



Brasília | ano 51 | nº 202
abril/junho – 2014

O povo como guardião da Constituição

Estudo sobre a legitimidade do controle preventivo de constitucionalidade realizado pela Corte Constitucional brasileira

FAUSTO SIQUEIRA GAIA

Sumário

1. Introdução. 2. O poder do povo: o poder constituinte permanente. 3. Os princípios constitucionais da separação dos poderes e da democracia participativa. 4. O controle preventivo de constitucionalidade e instrumentos de legitimação. 5. Conclusão.

1. Introdução

A organização do Estado liberal moderno foi marcada pelo fenômeno do constitucionalismo, assentado essencialmente no modelo de Constituição escrita e rígida, no sistema de separação de poderes (considerados harmônicos entre si), e na limitação do poder estatal (FIORAVANTI, 2011, p. 85) diante da supremacia dos direitos fundamentais positivados.

O modelo constitucional oriundo das revoluções liberais do século XVIII sacramentou a ideia de uma lei fundamental como instrumento de limitação do poder, não obstante o embrião desse sistema limitativo do poder remontar à Magna Carta de 1215, conforme aponta Maurizio Fioravanti (2011, p. 47).

O titular do poder soberano do Antigo Regime, antes legitimado pela figura de Deus, e, assim, detentor de poderes soberanos e ilimitados, passa, ainda com representante diverso, no primeiro momento do constitucionalismo pós-revoluções liberais ocorridas na França e nos Estados Unidos da América, a ter o seu exercício limitado por um conjunto de

Fausto Siqueira Gaia é mestrando em Direitos e Garantias Constitucionais pela Faculdade de Direito de Vitória. Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região. Ex-Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região.

normas de maior envergadura hierárquica, de forma a assegurar os direitos de liberdade da ascendente classe burguesa.

O poder de autoconstituição pertence ao povo, representado por Biscaretti di Ruffia (1984, p. 37) como a congregação de pessoas com o sentimento de pertença a um determinado Estado nacional. A organização do Estado objetiva a realização do bem comum, tendo a Constituição papel fundamental nessa tarefa, seja como limitador de abusos de governantes, seja para proteger o próprio povo de suas paixões e de maiorias momentâneas.

Para tanto, o modelo de controle de constitucionalidade, decorrente do sistema de *checks and balances*, tanto o difuso quanto o concentrado, é um dos mecanismos constantes das Constituições hodiernas, dentre outros instrumentos, para a proteção dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos contra eventuais lesões constitucionais. O sistema de controle de constitucionalidade, conforme assinala Néelson de Sousa Sampaio (1954, p. 73), representa verdadeira garantia da rigidez da Constituição.

A ausência de limites ao Poder Legislativo à alteração constitucional revela, nas lições de Sampaio (1954, p. 73), que “as limitações estabelecidas pelo constituinte para o legislador ordinário não passariam de meras recomendações que poderiam ser transgredidas impunemente”.

Diretamente relacionado com o sistema de controle de constitucionalidade, o constituinte originário no Brasil elegeu o Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição.

O presente estudo tem por escopo analisar a existência de limites para o controle preventivo de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal, sob o viés da legitimidade, tendo em consideração as cláusulas pétreas da separação dos poderes e da democracia participativa.

Assim, é necessária a análise da legitimidade e dos limites das decisões tomadas no âmbito do controle preventivo de constitucionalidade pela Suprema Corte Brasileira em projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, a exemplo da recente decisão monocrática proferida em face de mandado de segurança preventivo contra ato de tramitação do Projeto de Lei nº 4.470/2012, que cria obstáculos para a criação de novos partidos políticos, considerando que o poder constituinte pertence ao povo, segundo as conclusões das teorias jusnaturalistas, decisionistas de Carré de Malberg e Georges Burdeau (SANTOS, 1980, p. 32, 43, 63, 68), ainda que cada qual apresente sustentáculos teóricos próprios.

Num primeiro momento, será analisada a evolução da organização do Estado, passando pela definição de quem deve ser o titular da guarda da Constituição, tendo como premissa que o poder constituinte legítimo pertence ao povo, conforme assenta Dalmo de Abreu Dallari (1984, p. 33).

