

A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E A TEORIA DO PODER CONSTITUINTE.

Renato Bernardi ¹

Francis Pignatti do Nascimento ²

RESUMO

O presente artigo visa demonstrar a importância da Supremacia da Constituição frente à Teoria do Poder Constituinte. Discute os fundamentos da legitimidade do ordenamento jurídico, a partir da Teoria da democracia procedimental e participativa de Jürgen Habermas. Vários pontos importantes como: a Supremacia da Constituição Federal de 1988, a aplicabilidade do controle de constitucionalidade nas Súmulas Vinculantes pela Corte Constitucional, os riscos de limitações constitucionais face às gerações futuras. Nos casos em que a Constituição é rígida e formalmente escrita, tem-se como consequência a garantia da Supremacia da mesma, pois exige a criação de leis e atos normativos compatíveis com o que vem prescrito na Constituição. Assim, poderá ser feito um controle de constitucionalidade em razão das espécies normativas que sejam editadas em confronto com a carta magna. No Brasil a Constituição Federal é rígida e escrita e, portanto, é admitido o controle de constitucionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Federal. Supremacia da Constituição. Súmula Vinculante. Direitos. Lei Fundamental

ABSTRACT

This article aims to demonstrate the importance of the Constitution Supremacy in relation to Constituent Power Theory. It discusses the foundations of the legitimacy of the legal order, based on the theory of procedural and participative democracy of Jürgen Habermas. Several important points such as: the Supremacy of the Federal Constitution of 1988, the applicability of the constitutionality control in the Binding Summaries by the Constitutional Court, the risks of constitutional limitations in relation to future generations. In cases in which the Constitution is rigid and formally written, the consequence is the guarantee of the supremacy of the same, since it requires the creation of laws and normative acts compatible with what is prescribed in the Constitution. Thus, a constitutionality control can be made due to the normative species that are edited in comparison with the magna carta. In Brazil the Federal Constitution is rigid and written, and therefore, the constitutionality control is admitted.

KEYWORDS: Federal Constitution. Supremacy of the Constitution. Binding Summary. Rights. Fundamental Law.

¹ Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP; Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino – ITE (2003). É Coordenador do PROJURIS Estudos Jurídicos Ltda. Professor efetivo do curso de Pós-Graduação stricto sensu – Mestrado – e do curso de Graduação da Faculdade de Direito do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, Campus de Jacarezinho. Professor dos cursos de pós-graduação lato sensu – Especialização – do PROJURIS/FIO. Coordenador da Escola Superior da Advocacia (ESA) da 58ª Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) - Ourinhos/SP.

² Mestrando do Programa de Pós-Graduação STRICTO SENSU em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná na cidade Jacarezinho PR (2017). Especialista em Direito Empresarial pela Faculdade Damásio de Jesus em São Paulo. Especialista em Direito Público e Privado pela Faculdade Damásio de Jesus em São Paulo.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 é um marco da Democracia brasileira, um símbolo de respeitabilidade e garantia dos Direitos Fundamentais básicos de todo povo brasileiro, sendo responsável pela manutenção do Estado Democrático de Direito.

Estamos diante do Estado Constitucional, ou seja, aquele que enxerga os indivíduos em condições de igualdade, tanto na busca da execução como nas conquistas de seus direitos elementares, ou seja, nos deparamos com a Lei Fundamental de um país, criando-se uma estrutura de controle do Estado Garantidor.

A evolução do Direito caminha com aqueles que buscam a evolução natural. Direitos conquistados devem ser preservados, não sendo admitido o aniquilamento de direitos de já fora consolidados. Muitas lutas ocorreram para que os direitos de hoje fossem desfrutados, muito sangue foi derramado nas guerras constantes das garantias dos direitos fundamentais.

A diferenciação entre Poder Constituinte e Poder Legislativo ordinário ganhou importância e concretização na Revolução Francesa, nascendo na cultura europeia com Sieyes que foi um pensador e revolucionário francês do século XVIII. A grande contribuição de Sieyes foi estabelecer diferenciações entre o Poder Constituinte e o Poder Constituído.

O objetivo deste artigo é oferecer uma visão da Supremacia da Constituição frente à Teoria do Poder Constituinte, entendendo que o controle de constitucionalidade somente é possível em Constituições rígidas e flexíveis. A supremacia material se refere ao conteúdo material de uma Constituição, isto é, existe supremacia material apenas naquelas constituições flexíveis, ou costumeiras, onde os costumes e as leis constitucionais têm voz; por outro lado, num ponto de vista jurídico, só há que se falar em supremacia formal na Constituição rígida.

