

A LIMITAÇÃO DAS DECISÕES MAJORITÁRIAS PELA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Pedro Zinezzi Alves de Albuquerque Lima¹
João Victor Mendes de Oliveira²

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo realizar uma análise quanto aos aspectos compatíveis e conflitantes existentes entre a relação do universo democrático, pautado sobretudo na vontade de maioria, cuja máxima representatividade se encontra no ambiente político dos Poderes Legislativo e Executivo, e o universo da razão, pautado sobretudo na supremacia da lei, cuja máxima representatividade por sua vez se encontra no ambiente jurídico do Poder Judiciário, observando para tanto os Tribunais e Cortes Constitucionais, não tão somente no âmbito do sistema e modelo constitucional brasileiro, mas também nas demais democracias contemporâneas.

Palavras-chave: Democracia. Constitucionalismo. Tribunais Constitucionais. Modelos Constitucionais. Controle de Constitucionalidade. Vontade da Maioria. Supremacia da Lei.

1 INTRODUÇÃO

Ao passo que a humanidade vislumbrou os acontecimentos e horrores da Segunda Guerra Mundial, sobretudo aqueles atinentes a expansão e atuação de correntes ideológicas extremistas como o nacional-socialismo, concluiu-se acerca da necessidade de modelos constitucionais mais rígidos, no que se refere a proteção e promoção dos direitos fundamentais, bem como a formação e elaboração de sistemas de controle de constitucionalidade e Tribunais Constitucionais mais eficazes e autônomos, no que se refere a função de regular e limitar as decisões e atuações dos poderes políticos, como meio de preservação e proteção do próprio Estado democrático.

De certo modo, em um primeiro momento, a concepção daquilo que constitui o direito e o exercício da vontade da maioria, por meio das esferas políticas,

¹ Discente do 4º ano do curso de Direito, Turma 7º E, do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Zinezzi.Pedro@outlook.com

² Professor Assistente de Teoria Geral do estado no Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente”. Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná”(UENP). Advogado.

são institutos intimamente ligados e relacionados, visto o primeiro ser em sua origem, no ambiente democrático contemporâneo, produto direto do exercício legislativo constituinte, contudo, referida ligação deve ser restrita apenas ao mencionado primeiro momento, qual seja o de produção e criação do direito, sendo, a partir de então, esferas, desejavelmente e necessariamente, independentes e autônomas.

Desta maneira, é possível elaborar uma análise quanto as questões existentes da relação entre democracia e constitucionalismo, visto que, enquanto a democracia se encontra baseada, principalmente, no exercício do poder e prevalência da vontade da maioria, através da atuação dos poderes políticos, quais sejam o Legislativo e o Executivo, cabe ao constitucionalismo moderno, logo ao âmbito do direito, justamente impor limites as decisões majoritárias, sejam estes procedimentais ou substantivos, fazendo com que a transgressão aos referidos limites, sejam observadas, sanadas e reparadas através da atuação do Poder Judiciário, por meio dos Tribunais Constitucionais e demais órgãos jurisdicionais, pelo exercício do controle de constitucionalidade previsto no ordenamento jurídico pátrio, afim de se preservar os direito fundamentais e o próprio Estado democrático.

Mencionados órgãos jurisdicionais possuem sua competência e instrumentos de atuação, no âmbito do controle de constitucionalidade, definidos nas Constituições de seus respectivos países, dispondo, a depender do modelo constitucional adotado, bem como que se refere as matérias e direitos contemplados pela Carta Magna, de uma menor ou maior extensão do seu campo de atividade.

2 As Constituições modernas e suas classificações

Conforme anteriormente mencionado, é sabido ser a Carta Magna de um país instrumento consagrador da preservação e promoção, não tão somente das matérias atinentes aos direitos fundamentais e sociais, mas também aos regramentos de limitação a atuação dos poderes que constituem o Estado, como meio de resguardar a atuação harmônica, separada e independente desses referidos poderes, conforme preconiza o princípio de *trias política* ou tripartição dos poderes.