Posteriormente, serão analisadas as influências dos axiomas primários da separação dos poderes e da democracia participativa no processo preventivo de salvaguarda constitucional, à luz da teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas, de modo a inquirir a existência de limites e a legitimação das decisões judiciais tomadas pelo Supremo Tribunal Federal no controle preventivo de constitucionalidade.

2. O poder do povo: o poder constituinte permanente

A história do constitucionalismo remonta ao próprio surgimento do Estado Nacional moderno, não obstante a ideia de Constituição, como mecanismo disciplinador das funções dos governantes, já ser apontada por Fioravanti (2011, p. 55) desde a antiguidade clássica. O

modelo fragmentário da organização social da Idade Média impedia o incremento das relações comerciais, o que, por consequência, limitava o desenvolvimento da burguesia comercial emergente.

A organização do Estado, num primeiro momento histórico, foi marcada pela centralização do poder nas mãos do rei, que detinha o poder soberano absoluto legitimado na figura de Deus. As revoluções liberais, que marcaram a história no século XVIII, revelaram uma mudança do paradigma constitucional, dada a ascensão da burguesia comercial e a estruturação estatal.

O elemento humano constituinte do Estado, o povo, assumiu nas revoluções liberais o papel nas frentes de batalha para a derrubada do regime absolutista, já que a classe burguesa, por si só, não seria capaz de alcançar seu intento, em virtude do reduzido número de seus integrantes frente aos exércitos e poderio bélico do rei.

Nesse novo modelo de organização do poder do Estado, foi necessária a utilização da figura do povo para derrubada do titular do poder e, posteriormente, como mecanismo de legitimação do governo recém instaurado. Nesse sentido, encontra eco a célebre frase “governo do povo, pelo povo, para o povo”, proferida por Abraham Lincoln no Discurso de Gettysburg.

Não obstante existirem vozes que sustentam que o povo foi utilizado de forma desvirtuada, como massa de manobra (MÜLLER, 2004, p. 22), nas revoluções liberais que promoveram ruptura do paradigma político absolutista, ou mesmo se se entender, consoante Ferdinand Lassalle (2010, p. 42) que a Constituição como produto do poder constituinte representa a soma dos reais fatores de poder de uma sociedade, não se pode olvidar que o povo, desde o primeiro momento do constitucionalismo moderno, é o titular do poder constituinte e que esse poder se manifesta de forma permanente mesmo após a elaboração da Carta Magna.

Embora seja hoje centralizado no elemento subjetivo constitutivo do Estado, o povo entendido por José Joaquim Gomes Canotilho (2011, p. 66) como “uma grandeza pluralística formada por indivíduos, associações, grupos, igrejas, comunidades, personalidades, instituições, veiculadores de interesses, ideias, crenças e valores, plurais, convergentes ou conflituantes” – o poder constituinte sofreu diversas variações ao longo da história do constitucionalismo.

Na França revolucionária, ele estava assentado na figura da nação, conforme se depreende da Constituição Francesa de 1791, em seu título terceiro, em que todo o poder dela emana. A nação, para Sieyès (1997, p. 56), é definida como “um corpo de associados que vivem sob uma lei comum e representados pela mesma legislatura”, cujo poder de autoconstituição e de auto-organização (SANTOS, 1980, p. 21) se dá de forma absoluta e soberana, inaugurando uma nova ordem jurídica.

No modelo constitucional brasileiro, as mulheres somente passaram a ter voz ativa na década de 30 do século passado, estando antes de tal marco temporal segregadas da participação política e, conseqüentemente, da participação na elaboração da Constituição.

Mesmo com a inclusão das mulheres no processo político brasileiro após 1932, a ideia de povo constituinte participativo em nenhum momento foi plural e democrática, já que estão excluídos desse processo aqueles que não detêm cidadania, bem como aqueles que, embora sejam juridicamente cidadãos, não encontram assegurados os direitos de voz e voto nos grêmios representativos.

No intento de resguardar os direitos das minorias sem representação ou apenas formalmente representadas contra as maiorias eventuais, o constituinte originário de 1988, seguindo o modelo de Hans Kelsen (2013, p. 238 *et seq.*), atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a tarefa de guardião formal da Constituição, sem prejuízo da possibilidade de os órgãos judicantes de grau inferior realizarem o controle incidental de constitucionalidade, quando do julgamento dos casos em concreto apresentados.

