verdadeiro regime, um processo.

O regime (ou processo) democrático vai além da noção de “governo do povo”, uma vez que não se baseia no simples consentimento popular, mas no exercício do poder em nome do povo.

O regime democrático está fundamentado no princípio majoritário segundo o qual a democracia é o “governo da maioria” e a maioria escolhe os representantes do povo no poder, no caso do Brasil nos poderes Legislativo e Executivo.

Para o professor José Afonso da Silva (2011, p. 125 e 126):

*Democracia é conceito histórico. Não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa do evoluir social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. Sob esse aspecto, a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história. (grifado no original).*

A democracia como processo explica o entendimento de que nunca haverá uma “verdadeira democracia”, pois o que há é um longo caminho marcado por conquistas feitas e por perspectivas a serem alcançadas.

A democracia repousa nos princípios da soberania popular; da participação, direta ou indireta, do povo no poder; da representação e princípio majoritário, bem como em valores como a liberdade e igualdade (substancial), como ensina José Afonso da Silva (2011, p. 131):

A democracia, em verdade, repousa sobre *dois princípios fundamentais* ou *primários*, que lhe dão a essência conceitual: (a) o da *soberania popular*, segundo o qual o *povo é a única fonte do poder*, que se exprime pela regra de que todo o poder emana do povo; (b) da *participação, direta ou indireta, do povo no poder*, para que este seja efetiva expressão da *vontade popular*, nos casos em que a participação é indireta, surge um princípio derivado ou secundário: o *da representação*. As técnicas que a democracia usa para concretizar esses princípios têm variado, e certamente continuarão a variar, com a evolução do processo histórico, predominando, no momento, as técnicas eleitorais com suas instituições e o sistema de partidos políticos, como instrumentos de expressão e coordenação da vontade popular. Igualdade e liberdade, também, não são princípios, mas valores democráticos, no sentido de que a democracia constitui instrumento de sua realização no plano prático. A igualdade é o valor fundante da democracia, não a igualdade formal, mas a substancial. [...] (grifado no original).

Os valores democráticos da liberdade e igualdade refletem aquilo que um regime democrático busca e estão ligados a proteção dos direitos e garantias fundamentais. A igualdade buscada deve ser a substancial e não a formal, porque esta se reflete apenas na esfera jurídica enquanto aquela se estende a vida sócio-cultural.

A democracia, como regime político, é um instituto completo que necessita para a sua efetivação dos valores e princípios democráticos, bem como de elementos que asseguram não apenas para sua existência como também para sua permanência.

Kildare Gonçalves Carvalho (2011, p. 183), elenca os elementos que viabilizam elementos a democracia :

- a) liberdade para constituir e integrar-se em organizações;
- b) liberdade de expressão;
- c) direito de voto;
- d) acesso a cargos públicos;
- e) possibilidade de os líderes políticos competirem por meio de votação;
- f) fontes alternativas de informação;
- g) eleições livres e isentas;
- h) existência de instituições capazes de viabilizar a política do governo e legitimadas pelo voto ou outras manifestações da vontade popular.

As modalidades básicas de democracia são: a democracia direta, a indireta e a semidireta. Outra distinção é a feita entre democracia não representativa (direta) e as representativas (indiretas ou semidireta).

Paulo Bonavides (2010, p. 288 e 289), ensina que a democracia direta ou não representativa surgiu na Grécia, principalmente em Atenas, onde os cidadãos se reuniam para exercitar seu poder político e criar as leis e que esta modalidade de democracia era exercida apenas por homens livres, sendo assim um privilégio de uma minoria, sendo, por conta disso, conhecida como “aristocracia democrática” ou “democracia minoritária”.

Para José Afonso da Silva (2011, p. 137), “na democracia representativa a participação popular é indireta, periódica e formal, por via das instituições eleitorais que visam a disciplinar as técnicas de escolha dos *representantes do povo*”. O poder continua pertencendo ao povo, mas o governo é transferido aos representantes.

Na democracia representativa indireta impera a presunção de que a vontade representativa corresponde a vontade popular.

Com a democracia semidireta o povo passa a participar da política não apenas com a escolha dos representantes.

Segundo ensina Paulo Bonavides (2010, p. 296):

Com a democracia semidireta, a alienação política da vontade popular faz-se apenas parcialmente. A soberania está com o povo, e o governo, mediante o qual essa soberania se comunica ou exerce, pertence por igual ao elemento popular nas matérias mais importantes da vida pública. Determinadas instituições, como o *referendum*, a iniciativa popular, o veto e o direito de revogação, fazem efetiva a intervenção do povo, garantem-lhe um poder de decisão de última instância, supremo, definitivo, incontestável. O povo na democracia semidireta não se cinge apenas a eleger, senão que chega do mesmo passo a estatuir, como pondera Prelót ou conforme Barthélemy e Duez: não é apenas colaborador político, consoante se dá na democracia indireta, mas também colaborador jurídico. O povo não só elege, como legisla. (grifado no original).

A democracia semidireta é conhecida como democracia participativa porque o povo possui não somente a possibilidade de participar indiretamente do governo por meio de escolhas de representantes como pode também atuar diretamente na política através de mecanismos como plebiscito, referendo iniciativa popular e recall, entre outros.

Eis o pensamento de Alexandre Navarro Garcia (2004) sobre os mecanismos de democracia direta:

No Brasil, a Constituição de 1988 introduziu três mecanismos de democracia semidireta: referendo, plebiscito e iniciativa popular (art. 14). Figuras que se situam no campo da participação política, como orientadores dos princípios fundamentais da República brasileira e compõem o binômio representação-participação, também denominado princípio democrático: “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição” (art. 1º, parágrafo único).

[...]