Consoante as regulações e limitações atinentes ao exercício dos poderes que constituem o Estado, quanto aos controles empregados nas decisões e deliberações dos poderes políticos, quais sejam o Legislativo e Executivo, vinculados a representatividade da vontade da maioria, surge o constitucionalismo como concepção inicialmente distinta de democracia.

Nesse sentido, ao passo que a democracia importa no exercício e prevalência incondicional da vontade da maioria, o constitucionalismo moderno preocupa-se, dentre outros fatores, com a limitação do poder, seja pela adoção de modelos constitucionais com processos de alteração mais rigorosos ou sistemas de controle de constitucionalidade autônomos de maior efetividade e amplitude. Conforme preconizou o filósofo Jon Elster:

“Constitucionalismo se refere aos limites sobre as decisões majoritárias; mais especificamente, a limites que são em algum sentido auto-impostos. Os limites podem tomar várias formas. Eles podem ser procedimentais ou substantivos; eles podem bloquear ou simplesmente diminuir o processo de mudança legislativa. (...) Como descrito neste volume, as Constituições servem a duas funções: elas protegem direitos individuais, e formam um obstáculo a certas mudanças políticas que poderiam ser levadas a cabo caso a maioria pudesse fazê-lo. A segunda função é servir de várias maneiras: declarando algumas mudanças inconstitucionais; fazendo o processo de mudança tão complicado que apenas algumas propostas vingarão (...).”³

No que se refere a concepção da relação entre democracia e constitucionalismo, conforme a definição de Nicola Matteucci:

“(...) doutrinas diversas, facilmente separáveis no plano puramente conceitual; mas não são doutrinas contraditórias, porque embora tenha havido no passado regimes constitucionais não democráticos, não conhecemos hoje outra forma possível de democracia senão a constitucional.”⁴

Sendo assim, podemos concluir quanto a essência de preservação da democracia pelo constitucionalismo moderno, operando os sistemas e métodos de controle dos poderes políticos, quais sejam o Legislativo e Executivo, vinculados a representatividade da vontade da maioria, e da constitucionalidade de seus atos e decisões como meio de proteção do próprio Estado democrático.

³ ELSTER, Jon. *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge University Press, Cambridge, 1.988, p, 4-5.

⁴ BOBBIO, Norberto. MATTEUCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Ed. Universidade de Brasília, Brasília, 1.986, p. 257.

Ademais, conforme raciocínio anteriormente mencionado, dentre as funções do texto constitucional, atinentes a limitação pela Constituição sobre as decisões majoritárias, exercidas por representação pelos referidos poderes políticos, se encontra a imposição de requisitos relativos ao grau de formalidade necessário para a realização de modificações em seu texto, surgindo então, a classificação constitucional quanto a mutabilidade.

2.1 Classificação das Constituições quanto a mutabilidade

A depender do modelo constitucional adotado, para que sejam realizadas alterações e modificações na referida Carta Magna, se fazem necessárias observações quanto aos requisitos objetivos e subjetivos atinentes a este processo, surgindo então a classificação quanto sua mutabilidade em super-rígida, rígida, semirrígida e flexível, modelos que a seguir serão brevemente analisados.

2.1.1 Constituição super-rígida ou imutável

Originado sobretudo do Pós-Segunda Guerra Mundial, mais especificamente na Alemanha Ocidental, este modelo constitucional, quanto ao processo de alteração e modificação da Carta Magna, reconheceu a necessidade da adoção de mecanismos extremamente rigorosos quanto a preservação dos direitos fundamentais e dos princípios do Estado democrático de direito.

Conforme Alexandre de Moraes preconiza em uma de suas obras:

“São imutáveis as constituições onde se veda qualquer alteração, constituindo-se relíquias históricas. Em algumas constituições, a imutabilidade poderá ser relativa, quando se preveem as chamadas limitações temporais, ou seja, um prazo em que não se admitirá a atuação do legislador constituinte reformador.”⁵

⁵ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. Ed. Atlas, São Paulo, 2.016, p. 62.