Ademais, as regras do jogo são estabelecidas pelo próprio Poder Constituinte, o qual possui absoluto poder de estabelecer as diretrizes deste Estado Soberano, sendo formalizado por meio da Constituição escrita. O presente debate é totalmente relevante ao mundo jurídico, em razão da necessidade de proteção dos direitos constitucionais e do reconhecimento de direitos localizados dentro do campo supraconstitucional, do qual nenhuma norma constitucional é capaz de limitar.

O Direito não se resume ao direito positivo, mas está essencialmente ligada a ideia do justo, do correto, do certo, do direito, face ao pensamento do Direito natural. É

necessário mencionar que o Poder Constituinte é ilimitado e que o Poder Constituído é limitado.

O Brasil por ter uma Constituição rígida tem esta como Lei fundamental, Carta Magna e guardiã suprema dos princípios e regras de nosso Estado. Toda autoridade só é constituída se a Constituição de 1988 assim legitimar. Também é evidente todas as normas que integram ou que venham a integrar a nossa ordenação jurídica só terão validade se confrontadas com a Constituição e por ela validada. No ponto de vista de Habermas a soberania popular e a ligação do sistema político às redes periféricas da esfera pública política implicam na imagem de uma sociedade ampla.

A metodologia utilizada neste trabalho foi através de pesquisa qualitativa em análises a bibliografias, artigos científicos e revistas.

1. A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

A Constituição Federal brasileira de 1988 representa uma das formas de expressão jurídica da mais ampla soberania popular e nacional do Brasil, sendo responsável pela manutenção do Estado Democrático de Direito.

É certo entendermos que os efeitos de submissão da Norma Constitucional afeta todos os brasileiros e abarca todas as instituições, gerando um poder de controle em face de todos independente de suas condições financeiras. Trata-se de Estado Constitucional aquele que visualiza os indivíduos em condição de igualdade na busca da execução e conquista dos seus direitos.

A Constituição Federal é a Lei Fundamental, na qual uma sociedade organizada restringe atos ou estabelece prestações Estatais, ou seja, prescrevendo deveres ou garantindo direitos, cria-se uma atmosfera de controle deste Estado Garantidor.

Neste diapasão ensina José Afonso da Silva (SILVA, 2002, p.41):

A constituição é algo que tem, como forma, um complexo de normas (escritas ou costumeiras); como conteúdo, a conduta humana motivada pelas relações sociais (econômicas políticas, religiosas, etc.); como fim, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e finalmente, como causa criadora e recriadora, o poder que emana do povo.

Os preceitos ou normas (regras e princípios), que integram a Constituição, encontram-se num grau hierarquicamente superior em face de todas as demais normas jurídicas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro. (CANOTILHO, 2007, p.92).

A supremacia constitucional é dividida em material e formal. A supremacia material se refere ao conteúdo material de uma Constituição, isto é, existe supremacia material apenas naquelas constituições flexíveis, ou costumeiras, onde os costumes e as leis constitucionais têm voz; por outro lado, num ponto de vista jurídico, só há que se falar em supremacia formal na Constituição escrita, quando for à regra da rigidez constitucional que esteja em vigor.

É necessário salientar que na Constituição Federal estarão presentes as diretrizes básicas do Estado Democrático de Direito, ou seja, o espírito do sistema jurídico brasileiro estará depositado em seu próprio texto constitucional.

Todas as pessoas públicas ou privadas estão submetidas a esta supremacia, de modo que não é possível admitir que uma lei incompatível com a Constituição, seja formal ou materialmente, possa ser aplicada.

Nas palavras de Hans Kelsen a Constituição encontra-se no ápice do sistema jurídico de um país, haja vista que uma norma jurídica para ser válida precisa buscar seu fundamento de validade em uma norma superior.

Neste sentido, todas as normas devem se adequar aos parâmetros constitucionais, sob pena de serem declaradas inconstitucionais, face o controle de constitucionalidade brasileiro que ocorre perante o Supremo Tribunal Federal.

A existência do Controle de Constitucionalidade pressupõe que haja uma ordem jurídica encabeçada por uma Constituição rígida, estando nela esquadrihados o conteúdo e o processo de elaboração das demais normas, bem como a estruturação e as normas fundamentais do Estado e a organização de seus órgãos.

A realização do Controle de Constitucionalidade pode ser feita tanto de forma preventiva como repressiva; bem como por todos os Poderes da República: Executivo, Legislativo e Judiciário.