O referendo, o plebiscito e a iniciativa popular exprimem o desejo de complementar a democracia representativa com elementos de democracia semidireta, podendo haver, até mesmo, o desejo de substituir a democracia representativa por esses elementos de democracia.

Ainda sobre os mecanismos da democracia participativa, a professora Denise Auad (s.d.) ensina que:

A democracia representativa apresenta sinais de crise e está cada vez mais distante dos anseios populares. Diante desse panorama, os Estados que buscam manter o regime democrático estão prevendo, em suas legislações, mecanismos de participação popular como um complemento ao sistema de democracia representativa, o que permite aos cidadãos, em certas ocasiões, deliberar sobre assuntos políticos de forma direta. O Brasil adotou, no art. 14, incisos I, II e III, da Constituição Federal de 1988, o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular como mecanismos de participação direta. No entanto, a utilização desses institutos ainda não é uma prática cotidiana em nosso país, situação que se torna ainda mais difícil pelo fato de a legislação infraconstitucional relacionada a tais institutos (Lei 9.709/98) ser lacunosa e não solucionar questões cruciais que permitiriam a viabilidade prática da participação popular.

O plebiscito é uma consulta popular realizada antes de uma decisão ser tomada e serve para dar valoração jurídica para tal decisão, já o referendo consiste em modalidade de consulta popular posterior a tomada de decisão, mas que visa mantê-la ou desconstituí-la, como ensina José Afonso da Silva (s.d.).

A iniciativa popular, segundo José Afonso da Silva (2011, p. 141), consiste no direito que os cidadãos possuem de participação na propositura de uma medida legislativa mediante *quorum* definitivo.

O *recall*, para Kildare Gonçalves Carvalho (2011, p. 199), “é um direito político pelo qual o cidadão pode revogar o mandato outorgado a representantes

eleitos”. O *recall* exige *quorum* mínimo para que o mandato político seja revogado ou não.

Segundo Lenio Luiz Streck (2009, p. 17), a Constituição foi criada para conter o absolutismo e transformou-se em instrumento para frear o poder das maiorias.

A Constituição vigente declara de maneira explícita que o poder pertence ao povo e este poder é delegado aos legisladores que são representantes do povo eleitos, em regra, pelo voto da maioria.

Peter Häberle (2007, p. 324) explica “*el principio de mayoría*”:

Éste se encuentra en una tensa relación con la *protección de las minorías*. Algunas constituciones prevén expresamente el principio de mayoría (como el art. 121 de la LF), pero al mismo tiempo regulan múltiples formas de protección a las minorías [...] El arma contundente del principio de mayoría es, en general, “*toerable*”, porque existe una protección (escalonada) de las minorías (primordialmente a través de la “*supremacía de la Constitución*” y la protección de los derechos fundamentales). La justificación interna de la democracia como “*gobierno de la mayoría*” es difícil: se puede lograr gracias a la idea de la libertad y igualdad y de la necesidad de llegar a una decisión funcional. [...] (grifado no original).

A vontade da maioria, como ensina Häberle, não é absoluta possuindo algumas importantes limitações trazidas especialmente pelo texto constitucional para que o princípio majoritário não seja usado em detrimento dos direitos das minorias.

O princípio majoritário, se visto como algo absoluto, acabará por ferir direitos e garantias constitucionais do povo pelo simples argumento de se tratar da vontade da maioria.

A ponderação de tal princípio se faz imprescindível.

O doutrinador Luís Roberto Barroso (2010, p. 90) ensina:

[...] Por meio do equilíbrio entre Constituição e deliberação majoritária, as sociedades podem obter, ao mesmo tempo, estabilidade quanto às garantias e valores essenciais, que ficam preservados no texto constitucional, e agilidade para a solução das demandas do dia-a-dia, a cargo dos poderes políticos eleitos pelo povo. [...]

Esse equilíbrio é essencial para que um governo não esteja totalmente “engessado” ao texto constitucional sendo possível certos progressos provenientes da vontade da maioria (ordinária), sem que para isso seja preciso sacrificar as garantias e direitos fundamentais.

Lenio Luiz Streck (2009, p. 29) ao explicar a proposta do filósofo e sociólogo alemão Jürgen Habermas o seu modelo de democracia constitucional, dispõe que:

[...] propõe um modelo de democracia constitucional que não tem como condição prévia fundamentar-se nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade e que exigem uma identidade política não mais ancorada em uma “nação de cultura”, mas, sim, em uma “nação de cidadãos”. [...]

Habermas defende a teoria do agir comunicativo por meio da qual ele propõe que todos participem de maneira ativa e igualitária para impedir arbitrariedades e obter a solução consensualizada para o conflito.

Segundo o doutrinador Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 59):

[...] uma verdadeira democracia é aquela onde todas as pessoas são tratadas com igual respeito e consideração. Se é certo que a democracia é o governo segundo a vontade da maioria, não menos exato é afirmar que o princípio majoritário não assegura o governo pelo povo senão quando todos os membros da comunidade são concebidos, e igualmente respeitados, como agentes morais.

O princípio majoritário deve ser interpretado de maneira a assegurar que não somente a vontade da maioria, mas também as vontades das minorias sejam respeitadas pelo Estado.

### 5.3 Supremacia da Constituição

Ao estudar a supremacia da Lei Maior, não há como não se deparar com as contribuições do jusfilósofo Hans Kelsen e do *Chief Justice* John Marshall para o tema.

Kelsen, por meio de sua pirâmide normativa criou uma estrutura hierarquizada de normas jurídicas que possui no topo da pirâmide a norma fundamental de um Estado, qual seja sua Constituição.

A contribuição do *Chief Justice* John Marshall, como ensina Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 66), se deu no histórico julgamento do caso *Marbury versus*

Madison no qual defendeu a prevalência da Constituição quando esta estiver em conflito com a Lei Ordinária.