E essa atribuição de guardião formal da Constituição ao órgão judicante ocorreu em razão de ser o Judiciário um poder equidistante, livre das tensões entre os Poderes Legislativo e Executivo e que, segundo Kelsen (2013), “tal controle não deve ser confiado a um dos órgãos cujos atos devem ser controlados”, ao contrário do que sustenta Carl Schmitt (2007, p. 193 *et seq.*), para quem o chefe do Poder Executivo seria o idôneo guardião da lei maior do Estado, por ser detentor do poder neutral.

O poder constituinte não se exaure em um único momento histórico, mas realiza-se diuturnamente após a elaboração da Constituição e mantém-se latente. A participação popular nas eleições convocadas, o cumprimento espontâneo dos princípios e das normas por ela emanados, o não-exercício do direito à resistência revelam a eficácia das normas jurídicas extraídas do texto constitucional.

Além da participação política ativa e passiva popular no processo representativo, a aceitação e o cumprimento das decisões tomadas pela Suprema Corte brasileira revelam, em uma primeira análise, a permanência latente do poder constituinte, já que, à luz do artigo 1º, parágrafo único, da Constituição da República, todo poder emana do povo.

Sendo o Poder Judiciário um dos poderes da União, cujos membros não são eleitos pelo povo, sua legitimação dá-se apenas sob o viés formal, já que, com exceção da participação dos *amici curiae* no procedimento de controle abstrato de constitucionalidade, não há participação popular no processo decisivo do Supremo Tribunal Federal. Portanto, ainda que a Suprema Corte brasileira tenha sido escolhida pelo constituinte originário como guardião formal da Constituição, como emana do povo, esse Poder

deve ser considerado o guardião sob o aspecto material da lei maior.

Nesse sentido, a legitimidade do controle de constitucionalidade preventivo realizado pelo Supremo Tribunal Federal deve-se considerar que os projetos de lei em tramitação nas casas legislativas têm, em princípio, legitimação popular, já que os atores envolvidos na atividade legiferante são eleitos pelo povo e, portanto, revelam caráter representativo democrático. Negar a soberania popular representa a negação da própria democracia.

A seguir, serão analisados os fundamentos axiológicos envolvidos diretamente no controle preventivo de constitucionalidade, visto que o poder constituinte é permanente e tem como titular o povo.

3. Os princípios constitucionais da separação dos poderes e da democracia participativa

A Constituição da República de 1988, em seu Preâmbulo, faz menção ao pluralismo como atributo da sociedade brasileira. Mais à frente, o constituinte originário, por meio do parágrafo único do art. 1º, promove a renovação da ideia de que o poder emana do povo e que este pode ser exercido de forma direta ou indireta, mediante representantes eleitos.

Como já disse, a opção do legislador pelo Estado pluralista, que assegura a participação popular, representa a manifestação da democracia tomada na finalidade coletivista proposta por Luís Fernando Barzotto (2005, p. 33), pois não há que se falar em sua existência sem garantir a soberania da população na tomada das decisões fundamentais.

Seguindo a trilha democrática eleita pelo constituinte, como garantia dos direitos fundamentais individuais e sociais e do Estado Democrático de Direito, dentre outros prin-

cípios constitucionais, assegurou-se o axioma da separação dos poderes harmônicos entre si, cada um dos quais com competências e atribuições devidamente delimitadas no texto de maior dimensão hierárquico-normativa.

O princípio da separação dos poderes passou por diversas configurações, desde a sua elaboração pelo Barão de Montesquieu (2010, p. 187-195), embora haja vozes entre os teóricos constitucionalistas que consideram tal criação um mito, conforme lições de Canotilho (2011, p. 115):

“Foi demonstrado por Eisenmann que esta teoria nunca existiu em Montesquieu: por um lado, reconhecia-se ao executivo o direito de interferir no legislativo porque o rei gozava do *direito de veto*; em segundo lugar, porque o legislativo exerce vigilância sobre o executivo na medida em que controla as leis que votou, podendo exigir aos ministros conta da sua administração; finalmente, o legislativo interfere sobre o judicial quando se trata de julgar os nobres pela Câmara dos Pares, na concessão de amnistias e nos processos políticos que deviam ser apreciados pela Câmara Alta sob acusação da Câmara Baixa.”