Ainda segundo Alexandre de Moraes, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988 poderia ser considerada super-rígida, contudo referido entendimento é minoritário:

“Ressalte-se que a Constituição Federal de 1.988 pode ser considerada como super-rígida, uma vez que em regra poderá ser alterada por um processo legislativo diferenciado, mas, excepcionalmente, em alguns pontos é imutável (CF, art. 60, § 4.º - cláusulas pétreas).”⁶

Logo, pode-se concluir que dentro desta classificação constitucional, ocorre a resguarda de direitos e princípios de qualquer supressão ou diminuição, intangíveis aos processos normais de decisão política.

2.1.2 Constituição rígida

Neste grupo classificatório se encontram as Constituições cujos processos de alteração devem, necessariamente, observarem a imposição de uma série de requisitos relativos ao grau de formalidade, ou seja, se fazem exigências dificultosas para a tomada de decisões constitucionais, em relação as deliberações ordinárias. Quanto este grupo constitucional, nos relata Gilmar Ferreira Mendes que:

“A estabilidade das normas constitucionais, em uma Constituição rígida, é garantida pela exigência de procedimento especial, solene, dificultoso, exigente de maiorias parlamentares elevadas, para que se vejam alteradas pelo poder constituinte de reforma. (...) A rigidez é atributo que se liga muito proximamente ao princípio da supremacia da Constituição. A supremacia fixa o *status* hierárquico máximo da Constituição no conjunto das normas do ordenamento jurídico. Essa superioridade se expressa na impossibilidade de o legislador ordinário modificar a Constituição, dispondo em sentido divergente do que o constituinte estatuiu. Se a Constituição pode sofrer transformações pela mesma maneira como se elaboram as demais leis, não se assegura a supremacia da Carta sobre o legislador ordinário”⁷

Acerca do tema, bem como do reconhecimento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988 como uma Constituição rígida, exemplifica Pedro Lenza:

⁶ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. Ed. Atlas, São Paulo, 2.016, p. 63.

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. Ed. Saraiva, São Paulo, 2.015, p. 63.

“A rigidez constitucional da CF/88 está prevista no art. 60, que, por exemplo, em seu § 2.º estabelece um *quórum* de votação de 3/5 dos membros de cada Casa, em dois turnos de votação, para a aprovação das emendas constitucionais. Em contraposição, apenas para aclarar mais a situação lembrada, a votação das leis ordinárias e complementares dá-se em um único turno de votação (art. 65), com *quórum* de maioria simples (art. 47) e absoluta (art. 69), respectivamente para lei ordinária e complementar. Outra característica definidora da rigidez da CF/88 está prevista nos incisos I, II e III do art. 60, que estabelecem iniciativa restrita: a) de 1/3, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; b) do Presidente da República; e c) de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela *maioria relativa* de seus membros, enquanto a iniciativa das leis complementares e ordinárias é geral, de acordo com o art. 61.”⁸

Trata-se de um grupo constitucional presente em Estados com ordenamentos jurídicos que visam assegurar direitos e princípios, inclusive aqueles atinentes a organização do poder, frente a imposição da regra da maioria, constituída pelas decisões políticas.

2.1.3 Constituição semiflexível ou semirrígida

Este grupo classificatório representa uma espécie de meio termo entre, as já vistas, Constituições rígidas e as Constituições flexíveis, que ainda veremos. Havendo uma mitigação, quanto ao grau de dificuldade dos procedimentos de alteração, dependendo da matéria vislumbrada. Nesse sentido, esclarece Alexandre de Moraes que as Constituições consideradas semiflexíveis ou semirrígidas, possuem matérias as quais poderão ser alteradas pelo processo legislativo ordinário, enquanto outras somente por um processo legislativo especial e mais dificultoso.⁹

A título de exemplo, em sua obra, Pedro Lenza nos traz a figura da Constituição de 1.824, do Brasil Império:

“O exemplo sempre lembrado é o da Constituição Imperial de 1.824, que, em seu art. 178, dizia: “É só Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos, e

⁸ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. Ed. Saraiva, São Paulo, 2.014, p. 102.