Em ambos os casos fica evidente o caráter de norma superior aplicado a Constituição e a conseqüente defesa do princípio da supremacia da Constituição, também conhecido como princípio da preeminência normativa.

A supremacia da Constituição é explicada por meio das noções de superioridade de poder constituinte e Constituição rígida.

O poder constituinte, responsável pela elaboração da Constituição, é superior ao poder constituído porque este é originário de maiorias ocasionais enquanto aquele é decorrente da vontade de uma maioria constitucional.

Sobre a importância das Constituições para a proteção aos direitos e garantias fundamentais, Hans Kelsen (1993, p. 67) ensina que:

[...] De fato, a existência da maioria pressupõe, por definição, a existência de uma minoria e, por conseqüência, o direito da maioria pressupõe o direito à existência de uma minoria. Disto resulta não tanto a necessidade, mas principalmente a possibilidade de proteger a minoria contra a maioria. Esta proteção da minoria é função essencial dos chamados direitos fundamentais e liberdades fundamentais, ou direitos do homem e do cidadão, garantidos por todas as modernas constituições das democracias parlamentares. [...]

A Constituição é uma norma criada para ser permanente e cuida dos valores, direitos e garantias fundamentais, ao contrario das demais leis que são transitórias assim como a maioria que representam.

Eis o pensamento de Eduardo Cambi (2009, p. 204):

A Constituição, tanto sob o critério cronológico quanto hierárquico, é o primeiro documento da vida jurídica do Estado. As Constituições são atos de delegação do poder do povo soberano para os seus governantes. A Constituição é hierarquicamente superior às demais normas jurídicas. Essa *supremacia constitucional* significa que nenhuma lei ou ato normativo pode ser considerado válido se for incompatível com a Constituição. O controle de constitucionalidade das leis serve para relativizar o mito positivista da *supremacia do legislador*. Negar o princípio da supremacia da Constituição seria permitir que o ato delegado, pelo povo soberano, aos seus governantes, poderia ir além dos termos do mandato a estes outorgado. Seria o mesmo que sustentar que o mandatário é superior ao mandante, que os empregados (servidores) são superiores aos empregadores, que os representantes do povo estão acima do próprio povo, além de se admitir que as pessoas que possuem determinados poderes (competências/atribuições) podem fazer não apenas o que eles não permitem, como também o que proíbem. (grifado no original).

A noção de rigidez constitucional esta relacionada ao fato dessas Constituições já serem criadas com um grau mais elevado de dificuldade para que possam ser alteradas em relação às demais normas.

A Constituição representa os pilares de um Estado e, por isso, não é possível permitir que possa ser contrariada, violada pelos legisladores infraconstitucionais.

Wellington Trotta (2005), ao explicar as ideias do filósofo Georg Wilhelm Friedrich Hegel sobre a Constituição, ensina que:

Ao afirmar que o poder legislativo faz parte da constituição, e que ao mesmo tempo ela lhe é pressuposta enquanto elemento de sua determinação, Hegel está pensando em um poder legislativo que constantemente redesenhe a constituição no sentido de aproximá-la do ideal. Mesmo o legislativo fazendo parte dela não quer dizer que seja a própria constituição, pois o que determina uma constituição é mais *o espírito do povo* que os interesses dos representantes do povo. O poder legislativo deve atentar para os interesses fincados na constituição, nesse documento formal moderno que em si contém todas as determinações do Estado, o universal na superação da sociedade civil atomizada. (grifado no original).

A Constituição Federal brasileira é a Lei fundamental do país, nenhum dos poderes tem legitimidade para desrespeitá-la e é atribuição do Poder Judiciário zelar pelo respeito da Lei Maior.

Para Lenio Luiz Streck (2009, p. 21):

[...] A constituição é uma invenção destinada à democracia exatamente porque possui o valor simbólico que, ao mesmo tempo em que assegura o exercício de minorias e majorias, impede que o próprio regime democrático seja solapado por regras que ultrapassem os limites que ela mesma – a Constituição – estabeleceu para o futuro. [...]

A Constituição é o alicerce de um Estado e estabelece as bases dos governos futuros.

O controle judicial da constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público é o principal mecanismo no combate a práticas inconstitucionais por parte dos demais Poderes.

O conflito entre maiorias ordinária e constitucional exige do Poder Judiciário uma atuação muitas vezes contramajoritária para assegurar a supremacia da Constituição.

## 6 DO PRINCÍPIO CONTRAMAJORITÁRIO

Os Poderes Legislativo e Executivo possuem representantes eleitos democraticamente pela maioria da população que exerce o seu direito de voto. Os representantes do Poder Judiciário, por outro lado, são em regra concursados e, em alguns casos, nomeados para o cargo.

É possível perceber o Judiciário é o único dos Poderes em que o povo não exerce a sua soberania popular para escolher os representantes.

As atividades legislativa e executiva são exercidas pelos representantes diretamente eleitos pelo povo e, por isso, parecem representar a vontade da maioria.

O Poder Judiciário ao exercer o controle judicial da constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público declara a inconstitucionalidade de modo contramajoritário, uma vez os Poderes Legislativo e Executivo atuam em nome da maioria.

Vicente Paulo de Almeida (2010) ensina que a noção de princípio contramajoritário surgiu com o professor Alexander Bickel:

O termo *countermajoritarian difficulty* foi utilizado ineditamente por Alexander Bickel, na obra *The least dangerous branch*. Trata-se, em tese, da impossibilidade de tribunais ou órgãos não eleitos democraticamente invalidarem decisões de órgãos eleitos por eleições populares. Diante deste raciocínio, o STF não poderia declarar inconstitucionalidade de leis, visto que seus membros não foram eleitos pelo povo. (grifado no original).