Ainda que haja essa vertente que afasta a célebre obra de Montesquieu como cerne do princípio da separação dos poderes, não se pode deixar de considerar a sua efetiva contribuição no desenvolvimento do constitucionalismo moderno, visto que se trata de obra que sistematizou de forma originária os poderes do Estado, atribuindo-os a um membro ou grupo de pessoas específicas.

As funções executivo-administrativas, legiferantes e de aplicação das leis aos casos concretos e abstratos postos a julgamento – neste último caso inserem-se os processos envolvendo o controle concentrado de constitucionalidade – são atribuídas a Poderes harmônicos entre si. Esse sistema de divisão de poderes objetiva, sobretudo, que não haja a concentração do

poder político, e, conseqüentemente, sob o viés garantidor, impedir que o abuso do poder sobressaia em detrimento dos direitos e garantias fundamentais, como assinala Nuno Piçarra (1989, p. 13).

Não obstante a delimitação das competências e atribuições dos Poderes da República, o atual sistema constitucional, de forma a alcançar o equilíbrio entre eles, previu no próprio texto constitucional determinadas situações em que os Poderes possam, excepcionalmente, se imiscuir no campo de atribuições originalmente previstas, para servir como mecanismos de freios e contrapesos e, assim, evitar a supervalorização de um poder em face aos demais.

Nesse sentido, há a possibilidade do exercício do direito de veto pelo Presidente da República aos projetos de lei de elaboração do Poder Legislativo, a escolha dos membros dos tribunais superiores pelo chefe do Executivo (após sabatina no Senado Federal), a possibilidade de controle de constitucionalidade das leis ou atos normativos elaborados pelos Poderes Executivo e Legislativo pelo Poder Judiciário¹. Todos são exemplos de como o sistema de *checks and balances*² se manifesta no sistema constitucional brasileiro.

Tal princípio não deve ser analisado de forma isolada, sem se considerarem os demais princípios e as regras constantes do texto normativo constitucional, ainda mais se se considerarem os princípios da supremacia e da unidade da Constituição que devem nortear a atividade

¹ Nuno Piçarra (1989, p. 259) aponta que “o sistema de controles jurídicos constituiria o núcleo essencial do princípio da separação dos poderes no Estado de Direito contemporâneo”.

² A teoria dos *checks and balances* refere-se a uma evolução, inicialmente no modelo norte-americano, do princípio da separação dos poderes que, segundo Nuno Piçarra (1989, p. 18), se associou à doutrina da constituição mista, entendida, segundo o mesmo autor à página 20, como “distribuição do poder político pelas várias partes constitutivas da sociedade”.

hermenêutica do operador do Direito. Além do vetor principiológico da supremacia constitucional, assinala Pedro de Vega (1985, p. 15) que o Estado também se fundamenta em outro pilar, qual seja o princípio político democrático.

Nesse aspecto, para os fins a que objetivamos no presente estudo, não se pode olvidar o princípio da democracia participativa, decorrente da soberania popular e da dignidade da pessoa humana, elevadas pelo constituinte de 1988 à categoria de fundamentos da República, em seu artigo 1º, incisos I e III, consoante apontamentos de Paulo Bonavides (2008, p. 28):

“(…) portanto, a justiça incorporadora de todas as gerações de direitos fundamentais; da primeira à segunda, da segunda à terceira e desta à quarta, passando pelos direitos civis e políticos, pelos direitos sociais, pelo direito dos povos ao desenvolvimento, até alcançar, com a democracia participativa, onde têm sede os direitos de quarta geração – sobretudo o direito à democracia – um paradigma de juridicidade compendiado na dignidade da pessoa humana.”

O princípio da democracia participativa deve ser analisado sob duplo aspecto. O primeiro viés, que não nos interessa diretamente no presente estudo, diz respeito à participação popular, por meio dos instrumentos elencados no art. 14 da Constituição Cidadã, como expressão do exercício da soberania, como o plebiscito, referendo e a iniciativa popular. O princípio democrático também se revela por meio da garantia da participação efetiva da população no processo de tomadas de decisões fundamentais do Estado, colaboração ativa que deve ser franqueada nos três Poderes, já que o poder soberano pertence ao povo. É o chamado exercício democrático do poder.