⁹ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. Ed. Atlas, São Paulo, 2.016, p. 63.

individuais dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, pode ser alterado, sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias.”¹⁰

Sendo assim, os processos modificativos estão intimamente relacionados e vinculados a matéria apreciada pelo dispositivo sob o qual recairá a alteração.

2.1.4 Constituição flexível

Nesse grupo constitucional, de um ponto de vista estritamente procedimental, se encontram os sistemas mais majoritários que constitucionais, não sendo necessariamente observados, na atuação dos poderes políticos, vinculados a representatividade da vontade da maioria, procedimentos dificultosos quanto a realização de alterações no texto constitucional.

Conforme definição de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

“A Constituição flexível é aquela que permite sua modificação pelo mesmo processo legislativo de elaboração e alteração das demais leis do ordenamento, como ocorre na Inglaterra, em que as partes escritas de sua Constituição podem ser juridicamente alteradas pelo Parlamento com a mesma facilidade com que se altera a lei ordinária.”¹¹

Sendo assim, referido grupo constitucional, no que se refere ao processo de modificação, adota procedimento único para qualquer formula normativa, seja uma lei ordinário ou complementar, ou mesmo emenda constitucional.

2.2 Controle de constitucionalidade

Conforme anteriormente observado, além das limitações atinentes ao exercício dos poderes que constituem o Estado, relativas a adoção de modelos

¹⁰ LENZA, op. cit., p. 102.

¹¹ PAULO, Vicentino. ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado. Ed. Método, Rio de Janeiro, 2.015, p. 17.

constitucionais mais rígidos quanto a modificação de seu texto, foram estabelecidos sistemas de controle de constitucionalidade, aos auspícios da justiça constitucional, como meio de proteger e resguardar a Carta Magna, compreendendo não tão somente as matérias, princípios e direitos fundamentais por ela contemplados, mas também a preservação do próprio Estado democrático.

Sendo assim, para que opere no Estado mecanismos de controle de constitucionalidade por meio de uma justiça constitucional, se faz necessária a adoção pelo mesmo, de uma Constituição rígida, visto ser as normas constitucionais objeto de parâmetro a ser observado na produção do direito ordinário, conforme pontuam Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

“(...) se a Constituição é do tipo rígida, há distinção hierárquica entre ela e as demais normas do ordenamento jurídico, estando ela em posição de superioridade relativamente a estas (que são, por isso, ditas infraconstitucionais ou subconstitucionais). A Constituição passa a ser o parâmetro para a elaboração de todos os demais atos normativos estatais, devendo estes respeitadas os princípios e regras nela traçados e o próprio processo constitucionalmente previsto para sua elaboração, sob pena de incorrer-se em insanável vício de inconstitucionalidade.”¹²

No mesmo sentido, quanto ao controle de constitucionalidade, este deve ser atribuído, por raciocínio lógico, a órgão distinto daqueles vinculados a produção normativa, como observam Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

“Ao mesmo tempo, para que se possa falar, efetivamente, em Estado de Direito, é necessário que exista pelo menos um órgão estatal independente do órgão encarregado da produção normativa, ao qual a própria Constituição atribua competência para verificação da conformidade das normas ordinárias com seus princípios e regras. (...) para que tenha efetivo sistema de controle de constitucionalidade dos comportamentos, leis e atos normativos ou concretos, faz-se insofismável a necessidade de que se determine quem é competente para analisar e decidir se houve ou não ofensa à Constituição, como também qual o processo que deve ser utilizado para se anular uma conduta ou ato inconstitucional. É a própria Constituição que estabelece os órgãos encarregados de exercer tais competências e procedimentos especiais, que variam de um regime constitucional para outro e consubstanciam o que denominamos controle de constitucionalidade.”¹³

Ademais, quanto ao controle de constitucionalidade e o exercício da justiça constitucional, devemos destacar três principais modelos, quais sejam o

¹² PAULO, Vicentino. ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado. Ed. Método, Rio de Janeiro, 2.015, p. 784.