E conceitua o contramajoritarismo:

[...] é a atuação do poder judiciário atuando ora como legislador negativo, ao invalidar atos e leis dos poderes legislativos ou executivos democraticamente eleitos, ora como legislador positivo – ao interpretar as normas e princípios e lhes atribuírem juízo de valor [...]

A atuação contramajoritária do Poder Judiciário possui fundamentos que a justificam e para sua melhor compreensão necessário se faz um estudo detalhado do princípio contramajoritário.

## 6.1 Concepção do Princípio Contramajoritário na Jurisdição Constitucional

Como visto no capítulo anterior, um dos princípios fundamentais do regime democrático é o princípio da maioria. A vontade da maioria é a que em regra prevalece, porém deve-se observar que uma maioria parlamentar ocasional pode ser na verdade uma minoria dominante.

Uma democracia deve valorizar o interesse geral e sempre pautar-se nos valores da igualdade e da liberdade para que tanto a maioria como as minorias tenham seus direitos fundamentais assegurados.

O Estado Democrático de Direito está fundado no respeito ao regime democrático e na garantia dos direitos fundamentais que constituem uma conquista histórica do povo.

A jurisdição ou justiça constitucional é o mecanismo utilizado para proteger a Lei Fundamental de um Estado e conter a política majoritária.

Eis o pensamento de Lenio Luiz Streck (2009, p. 18 e 19):

Se se compreendesse a democracia como a prevalência da regra da maioria, poder-se-ia afirmar que o constitucionalismo é antidemocrático, na medida em que este “subtrai” da maioria a possibilidade de decidir determinadas matérias, reservadas e protegidas por dispositivos contramajoritários. O debate se alonga e parece interminável, a ponto de alguns teóricos demonstrarem preocupação com o fato de que a democracia possa ficar paralisada pelo contramajoritarismo constitucional, e, de outro, o firme temor de que, em nome das maiorias, rompa-se o dique constitucional, arrastado por uma espécie de retorno a Rousseau.

O que se busca estabelecer é a oposição existente entre “democracia constitucional” e “democracia majoritária”, sendo esta, em função de seu caráter transitório, limitada por aquela.

A diferenciação entre o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e a jurisdição constitucional é feita por Mauro Cappelletti (1984, p. 23 e 24) que esclarece ser o controle jurisdicional da constitucionalidade “um dos vários possíveis aspectos da assim chamada “justiça constitucional”, e, não obstante, um dos aspectos certamente mais importantes”.

A legitimidade da jurisdição constitucional está no fato de ser preciso conciliar o “governo da maioria” com a supremacia da Constituição e com a defesa dos direitos fundamentais. Essa legitimidade permite ao Poder Judiciário atuar

contramajoritariamente, inclusive porque em caso de conflito entre o princípio majoritário e a Constituição esta deve prevalecer.

Konrad Hesse (1998, p. 420), ao tratar da jurisdição constitucional como mecanismo de conservação da Constituição, ensina:

Essa tarefa inclui a tarefa do controle dos poderes estatais, do mesmo modo como a tarefa da concretização e aperfeiçoamento do Direito Constitucional que, no entanto, não é exclusivamente e nem sequer em primeiro lugar, assunto da jurisdição constitucional – mesmo que essa tenha a dizer a última. A concretização do Direito Constitucional pela jurisdição constitucional decididora autoritariamente serve, nisto, à clareza jurídica e certeza jurídica; ela deve desenvolver efeitos racionalizadores e estabilizadores, o que somente é possível, se a jurisprudência do Tribunal Constitucional segue princípios de interpretação firmes e visíveis e evita, no possível, o recurso a princípios de direito gerais e determinados.

Para Hesse, a jurisdição constitucional se difere das jurisdições restantes porque consiste no controle dos demais Poderes estatais e se baseia na interpretação constitucional, entretanto, é jurisdição como qualquer outra.

Segundo Luís Roberto Barroso (s.d):

Em sentido amplo, a jurisdição constitucional envolve a interpretação e aplicação da Constituição, tendo como uma de suas principais expressões o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. No Brasil, esta possibilidade vem desde a primeira Constituição republicana (controle incidental e difuso), tendo sido ampliada após a Emenda Constitucional nº 16/65 (controle principal e concentrado). A existência de fundamento normativo expresso, aliada a outras circunstâncias, adiou o debate no país acerca da legitimidade do desempenho pela corte constitucional de um papel normalmente referido como *contra-majoritário*: órgãos e agentes públicos não eleitos têm o poder de afastar ou conformar leis elaboradas por representantes escolhidos pela vontade popular.

Ao longo dos últimos dois séculos, impuseram-se doutrinariamente duas grandes linhas de justificação desse papel das supremas cortes/tribunais constitucionais. A primeira, mais tradicional, assenta raízes na soberania popular e na separação de Poderes: a Constituição, expressão maior da vontade do povo, deve prevalecer sobre as leis, manifestações das maiorias parlamentares. Cabe assim ao Judiciário, no desempenho de sua função de aplicar o Direito, afirmar tal supremacia, negando validade à lei inconstitucional. A segunda, que lida com a realidade mais complexa da nova interpretação jurídica, procura legitimar o desempenho do controle de constitucionalidade em outro fundamento: a preservação das condições essenciais de funcionamento do Estado democrático. Ao juiz constitucional cabe assegurar determinados valores substantivos e a observância dos procedimentos adequados de participação e deliberação.

A Constituição é suprema as demais leis e representa a vontade autêntica do povo que não pode ser desrespeitada pelo legislador ordinário sob o simples argumento deste poder representar a maioria, pois tal maioria é transitória.