David Held (2012, p. 339), ao tratar da democracia deliberativa, pondera que os problemas complexos da sociedade podem ser

resolvidos por meio do compartilhamento do conhecimento. Discorre o professor de Ciências Políticas da London School of Economics and Political Science que “ao compartilhar informações e conhecimento, a deliberação pública pode mudar as ideias das pessoas e melhorar sua forma de entender os problemas complexos”³.

A participação popular, embora visível nos poderes Executivo e Legislativo, também é observada no Poder Judiciário, embora com menor frequência, principalmente em razão do processo de recrutamento dos seus membros que, diferentemente dos demais poderes, não são eleitos pelo povo, mas sim escolhidos no primeiro grau de jurisdição pelo critério da meritocracia, após a prévia submissão a concurso público de provas e títulos.

O exercício democrático do poder, junto ao Poder Judiciário, manifesta-se por meio de instrumentos, como, por exemplo, o *amicus curiae*, dentro do controle repressivo abstrato de constitucionalidade, em que se permite a manifestação de órgãos e entidades quando a matéria discutida tiver relevância e houver representatividade dos postulantes.

Todavia, a participação democrática no exercício do poder judicante ainda é incipiente e, mesmo nos casos em que é expressamente prevista, como é a situação do *amicus curiae* positivado no artigo 7º, §2º, da Lei nº 9.868/1999, é feita de forma restrita, em virtude de inúmeros condicionantes impostos pela própria lei e pela jurisprudência da Suprema Corte brasileira⁴.

³ Tradução livre do autor no trecho da obra citada na nota de rodapé número 2. David Held (2012), na obra traduzida por María Hernández para o espanhol, afirma que “*En primer lugar, al compartir información y conocimientos, la deliberación pública puede cambiar las ideas de las personas y mejorar su forma de entender los problemas complejos*”.

⁴ A possibilidade de intervenção do *amicus curiae* está limitada à data da remessa dos autos à mesa para julgamento. Ao firmar essa orientação, o Tribunal, por maioria, desproveu agravo regimental interposto contra decisão que negara seguimento a ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB contra o art. 56 da Lei 9.430/96, o qual determina que as sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada passam a contribuir para a seguridade social com base na receita bruta da prestação de serviços, observadas as normas da Lei Complementar 70/91. Preliminarmente, o Tribunal, também por maioria, rejeitou o pedido de intervenção dos *amici curiae*, porque apresentado após a liberação do processo para a pauta de julgamento. Considerou-se que o relator, ao encaminhar o processo para a pauta, já teria firmado sua convicção, razão pela qual os fundamentos trazidos pelos *amici curiae* pouco seriam aproveitados, e dificilmente mudariam sua conclusão. Além disso, entendeu-se que permitir a intervenção de terceiros, que já é excepcional, às vésperas do julgamento poderia causar problemas relativamente à quantidade de intervenções, bem como à capacidade de absorver argumentos apresentados e desconhecidos pelo relator. Por fim, ressaltou-se que a regra processual teria de ter uma limitação, sob pena de se transformar o *amicus curiae* em regente do processo. Vencidos, na preliminar, os Ministros Cármen Lúcia, Carlos Britto, Celso de Mello e Gilmar Mendes, Presidente, que admitiam a intervenção, no estado em que se encontra o processo, inclusive para o efeito de sustentação oral. Ao registrar que, a partir do julgamento da ADI 2777 QO/SP (j. em 27.11.2003), o Tribunal passou a admitir a sustentação oral do *amicus curiae* – editando norma regimental para regulamentar a matéria –, salientavam que essa intervenção, sob uma perspectiva pluralística, conferiria legitimidade às decisões do STF no exercício da jurisdição constitucional.

A interpretação sistemática da Lei Maior impõe-se como medida do princípio da unidade da Constituição.

Desse modo, o intérprete não pode olvidar que, positivado o princípio da soberania popular, do qual decorre o princípio da democracia participativa, optou o constituinte originário pela participação efetiva do povo na vida política do País, inclusive no âmbito dos três Poderes, independentes e harmônicos entre si, já que o poder advém desses componentes subjetivos constitutivos do Estado.