¹³ Ibidem, p. 774-775.

modelo norte-americano, considerado difuso, o modelo austríaco, identificado como concentrado, e, por fim, o modelo misto ou eclético, que conjuga os dois anteriores.

2.2.1 Modelo norte-americano

O modelo norte-americano de controle de constitucionalidade tem seu desenvolvimento a partir da atuação da Suprema Corte Americana no célebre caso *Marbury vs Madison*, ao comando do *Chief Justice John Marshall*, que concretizou o entendimento, no âmbito da *common law*, que a competência quanto a análise da constitucionalidade de uma determinada lei se estende a todos os juízes, independente do grau de jurisdição.

Atinente ao referido modelo, Clémerson Merlin Cléve, em uma de suas obras, faz as seguintes considerações:

“Em primeiro lugar, diz-se que é difuso ou aberto porque todos os juízes e tribunais têm competência para negar aplicação de uma lei inconstitucional em um caso concreto submetido à sua apreciação, levando em consideração os precedentes vinculantes. É subjetivo ou concreto, porque busca a realização de direitos subjetivos, violados por uma lei inconstitucional, sempre num caso concreto submetido à apreciação judicial. É por via de exceção ou defesa, porque as partes se utilizam da questão constitucional como fundamento da sua pretensão jurídica. A decisão judicial, que declara incidentalmente a inconstitucionalidade da lei, não a expulsa da ordem jurídica, mas afasta a sua incidência naquele caso concreto.”¹⁴

Conforme nos traz Joaquim José Gomes Canotilho, no sistema difuso, a competência para fiscalizar a constitucionalidade das leis é reconhecida a qualquer juiz chamado a fazer a aplicação de uma determinada lei a um caso concreto submetido à apreciação judicial.¹⁵

Podemos concluir, que em sua essência, o controle de constitucionalidade difuso ou americano assegura a qualquer órgão judicial,

¹⁴ CLÉVE, Clémerson Merlin. Direito Constitucional Brasileiro. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2.014, p. 656. 2 v.

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Ed. Almedina, Coimbra, 2.010, p. 898.

incumbido de aplicar a lei a um caso concreto, o poder-dever de afastar a sua aplicação se a considerar incompatível com a ordem constitucional.¹⁶

Sendo assim, ao passo que qualquer órgão jurisdicional tem competência quanto o exercício de constitucionalidade para o caso concreto que se encontra em análise, a legitimidade para iniciar referido controle se estende a todas as partes do processo, nesse sentido esclarecem Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

“Como o controle de constitucionalidade incidental dá-se no curso de uma ação submetida à apreciação do Poder Judiciário, todos os intervenientes no procedimento poderão provocar o órgão jurisdicional para que declare a inconstitucionalidade da norma no caso concreto.

Dessa forma, têm legitimidade para iniciar o controle de constitucionalidade concreto: as partes do processo, os eventuais terceiros admitidos como intervenientes no processo e o representante do Ministério Público que officie no feito, como fiscal da lei (custos legis).

Ademais, o juiz ou tribunal, de ofício, independentemente de provocação, poderá declarar a inconstitucionalidade da lei, afastando a sua aplicação ao caso concreto, já que esses têm por poder-dever a defesa da Constituição.

Note-se que a declaração da inconstitucionalidade no caso concreto não está dependente do requerimento das partes ou do representante do Ministério Público. Ainda que estes não suscitem o incidente de inconstitucionalidade, o magistrado poderá, de ofício, afastar a aplicação da lei ao processo, por entendê-la inconstitucional.”¹⁷

Conforme anteriormente observado, referido controle busca afastar a aplicação de uma determinada lei inconstitucional no caso concreto, sendo uma questão incidental, acessória, portanto, os efeitos da decisão se restringem, via de regra, ao processo em análise, consoante Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

“A decisão só alcança as partes do processo porque no controle incidental o interessado, no curso de uma ação, requer a declaração da inconstitucionalidade da norma com a única pretensão de afastar a sua aplicação ao caso concreto. Logo, é somente para as partes que integram o caso concreto que o juízo estará decidindo, constituindo a sua decisão uma resposta à pretensão daquele que arguiu a inconstitucionalidade.