Sobre a importância de se respeitar o texto constitucional e os direitos fundamentais, bem como a necessidade do controle judicial de constitucionalidade, explica Eduardo Cambi (2009, p. 205):

Em uma sociedade justa e bem ordenada, as leis não podem comprometer a realização dos direitos fundamentais. Sendo tais direitos fundamentais *trunfos contra a maioria*, não poderia essa maioria, mas um órgão independente e especializado deveria ter a competência para verificar a existência de ações ou omissões contrárias à Constituição. A jurisdição constitucional representa a *grande invenção contramajoritária*, na medida em que serve de garantia dos direitos fundamentais e da própria democracia. Caso contrário, se a jurisdição constitucional não existisse ou não detivesse os poderes que tem, ficando a maioria democrática na incumbência de afirmar a prevalência concreta de direitos em colisão, ter-se-ia que negar a ideia de que os direitos fundamentais são trunfos contra a maioria e questionar a própria razão de ser dos mesmos direitos fundamentais. [...] (grifado no original).

O contramajoritarismo visa proporcionar a participação das minorias e assegurar que estas não sejam sufocadas por supressões dos valores democráticos impostas pela maioria em benefício próprio.

Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 449) ao tratar do contramajoritarismo explica que:

[...] Quando se pergunta sobre a legitimidade da jurisdição está presente a questão do contramajoritarismo, pois se deseja saber como a decisão do juiz, ao afirmar a norma constitucional ou o direito fundamental, pode se opor à norma editada pelo parlamento. [...]

Marinoni (2011, p. 449) faz uso das idéias de Alexander Bickel para explicar o “problema da jurisdição no constitucionalismo”, pois o fundamento para o controle judicial de constitucionalidade ser considerado inconstitucional está “força contramajoritária de tal controle, uma vez que este atua contra a “maioria prevalecente”.

Peter Häberle (2007, p. 325) ensina:

[...] Estos límites se encuentran, por ejemplo, bajo la forma de “cláusulas de eternidad”, en las garantías de identidad del Estado contitucional. Por lo demás, debe existir la *posibilidad* de relaciones de mayoría diversas y cambiantes, de modo que los perdedores en una decisión tengan la *oportunidad igual y real* de ganar la mayoría en una oportunidad futura. [...] (grifado no original).

O controle judicial de constitucionalidade ainda que contramajoritário consiste em elemento essencial de um Estado Democrático de Direito visto que atua

contra a vontade da maioria ordinária, mas em favor de uma maioria mais forte representada pela Constituição.

O Poder Judiciário fiscaliza a ação da maioria na medida em que não permite tal ação se concretizar se não estiver de acordo com a Constituição e desrespeitar os direitos fundamentais.

Importante se faz entender que a democracia possui limites que impedem que a maioria se tirenize oprimindo as minorias.

É possível perceber que o princípio contramajoritário está pautado no Estado Democrático de Direito, na supremacia da Constituição e na soberania popular.

## **6.2 Contramajoritarismo e Soberania Popular**

Desde a criação do controle judicial de constitucionalidade há quem defenda a ideia de que tal controle consiste numa espécie de “usurpação de poder” que leva a um “risco democrático”. Este entendimento se baseia no fato de que os juízes (no Brasil) não são eleitos pelo voto popular e, em tese, não possuem legitimidade democrática, tão pouco representam a vontade do povo.

Outro entendimento é o de que o Poder Legislativo é soberano por ser formado pelos representantes eleitos pela maioria e que por essa razão o Poder Judiciário deve ser submisso a ele e não o contrário.

Com a evolução do Direito Constitucional firmou-se o entendimento de que soberano é o povo e a Constituição além de soberana é suprema, como ensina o professor José Afonso da Silva (2011, p. 46):

Nossa Constituição é rígida. Em conseqüência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos.

Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal.

Todos os Poderes devem respeito à Constituição e o Poder Judiciário, ao atuar contramajoritariamente, apenas corrige os abusos praticados pelos demais Poderes que sequer deveriam ter sido praticados.

Apesar de a democracia ser o “governo da maioria” cabe ao Poder Judiciário fazer uso do princípio contramajoritário para impedir que a maioria exceda os limites impostos pela Constituição.

A soberania popular no Brasil está expressa no parágrafo único, do artigo 1º da Lei Maior ao estabelecer que “todo o poder emana do povo”.

Segundo Paulo Bonavides (2010, p. 141), a soberania popular está fundada na vontade popular e na plenitude do princípio democrático visando igualdade política e sufrágio universal.

O Poder Legislativo é formado pela maioria ocasional (ordinária) e as garantias constitucionais são conquistas históricas de um povo que não podem simplesmente ser alteradas de acordo com a conveniência de cada maioria governante.

Eis o pensamento de Roberto Basillone Leite (2008, p. 109) sobre a visão de Habermas sobre a Constituição e a soberania popular:

Para Habermas, a constituição é um sistema de direitos fundamentais definidos pela soberania popular, ao qual cabe resguardar ao mesmo tempo os direitos humanos e a soberania popular, as liberdades dos modernos e os direitos dos antigos, a autonomia privada e a autonomia pública. A soberania popular serve para assegurar aos cidadãos a prerrogativa de serem simultaneamente autores e destinatários dos direitos fundamentais. Na visão habermasiana de sociedade democrática, a garantia dos direitos humanos pressupõe o reconhecimento concomitante dos valores inerentes à identidade cultural da comunidade histórica à qual pertence o beneficiário dos direitos.

É por força da soberania popular que os cidadãos escolhem seus representantes democraticamente por meio de eleições, porém não se pode permitir que os representantes do povo se sobreponham ao próprio povo, pois a soberania popular deve prevalecer.

Os Poderes estatais estão limitados pela supremacia da Constituição e pela soberania popular para proteger os cidadãos do risco de que em nome da representação popular se estabeleçam maiorias tirânicas.

Não se pode perder de vista que uma vez que a Constituição assegura que o poder pertence ao povo, não há que se falar em Poderes estatais soberanos, pois a soberania pertence ao povo e ao Estado.