4. O controle preventivo de constitucionalidade e instrumentos de legitimação

Os atributos da rigidez e da força normativa (HESSE, 1991, p. 16) são essenciais no modelo constitucional, que adota o sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, considerando o fato de que as normas de hierarquia inferior retiram seus fundamentos de validade das normas definidas no texto constitucional.

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, de influência essencialmente norte-americana e austríaca, adotou o sistema misto de aferição de validade constitucional, outorgando tanto aos juízes singulares e de tribunais, quanto à Corte Constitucional a tarefa de realizar a filtragem de validade da norma. Conjugaram-se, então, no sistema constitucional brasileiro os sistemas difuso e concentrado de controle de constitucionalidade.

Diante do caso concreto posto, deverá o magistrado, em face da inconstitucionalidade da norma incidente no caso em julgamento, afastar a sua aplicação se houver vício de validade constitucional. O julgamento *incidenter tantum* da validade constitucional da norma ou ato normativo, embora afastada a possibilidade de formação da coisa julgada, terá o

Observavam, entretanto, que seria necessário racionalizar o procedimento, haja vista que o concurso de muitos *amici curiae* implicaria a fragmentação do tempo disponível, com a brevidade das sustentações orais. Ressaltavam, ainda, que, tendo em vista o caráter aberto da causa petendi, a intervenção do *amicus curiae*, muitas vezes, mesmo já incluído o feito em pauta, poderia invocar novos fundamentos, mas isso não impediria que o relator, julgando necessário, retirasse o feito da pauta para apreciá-los. No mais, manteve-se a decisão agravada no sentido do indeferimento da petição inicial, com base no disposto no art. 4º da Lei 9.868/99, ante a manifesta improcedência da demanda, haja vista que a norma impugnada tivera sua constitucionalidade expressamente declarada pelo Plenário da Corte no julgamento do RE 377457/PR (DJE de 19.12.2008) e do RE 381964/MG (DJE de 26.9.2008). Vencidos, no mérito, os Ministros Marco Aurélio, Carlos Britto e Eros Grau, que proviam o recurso, ao fundamento de que precedentes versados a partir de julgamentos de recursos extraordinários não obstaculizariam uma ação cuja causa de pedir é aberta, em que o pronunciamento do Tribunal poderia levar em conta outros artigos da Constituição Federal, os quais não examinados nos processos subjetivos em que prolatadas as decisões a consubstanciam os precedentes. ADI 4071 AgR/DF, rel. Min. Menezes Direito, 22.4.2009. (ADI-4071)” (BRASIL, 2009).

condão de reconhecer, em grau de prejudicialidade, a não incidência da norma declarada inconstitucional ao caso em concreto. É a essência do controle difuso de constitucionalidade.

Associado ao sistema difuso de controle e sob influência do modelo austríaco, optou também o constituinte pelo controle concentrado de constitucionalidade realizado pela Corte Constitucional, onde a norma ou ato normativo, desvinculados do caso em concreto, podem ser abstratamente analisados quanto ao requisito de validade constitucional. A análise da norma em abstrato gerará, ao contrário do sistema difuso, a formação de coisa julgada material que terá efeitos *erga omnes* e vinculante aos demais órgãos judicantes.

O objeto do nosso estudo cinge-se ao controle concentrado de constitucionalidade, limitado ao controle preventivo de constitucionalidade, ou seja, o controle de validez da norma antes do seu aperfeiçoamento realizado pela Corte Constitucional, especialmente quanto ao aspecto da legitimidade da realização do controle.

Embora se assemelhe ao controle francês de constitucionalidade, o controle preventivo de constitucionalidade realizado pela Suprema Corte brasileira somente se parece com o paradigma europeu quanto ao momento de realização, já que em ambos o controle é realizado antes da entrada em vigor da norma ou ato normativo.

Diferem um do outro, entre outras características, pelo fato de o controle francês ser essencialmente político, dado que realizado pelo Conselho Constitucional, nos termos da Constituição de 1958 (CAPPELLETTI, 1984, p. 27), ao passo que o brasileiro pode ser político, como é o caso do veto ao projeto de lei que contenha norma inconstitucional, realizado pelo Presidente da República, nos termos do artigo 66, § 1º, da Constituição Cidadã, ou judicial, quando realizado pela Suprema Corte em sede de mandado de segurança impetrado por parlamentar no qual se questione a afronta da norma em elaboração a dispositivo constitucional ou no caso de inobservância do rito procedimental de tramitação do projeto de lei.