Com isso, a pronúncia de inconstitucionalidade não retira a lei do ordenamento jurídico. Em relação a terceiros, não participantes da lide, a lei continuará a ser aplicada, integralmente, ainda que supostamente esses terceiros se encontrem em situação jurídica semelhante à das pessoas que foram parte na ação em que foi declarada a inconstitucionalidade.

Assim, a pronúncia de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário na via incidental, proferida em qualquer nível, limita-se ao caso em litígio, no qual foi suscitado o incidente de constitucionalidade, fazendo coisa julgada apenas entre as partes do processo. Quer provenha a decisão dos juízes de primeira

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. Ed. Saraiva, São Paulo, 2.015, p. 1.049.

¹⁷ PAULO, Vicentino. ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado. Ed. Método, Rio de Janeiro, 2.015, p. 814.

instância, quer emane do Supremo Tribunal Federal ou de qualquer outro tribunal do Poder Judiciário, sua eficácia será apenas *inter partes*.”¹⁸

Em contrapartida ao controle de constitucionalidade difuso norte-americano, temos o modelo austríaco, idealizado por Hans Kelsen, conforme análise a seguir.

2.2.2 Modelo austríaco

Ao passo que o controle de constitucionalidade empregado na América do Norte é exercido na análise de um caso concreto por qualquer órgão jurisdicional, na Europa temos como expoente o modelo austríaco, intimamente ligado ao jurista e filósofo Hans Kelsen, criado em 1.920 por meio da Constituição Áustria, que determinava a exclusividade para o exercício do controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos a um Tribunal Constitucional, pretendendo-se não a resolução de um caso concreto, tal qual o modelo norte-americano, mas a anulação genérica das leis ou atos normativos incompatíveis com os preceitos constitucionais¹⁹

Entretanto, na Europa, a necessidade de existência de uma justiça constitucional capaz de exercer mecanismos de controle de constitucionalidade de modo autônomo, por meio da atuação dos Tribunais Constitucionais, se constatou com os evidentes acontecimentos e horrores da Segunda Guerra Mundial, sobretudo aqueles atinentes a expansão e atuação de correntes ideológicas extremistas como o nacional-socialismo, conforme salienta Alexandre de Moraes:

“No entanto, a consagração efetiva da necessidade de sujeição da vontade parlamentar às normas constitucionais, com a conseqüente criação dos Tribunais Constitucionais europeus, ocorreu após a constatação de verdadeira crise na democracia representativa e do conseqüente distanciamento entre a vontade popular e as emanações dos órgãos legislativos, duramente sentida durante o período nazista.

A inexistência de um controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e atos normativos e de mecanismos que impedissem a criação de uma ditadura da maioria auxiliou na criação do Estado Totalitário alemão, sem

¹⁸ PAULO, Vicentino. ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado. Ed. Método, Rio de Janeiro, 2.015, p. 824.

¹⁹ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 1.985, p. 288.

que houvesse quebra da legalidade formal, demonstrando a necessidade da adoção do *judicial review* pela Lei Fundamental alemã de 1949.”²⁰

Consoante, em análise histórica, o jurista alemão Otto Bachof afirmou que:

“(…) o facto de haver sido justamente um acto do legislativo – a chamada lei de autorização - que desarticulou (*aus den Angeln gehoben hat*) definitivamente, e sob uma aparência de preservação da legalidade, a Constituição da República de Weimar pode ter contribuído para dotar o Tribunal Constitucional Federal, como guarda da Constituição, de poderes extraordinariamente amplos precisamente face ao legislador.”²¹