Luís Roberto Barroso (2010, p. 89 e 90) ao explicar os motivos pelos quais a Constituição limita as maiorias atuais ensina:

[...] A Constituição de um Estado democrático tem duas funções principais. Em primeiro lugar, compete a ela veicular consensos mínimos, essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, e que não devem poder ser afetados por maiorias políticas ocasionais. [...]

Em segundo lugar, cabe à Constituição garantir o espaço próprio do pluralismo político, assegurando o funcionamento adequado dos mecanismos democráticos. [...] A Constituição não pode, não deve nem tem a pretensão de suprimir a deliberação legislativa majoritária. [...]

A Constituição é sem dúvida a maior expressão da soberania popular e o controle judicial de constitucionalidade quando exercido contra a maioria atual visa a defesa da maioria constitucional e da soberania popular.

Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 61), ao tratar da jurisdição consitucional, explica que:

Não obstante *contramajoritária* em relação aos atos do parlamento, a jurisdição constitucional não é antidemocrática, uma vez que sua autoridade lhe é confiada e assegurada pela vontade suprema do povo, para controlar não só a lisura do processo político em defesa das minorias, como também o respeito pelos valores substantivos consagrados no Estado Democrático. [...] (grifado no original).

Para José Afonso da Silva (2011, p. 119 e 120), o Brasil é um Estado Democrático porque adota o princípio majoritário, mas é ao mesmo tempo um Estado de Direito que prima pela supremacia da Constituição e pela proteção dos direitos fundamentais.

Essa necessidade de conciliar tais valores acaba por legitimar a atuação *contramajoritária* do Poder Judiciário.

### 6.3 Relação entre Princípio Contramajoritário e Controle de Constitucionalidade

O Poder Judiciário tem o poder de declarar a inconstitucionalidade das leis votadas pelo Poder Legislativo, bem como desconstituir atos normativos do Poder Executivo.

O controle judicial de constitucionalidade das leis é exercido contramajoritariamente, porque a lei declarada inconstitucional representa em tese a vontade majoritária.

Eis o pensamento de Lenio Luiz Streck (2009, p. 19 e 20):

A regra contramajoritária, desse modo, vai além do estabelecimento de limites formais às assim denominadas maiorias eventuais; de fato, ela representa a materialidade do núcleo político-essencial da Constituição, representado pelo compromisso – no caso brasileiro, tal questão está claramente explicitada no art. 3º da Constituição – do resgate das promessas da modernidade, que apontará, ao mesmo tempo, para as vinculações positivas (concretização dos direitos prestacionais) e para as vinculações negativas (proibição de retrocesso social), até porque cada norma constitucional possui diversos âmbitos eficaciais (uma norma pode ser, ao mesmo tempo, programática no sentido clássico, de eficácia plena no sentido prestacional ou servir como garantia para garantir o cidadão contra os excessos do Estado). Por isto, o alerta que bem representa o paradoxo que é a Constituição: uma vontade popular majoritária permanente, sem freios contramajoritários, equivale à *volonté générale*, a vontade geral absoluta propugnada por Rosseau, que se revelaria, na verdade, em uma ditadura permanente.

Não há dúvida, pois, que o Estado Constitucional representa uma fórmula de Estado de Direito, talvez a sua mais cabal realização, pois se a essência do Estado de Direito é a submissão do poder ao Direito, somente quando existe uma verdadeira Constituição esta submissão compreende também a submissão do Poder Legislativo [...] (grifado no original).

O controle judicial de constitucionalidade é uma forma de limitação do Poder Legislativo, pois nenhum Poder estatal é soberano e todos estão sujeitos a algum tipo de controle para que não violem a Lei Maior.

Marinoni (2011, p. 448), ensina que “a legitimação da jurisdição não pode ser alcançada apenas pelo procedimento em contraditório e adequado direito material, sendo imprescindível pensar em uma legitimação pelo conteúdo da decisão” e defende (2011, p. 456) ser necessário uma decisão pautada em “critérios objetivadores da identificação do conteúdo do direito fundamental e que se ampare em uma argumentação racional capaz de convencer”.

Outro argumento para legitimar a atuação contramajoritária do Poder Judiciário consiste na necessidade de que as crises de representatividade e de legalidade estabelecidas pela atuação dos Poderes Legislativo e Executivo sejam solucionadas não permitindo que princípios como o da supremacia da Constituição e o da soberania popular continuem a ser ignorados pelos membros de tais Poderes.

Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 442) ainda ensina que:

O debate em torno da legitimidade da jurisdição constitucional, ou melhor, a respeito da legitimidade do controle da constitucionalidade da lei, funda-se basicamente no problema da legitimidade do juiz para controlar a decisão da maioria parlamentar. Isso porque a lei encontra respaldo na vontade popular que elegeu o seu elaborador – isto é, na técnica representativa. Por outro lado os juízes, como é sabido, não são eleitos pelo povo, embora somente possam ser investidos no poder jurisdicional através do procedimento traçado na magistratura de 1.º grau de jurisdição – de lado outros critérios e requisitos para o ingresso, por exemplo no Supremo Tribunal Federal.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni (s.d.), a legitimidade da atuação contramajoritária do Poder Judiciário se justifica pelo fato dos juízes e tribunais atuarem em defesa dos direitos fundamentais.

Não se pode perder de vista que o sistema eleitoral brasileiro veda a participação de considerável parte da população no processo de escolha dos membros dos Poderes Legislativo e Executivo e esta parte da população, que não pode ficar a mercê das maiorias ocasionais, necessita do amparo do Poder Judiciário.