Ainda que o controle concentrado de constitucionalidade se dê, em regra, de forma repressiva, ou seja, após a entrada em vigor do ato normativo ou lei, o sistema preventivo de constitucionalidade tem-se apresentado cada vez mais rotineiro, o que traz a discussão acerca da legitimidade do controle realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

A legitimidade das decisões judiciais proferidas em sede de controle preventivo de constitucionalidade deve ser analisada à luz dos princípios constitucionais da democracia participativa decorrente da soberania popular e da separação dos poderes. Nesse aspecto hermenêutico, a teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas reapresenta grande contribuição diante das inquietudes do operador do Direito, especialmente quando é

questionada a legitimação das decisões judiciais proferidas por órgãos cujos representantes não foram eleitos pelo povo, considerado neste estudo como o guardião material da Constituição.

Habermas (1989, p. 86) aponta que a validade da norma é decorrente do processo comunicacional, inspirado no princípio da universalização (princípio U) de cunho argumentativo. Tal princípio assim é tratado:

“Toda norma válida deve satisfazer à condição [de] que as consequências e efeitos colaterais que (previsivelmente) resultarem, para a satisfação dos interesses de cada um dos indivíduos, do fato de ela ser universalmente seguida, possam ser aceitas por todos os concernidos (e preferidos a todas as consequências das possibilidades alternativas e conhecidas de regragem)” (HABERMAS, 1989, p. 86).

Portanto, para que haja a validade deontica, é mister que ela seja produto da manifestação e da aceitação de todos os envolvidos; ou seja, deve haver a efetiva participação popular na elaboração das normas, como fruto dos princípios da soberania popular e da democracia participativa. Nesse aspecto, muito contribui a filosofia habermasiana, já que o espaço natural de discussão acerca da elaboração da norma é o Parlamento, composto por representantes eleitos pelo povo, como fruto da manifestação da soberania popular.

A validade da norma não prescinde da ampla discussão nos grêmios representativos da cidadania, onde os projetos de lei devem ser postos a votação após passarem por extenso processo de discussão entre os representantes do povo, sem falar na possibilidade de o *locus* permitir que os cidadãos participem ativamente por meio de contribuições na elaboração da norma. A manifestação dos representantes do povo confere legitimidade ao produto das deliberações legislativas, já que permite a todos,

inclusive às minorias representadas, discutir, em um ambiente de universalidade, as propostas envolvendo a confecção das normas de convívio social.

Nesse mesmo sentido, teoriza Habermas (1989, p. 9), quando da elaboração do princípio do discurso ou discursivo “D” (*Diskursgrundsatz*), em sua teoria do agir comunicativo:

“De acordo com a ética do Discurso, uma norma só pode pretender validade quando todos os que possam ser concernidos por ela cheguem (ou possam chegar), enquanto participantes de um Discurso prático, a um acordo quanto à validade dessa norma.”

O povo, como já se afirmou, é o guardião material da Constituição, já que todo o poder dele emana. Dessa forma, a possibilidade de o processo comunicacional gerar consensos confere legitimidade à norma resultante da participação de todos. O Parlamento é o espaço constitucional de discussão de projetos de lei, que, em caso de consenso ou maioria, regularão a vida em sociedade, agora sob a forma de leis em sentido amplo.

Pondera Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 9) que a revolução do Direito e da Justiça pressupõe uma democracia que contemple a “democratização do Estado e da sociedade”. Assim, a interrupção prematura do projeto de lei por meio do controle preventivo de constitucionalidade, ainda em fase de discussão nas casas do povo, deve ser feita com cautela, se se considerar que os membros da Suprema Corte brasileira são recrutados não pela via eletiva popular, possuindo mera legitimidade formal. Nesse mesmo sentido, aponta Nuno Piçarra (1989, p. 262) que o Poder Judiciário não detém a mesma legitimidade democrática que a do Parlamento.