A título de complementação Eduardo García de Enterría relata que:

“(…) o fracasso do sistema weimariano de justiça constitucional (especialmente visível no famoso juízo de 1932, sobre o chamado golpe de Estado do Reich contra a Prússia de Von Papen, legitimado nas Ordenações presidenciais autorizadas pelo famoso artigo 48 da Constituição), levou a República Federal alemã, surgida no segundo pós-guerra, sensibilizada pela perversão do ordenamento jurídico ocorrida no nazismo, a adotar, com algumas variantes importantes, o sistema kelsiano”.²²

Por fim, nesse sentido também nos relata Gilmar Ferreira Mendes em sua obra, ao realizar análise histórica acerca do tema:

“Terminado o conflito, a revelação dos horrores do totalitarismo reacendeu o ímpeto pela busca de soluções de preservação da dignidade humana, contra os abusos dos poderes estatais. Os países que saíram do trauma dos regimes ditatoriais buscaram proteger as declarações liberais das suas constituições de modo eficaz. O Parlamento, que se revelara débil diante da escalada de abusos contra os direitos humanos, perdeu a primazia que o marcou até então. A Justiça Constitucional, em que se viam escassos motivos de perigo para a democracia, passou a ser o instrumento de proteção da Constituição - que, agora, logra desfrutar de efetiva força de norma superior do ordenamento jurídico, resguardada por mecanismos jurídicos de censura dos atos que a desrespeitem. A Justiça Constitucional se alastrou pela Europa, na medida em que os seus países de democratizaram.”²³

Logo, após análise do contexto histórico e particularidades desse sistema, observa-se ser o controle de constitucionalidade exercido por um órgão

²⁰ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. Ed. Atlas, São Paulo, 2.016, p. 1.124-1.125.

²¹ BACHOF, Otto. Normas constitucionais inconstitucionais? Ed. Almedina, Coimbra, 1.994, p. 12.

²² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*. Ed. Civitas, Madri, 1.994, p. 59.

²³ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. Ed. Saraiva, São Paulo, 2.015, p. 47-48.

específico, qual seja, o Tribunal ou Corte Constitucional, sendo objeto de deliberação a lei ou ato normativo sob o qual paira suposta inconstitucionalidade. Nesse sentido salienta Gilmar Ferreira Mendes:

“Referido modelo adota as ações individuais para a defesa de posições subjetivas e cria mecanismos específicos para a defesa dessas posições, como a atribuição de eficácia *ex tunc* da decisão para o caso concreto que ensejou a declaração de inconstitucionalidade do sistema austríaco.”²⁴

Ao passo que no controle difuso a legitimação ativa se estende as partes relacionadas ao caso concreto, aqui, a propositura se encontra limitada aos órgãos ou entidades constitucionalmente legitimados, que irão propor ações individuais no órgão jurisdicional constitucional.²⁵

2.2.3 Modelo misto

O modelo misto congrega as características e particularidades existentes no modelo norte-americano, em que o controle de constitucionalidade ocorre de modo difuso, e o modelo austríaco, em que o controle de constitucionalidade é exercido de maneira concentrada.

No modelo misto o judiciário como um todo possui a função de realizar a proteção da Carta Magna, cabendo não tão somente aos órgãos jurisdicionais ordinários, em análise a um caso concreto, afastar a aplicabilidade de uma lei ou ato normativo declarado inconstitucional, visto também se reconhecer a competência de determinado órgão de cúpula para que sejam apreciadas ações diretas de inconstitucionalidade.

Conforme Gilmar Ferreira Mendes nos relata acerca do controle misto de constitucionalidade:

“(…) o controle misto de constitucionalidade congrega os dois sistemas de controle, o de perfil difuso e o de perfil concentrado. Em geral, nos modelos mistos defere-se aos órgãos ordinários do Poder Judiciário o poder-dever de

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. Ed. Saraiva, São Paulo, 2.015, p. 1.048.