Para José Afonso da Silva (2011, p. 130):

A questão dos princípios da democracia precisa ser reelaborada, porque, no fundo, ela contém um elemento reacionário que escamoteia a essência do conceito, mormente quando apresenta a *maioria* como princípio do regime. Maioria não é princípio. É simples técnica de que se serve a democracia para tomar decisões governamentais no interesse geral, não no interesse da maioria que é contingente. O interesse geral é que é permanente em conformidade com o momento histórico. É certo também que, na democracia representativa, se utiliza também a técnica da maioria para a designação dos agentes governamentais. Mas, precisamente porque não é princípio nem dogma da democracia, senão mera técnica que pode ser substituída por outra mais adequada, é que se desenvolveu a da representação proporcional, que amplia a participação do povo, por seus representantes, no poder. Mesmo assim o elemento maioria é amplamente empregado nos regimes democráticos contemporâneos. Uma análise mais acurada, porém, mostra que essa maioria, representada nos órgãos governamentais, não corresponde à maioria do povo, mas a uma minoria dominante. Esta situação fica muito clara no processo de formação das leis, que é aspecto importante de regime político, notadamente nas estruturas

sociais divididas em classes de interesses divergentes, onde dificilmente se consegue atinar com o que seja o interesse geral. Aí é que as leis exercem um papel de arbitragem importante, nem sempre mais democrático, porque no mais das vezes, tem por interesse geral o da classe dominante. [...] (grifado no original).

As leis ou os atos normativos contrários a Constituição não podem ser mantidos somente por força do princípio majoritário.

A atuação contramajoritária do Poder Judiciário, segundo Estefânia Maria de Queiroz Barboza (s.d.), se justifica pelo maior preparo dos tribunais em relação aos membros dos demais Poderes para tratar de direitos fundamentais, além de serem imparciais por não estarem sujeitos a pressão de “grupos politicamente poderosos”.

O Poder Judiciário zela pelo respeito à supremacia da Constituição e quando o uso abusivo do princípio majoritário viola tal supremacia, se faz necessária uma atuação contramajoritária por meio do controle judicial de constitucionalidade.

## 7 CONCLUSÃO

É inegável que o Direito Constitucional apresenta uma importância cada vez maior para o ordenamento jurídico pátrio, tanto é assim que fenômenos como a constitucionalização do direito e o neoconstitucionalismo estão se fortalecendo com o tempo.

O presente trabalho vislumbra uma forte tendência do Poder Judiciário brasileiro pautada numa atuação contramajoritária em nome da supremacia da Constituição, da proteção aos direitos fundamentais e da soberania popular.

A proteção aos direitos fundamentais é tão importante que o § 3º do artigo 5º da Constituição Federal prevê a possibilidade dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos serem equivalentes às emendas constitucionais, desde que aprovados nos termos do referido parágrafo.

Isto mostra que a tendência é uma valorização dos direitos e garantias fundamentais que não podem depender da vontade do legislador ordinário, cabendo não apenas o controle de constitucionalidade, mas também a figura do controle de convencionalidade das leis e atos normativos do poder público.

A Constituição Federal é a Lei Suprema do Brasil que adota um regime democrático fundamentado na soberania popular e voltado para a defesa dos direitos fundamentais.

A importância de tal estudo para o meio acadêmico é notória, uma vez que consiste no futuro do sistema judicial pátrio que vislumbra a permanência da postura ativista do Judiciário brasileiro para a contenção dos demais Poderes e proteção das garantias constitucionais.

O papel do Poder Judiciário no atual cenário político brasileiro consiste em corrigir a crise de representatividade e de legalidade estabelecida pela atuação, muitas vezes imoral, dos Poderes Legislativo e Executivo que no mais das vezes não cumprem seu dever de representar a vontade do povo.

O ativismo judicial se estabelece por meio da lacuna causada pela depreciação ética e funcional do Poder Legislativo que desvirtua suas funções ao legislar em interesse próprio ou de minorias elitizadas.

As súmulas vinculantes se encaixam neste contexto, uma vez que visam preencher as lacunas normativas deixadas pelo Legislativo, bem como dirimir a crise de incerteza existente em relação ao referido Poder.

O Poder Judiciário por meio de mecanismos como os precedentes, as súmulas vinculantes e o controle judicial de constitucionalidade está cada vez mais fortalecido e é imprescindível que essa ascensão judiciária seja acompanhada não apenas pelos acadêmicos e profissionais do direito, bem como por todo o povo que será diretamente afetado por tal fortalecimento.

O princípio contramajoritário não fere os princípios majoritário e da separação de Poderes, não constitui abuso de poder por parte do Poder Judiciário e sequer é antidemocrático, pois visa proteger o mais democrático dos institutos do Estado brasileiro, qual seja a sua Constituição Federal.

Entretanto, deve-se ter em mente que o Judiciário, assim como o Legislativo e o Executivo, tem sua atuação limitada pelo texto constitucional e, por isso, necessário se faz para a correção da imoralidade dos demais Poderes que outras medidas sejam implantadas até mesmo para que seja mantido o equilíbrio entre os Poderes estatais e a não se comprometa a moralidade do Judiciário.

O fortalecimento do Poder Judiciário é indiscutível, resta saber agora os rumos que o Brasil tomará diante desta nova realidade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Vicente Paulo de. **Ativismo judicial**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19512/ativismo-judicial/1>>. Acesso em: 29 set. 2011.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Verbatim, 2011. 576 p. ISBN 978-85-02-09175-7

ARTEIRO, Rodrigo Lemos. **O Trâmite Procedimental da Súmula Vinculante e seu controle de Constitucionalidade sob a Égide da Emenda**. Disponível em: <[http://www.cursofmbsalvador.com.br/artigos/FMB\\_Artigo0036.pdf](http://www.cursofmbsalvador.com.br/artigos/FMB_Artigo0036.pdf)>. Acesso em: 24 set. 2011.