A possibilidade de discussão plena dos projetos de lei no Parlamento – a exemplo do PL nº 4.470/2012, que cria restrições à criação

de novos partidos políticos no Brasil –, confere legitimidade material ao produto do processo legislativo, que pode ser, inclusive, a deliberação pelo arquivamento do projeto se se entender que há violação à cláusula pétrea ou a outro dispositivo constitucional.

Ainda que o projeto de lei em fase de discussão e de deliberação passe pelo crivo do controle de constitucionalidade realizado pela Comissão de Constituição e Justiça e venha, após o trâmite legislativo, a ser aprovado e, conseqüentemente, ser criada a lei disciplinadora da vida em sociedade, nada impedirá que o Supremo Tribunal Federal, após provocação dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, promova a verificação da validade constitucional da norma criada pelo Parlamento, agora diante do controle repressivo de constitucionalidade.

Inclusive, frise-se que poderá o relator conceder medida liminar, *ad referendum* do plenário, de modo a suspender no todo ou em parte o texto da norma criada e proteger, assim, as minorias contra as maiorias eventuais representadas nas Casas Legislativas.

Defende-se, pois, que o controle preventivo de constitucionalidade se deve operar de forma excepcional, sob pena de frustrar a possibilidade de discussão e elaboração dos representantes do povo, verdadeiro titular do poder do Estado e guardião material da Constituição, sem falar na possibilidade de violação da cláusula pétrea da separação dos poderes.

Somente se justifica a intervenção judicial no controle preventivo de constitucionalidade quando se reconhecer a violação de direito de parlamentar de participar das discussões envolvendo a tramitação do projeto de lei, ou mesmo quando o procedimento legislativo não for observado pelas Casas do Parlamento, pois assim se estaria, em última análise – ao arpejo da filosofia habermasiana –, impedindo a par-

ticipação da universalidade dos envolvidos e, conseqüentemente, a possibilidade de formação de consensos, necessários à validade da norma criada.

5. Conclusão

O sistema de controle de constitucionalidade das leis é um dos instrumentos postos pela Carta de 1988 para a proteção dos direitos e garantias fundamentais, o que representa a possibilidade de proteção das minorias contra as maiorias eventuais detentoras do poder.

No rol de princípios fundamentais do Estado brasileiro está o da soberania popular, donde decorre o princípio da democracia participativa, e o da separação dos poderes, independentes e harmônicos entre si. A garantia da independência entre os poderes, que pertencem ao povo, é mecanismo de salvaguarda da própria democracia.

A possibilidade de intervenção de um poder no outro, como é o caso do controle preventivo de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal em face de projetos de lei em tramitação no Parlamento, deve ser vista de forma excepcional, sob pena de permitir a um órgão sem legitimação popular pela via eletiva imiscuir-se no processo de discussão travado nas Casas do Parlamento, local constitucionalmente idôneo para a elaboração das regras de convívio em sociedade. A possibilidade de discussão da norma assegura, ainda que em uma análise perfunctória, a possibilidade de gerar consensos entre os envolvidos, conferindo, *a priori*, legitimidade ao produto da deliberação.

Permitir a interrupção da tramitação de projeto de lei, ainda em fase de discussão por aqueles eleitos pelo povo, implicará certamente o cerceamento da manifestação da soberania popular, quando essa cessação se der motivada pelo conteúdo em discussão.

Portanto, a interferência preventiva do Poder Judiciário deve-se dar em situações excepcionais, sob pena de pôr em risco a manifestação da soberania popular, por meio da democracia participativa.

Referências

- BARZOTTO, Luís Fernando. *A democracia na Constituição*. São Leopoldo: Unisinos, 2005.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo STF n. 543*. Brasília: STF, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 11. reimp. Coimbra: Almedina, 2011.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e constituinte*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.
- DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Direito constitucional: instituições de direito público*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2011.
- HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- _____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- _____. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.
- HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.
- HELD, David. *Modelos de democracia*. 3. ed. Madrid: Alianza, 2012.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo*. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. *Do espírito das leis*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.
- PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra, 1989.

SAMPAIO, Néelson de Sousa. *O poder de reforma constitucional*. Bahia: Livraria Progresso Editora, 1954.

SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. *Poder constituinte: a natureza e titularidade do poder constituinte originário*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: qu'est-ce que le tiers état?*. Tradução de Norma Azeredo. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente*. Madrid: Tecnos S.A., 1985.