²⁵ PAULO, Vicentino. ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado. Ed. Método, Rio de Janeiro, 2.015, p. 839.

afastar a aplicação da lei nas ações e processos judiciais, mas se reconhece a determinado órgão de cúpula - Tribunal Supremo ou Corte Constitucional - a competência para proferir decisões em determinadas ações de perfil abstrato ou concentrado. Talvez os exemplos mais eminentes desse modelo misto sejam o modelo português, no qual convivem uma Corte Constitucional e os órgãos judiciais ordinários com competência para aferir a legitimidade da lei em face da Constituição, e o modelo brasileiro, em que se conjugam o tradicional modelo difuso de constitucionalidade, adotado desde a República, com as ações diretas de inconstitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e representação interventiva) , da competência do Supremo Tribunal Federal”²⁶

Referido modelo é aplicado e contemplado pela Constituição Federal de 1.988, sendo o Brasil, um dos maiores exemplos e expoentes de sua aplicação.

3 CONCLUSÃO

Após análise de todo o exposto, podemos concluir que os meios empregados na limitação das decisões majoritária, sendo essas aquelas exercidas pelos poderes políticos, quais sejam o Legislativo e Executivo, através da jurisdição constitucional, em observância aos preceitos, direitos e princípios contemplados pela Carta Magna, não constituem um ato antidemocrático e ilegítimo do Poder Judiciário, mas sim um modo de preservação e promoção da própria democracia.

Sendo assim, ao concluirmos que não há democracia sem que esta seja uma democracia constitucional, a preservação da Constituição, por meio da jurisdição constitucional, através dos mecanismos e instrumentos previstos e legitimados pela mesma, deve ser entendida como meio de proteção da vontade da maioria que fora exercida em momentos constitucionais, em relação as vontades meramente governamentais exercidas através dos atos e decisões dos poderes políticos constituídos ordinariamente, mesmo que ainda com respaldo majoritário.

Trata-se da construção e elaboração de um Poder Judiciário atuante em nome da preservação e proteção do ambiente democrático, utilizando como parâmetro decisório os preceitos, direitos e princípios contemplados pela Carta

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. Ed. Saraiva, São Paulo, 2.015, p. 1.049.

Magna, elaborada essencialmente pelo legislador constituinte, no exercício das suas atribuições no âmbito da representatividade da vontade majoritária.

Como decorrência lógica, hoje se fala na existência de um controle de convencionalidade, sendo uma dupla checagem vertical, em que a legislação interna além de encontrar fundamento na Constituição, deve também estar amparada nos tratados internacionais. Nesta diapasão, seria dada uma nova competência aos tribunais constitucionais que, muito além de aplicarem o controle de constitucionalidade, devem zelar pela observância dos tratados internacionais de direitos humanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Ed. Almedina, Coimbra, 1.994.

BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira.** Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2.014.

BOBBIO, Norberto. MATTEUCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.** Ed. Universidade de Brasília, Brasília, 1.986.

BRASIL. Constituição (1.988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1.988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Ed. Almedina, Coimbra, 2.010.

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso.** 2.007 - Presidente Prudente, 2.007, 110p.

CLÉVE, Clémerson Merlin. **Direito Constitucional Brasileiro.** Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2.014. 2 v.

ELSTER, Jon. **Constitutionalism and Democracy.** Cambridge University Press, Cambridge, 1.988.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como norma y el tribunal constitucional.** Ed. Civitas, Madri, 1.994.

HESSE, Konrad. **Die Normative Kraft Der Verfassung.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Ed. Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1.991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Ed. Martins Fontes, São Paulo, 1.985.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático.** Ed. Saraiva, São Paulo, 2.014.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional.** Ed. JusPODIVM, Salvador, 2.016.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** Ed. Saraiva, São Paulo, 2.015.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** Ed. Atlas, São Paulo, 2.016.

PAULO, Vicentino. ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado.** Ed. Método, Rio de Janeiro, 2.015.