AUAD, Denise. **Mecanismos de participação popular no Brasil: plebiscito, referendo e iniciativa popular**. Disponível em: <[http://www.unibero.edu.br/download/revistaeletronica/Set05\\_Artigos/DIR\\_PROF%20DENISE\\_OK.pdf](http://www.unibero.edu.br/download/revistaeletronica/Set05_Artigos/DIR_PROF%20DENISE_OK.pdf)>. Acesso em: 12 out. 2011.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **A legitimidade democrática da jurisdição constitucional na realização dos direitos fundamentais sociais**. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde\\_arquivos/1/TDE-2006-01-11T124244Z-268/Publico/Estefania%20Dto.pdf](http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2006-01-11T124244Z-268/Publico/Estefania%20Dto.pdf)>. Acesso em: 14 out. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 452 p. ISBN 978-85-02-09126-9

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art04102005.htm](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art04102005.htm)>. Acesso em: 12 out. 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 703 p. ISBN 85-02-02173-7

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 550 p. ISBN 978-85-7420-989-0

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. 835 p. ISBN 978-85-392-0065-8

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 17out. 2011.

BRASIL. Lei nº. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 11 nov. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm)>. Acesso em: 14 out. 2011.

BRASIL. Lei nº. 9.882, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 06 dez. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm)>. Acesso em: 14 out. 2011.

BRASIL. Lei nº. 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 20 dez. 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm)>. Acesso em: 14 out. 2011.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocesualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 527 p. ISBN 978-85-203-3563-5

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1984. 142 p.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: teoria do Estado e da constituição; direito constitucional positivo**. 17. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. 1356 p. ISBN 978-85-384-0155-1

COELHO, Luana Xavier Pinto. **Garantias procedimentais do princípio democrático**. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/36822/1>>. Acesso em: 08 out. 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle da constitucionalidade: teoria e prática**. 4. ed. rev. Salvador: JusPODIVM, 2010. 360 p. ISBN 978-85-7761-240-6

FERNANDO, Paulo. **Freios e contrapesos: (checks and balances)**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. 199 p.

GARCIA, Alexandre Navarro. **Democracia semidireta: referendo, plebiscito, iniciativa popular e legislação participativa**. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/sf/senado/unilegis/pdf/UL\\_TF\\_DL\\_2004\\_ALEXANDRE\\_NAVARRO\\_GARCIA.pdf](http://www.senado.gov.br/sf/senado/unilegis/pdf/UL_TF_DL_2004_ALEXANDRE_NAVARRO_GARCIA.pdf)>. Acesso em: 12 out. 2011.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito supraconstitucional: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 206 p. (Coleção direito e ciências afins ; 5) ISBN 978-85-203-3703-5

HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007. 491 p. ISBN 950-508-741-1

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Fabris, 1998. 576 p.

KELSEN, Hans. **A democracia**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993. 392 p. (Ensino Superior) ISBN 85-336-0212-X

LAMY, Marcelo. **Generalização dos efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade**. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/diretor/artigo\\_generalizacao.htm](http://www.esdc.com.br/diretor/artigo_generalizacao.htm)>. Acesso em: 16 out. 2011.

LEITE, Roberto Basilone. **A chave da teoria do direito de Habermas: direitos humanos e soberania popular**. Porto Alegre: Fabris, 2008. 176 p. ISBN 978-85-7525-464-6

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. 1196 p. ISBN 978-85-02-10568-3

MARINONI, Luiz Guilherme. **Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional**. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni\(8\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni(8)%20-%20formatado.pdf)>. Acesso em: 14 out. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 524 p. (Curso de processo civil ; 1) ISBN 978-85-203-3877-3

MATTOS, Karina Denari Gomes de. **Ativismo judicial: limites da criação judiciária no estado de direito**. Presidente Prudente, 2011. 97 f. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2011

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. 1616 p. ISBN 978-85-02-09033-0

OLIVEIRA, André Valdi de. **Formas de Governo e Formas de Estado**. Disponível em: <<http://www.coladaweb.com/historia/formas-de-governo-e-formas-de-estado>>. Acesso em: 08 mar. 2011.

OLIVEIRA, Erival da Silva. **Direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Premier Máxima, 2009. 192 p. (Elementos do direito ; 1) ISBN 978-85-203-3484-3

PINHEIRO, Victor Marcel; DA SILVA, Virgílio Afonso. **O STF como legislador negativo**. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/90\\_Victor%20Marcel%20Pinheiro.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/90_Victor%20Marcel%20Pinheiro.pdf)>. Acesso em: 29 jul. 2011.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Da organização do Estado, dos poderes e histórico das constituições**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 205 p. (Coleção sinopses jurídicas; 18) ISBN 978-85-02-10628-4

SCHMIDT, Eberhard. **Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal**. Córdoba: Lerner, 2006. 356 p. ISBN 987-1153-33-3

SILVA, Francisco A. da. **História Integrada**. Coleção Objetivo. Sistema de Método de Aprendizagem. S.d. 244 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011. 926 p. ISBN 978-85-392-005-9

SILVA, José Afonso da. **O sistema representativo e a democracia semi-direta: democracia participativa**. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/345/3.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2011.

SOUZA, Carlos Aureliano Motta de. **O papel constitucional do STF: uma nova aproximação sobre o efeito vinculante**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. 216 p. ISBN 85-7469-133-X

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de. **O Supremo Tribunal Federal e as questões políticas: o dilema brasileiro entre o ativismo e a autocontenção no exame judicial das questões políticas**. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. 166 p. ISBN 85-88680-77-7

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teoria discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 594 p. ISBN 978-85-375-0561-8

TROTTA, Wellington. **Marx: a burocracia como essência do Estado**. Disponível em: <[http://www.achegas.net/numero/vinteeito/trotta\\_28.htm](http://www.achegas.net/numero/vinteeito/trotta_28.htm)>. Acesso em: 14 out. 2011.