Em sua obra Teoria Pura do Direito Hans Kelsen (KELSEN, 2009, p.246) ensina brilhantemente:

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da relação de dependência que resulta do fato de a

validade de uma norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra, e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental—pressuposta. A norma fundamental hipotética, nestes termos — é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.

Assim sendo, uma Constituição rígida como é o caso da Constituição Federal de 1988 "possui um processo de alteração mais dificultoso, mais árduo, mais solene do que o processo legislativo de alteração das normas não constitucionais" (LENZA, 2010, p. 195), de modo que a rigidez da Constituição é um pressuposto do Controle de Constitucionalidade, pois "se as leis infraconstitucionais fossem criadas da mesma maneira que as normas constitucionais, em caso de contrariedade ocorreria a revogação do ato anterior e não a inconstitucionalidade." (BARROSO, 2008, p. 23).

Nesse sentido, o renomado autor, José Afonso da Silva (SILVA, 2002, p.46) conceitua:

Nossa Constituição é rígida. Em consequência, 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.

Vale dizer ainda, com Zeno Veloso, que o controle de constitucionalidade "serve também como barreira para os excessos, abusos e desvios de poder, garantindo as liberdades públicas, a cidadania, os direitos e garantias fundamentais." (VELOSO, 2003, p.19).

A inconstitucionalidade da lei significa o rompimento da relação de compatibilidade com a Constituição.

Segundo Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2008, P.23):

A Constituição se revela suprema, sendo o fundamento de validade de todas as demais normas. Por força dessa supremacia, nenhuma lei ou ato normativo — na verdade, nenhum ato jurídico — poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição.

A Constituição Federal brasileira é a norma suprema do ordenamento do nosso país e mesmo as Constituições Estaduais, que detém sua parcela de supremacia, devem

observar a Constituição de 1988 em função do princípio da simetria, o qual "pressupõe um paralelismo, uma correspondência, entre a Constituição Federal e as diversas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas Municipais" (BUCK, 2015).

Conforme ensina José Joaquim Gomes Canotilho (CANOTILHO, 2007, p.969):

O Estado Constitucional democrático ficaria incompleto e enfraquecido se não assegurasse um mínimo de garantias e de sanções: garantias de observância, estabilidade e preservação das normas constitucionais, sanções contra atos dos órgãos de soberania e de outros não conformes com a constituição. A idéia de proteção, defesa, tutela ou garantia da ordem constitucional tem como antecedente a idéia de defesa do Estado, que, num sentido amplo e global, se pode definir como o complexo de institutos, garantias e medidas destinadas a defender e proteger, interna e externamente, a existência jurídica e fática do Estado. Desta forma, o objeto de defesa não é pura e simplesmente a defesa do Estado e sim da forma de Estado tal como ela é constitucionalmente formada.

Ensina Oscar Vilhena Vieira “Através das limitações constitucionais as gerações futuras terão resguardados seus direitos de se autogovernarem, frente às ameaças das gerações presentes de impor ideias absolutas que vinculem o futuro”. (VIEIRA, 1999, p.226)

Assim, aqueles direitos que possam ser moralmente reivindicados e racionalmente justificados, enquanto elementos essenciais à proteção da dignidade humana que habilitem a democracia, como procedimento para a tomada de decisão entre seres racionais, iguais e livres, devem ser protegidos como supraconstitucionais, estejam eles positivados por intermédio de normas constitucionais ou decorram dos princípios adotados pela Constituição ou, ainda, de tratados de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, o que é expressamente admitido pelo §2º, do art. 5º da Constituição (VIEIRA, 1999).

A Supremacia da Constituição Federal de 1988 é ponto fundamental do Estado Democrático de Direito, da qual decorre todo o Ordenamento Jurídico brasileiro, conduzindo as limitações impostas pelo texto constitucional. As limitações estabelecidas por esta norma constitucional não podem gerar “limitações absolutas” capazes de vincular e engessar as futuras gerações na reanálise daquilo que foi estabelecido no passado, haja vista que a dignidade da pessoa humana caminha dentro do campo “supraconstitucional”, do qual nenhuma norma constitucional é capaz de limitar.

Neste sentido, possuir “supremacia constitucional” não significa ser absoluto e vinculante para aquele que estão no futuro. Logo, os mortos não devem legislar absolutamente pelos vivos e os vivos deverão escolher o melhor caminho.

2. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

A Constituição Federal de 1988 é a norma “Suprema” do Brasil, encontrando-se num grau hierarquicamente superior face de todas as demais normas jurídicas que compõem o ordenamento jurídico.

Assim sendo, todas as vezes que existir uma incompatibilidade com a Constituição Federal será necessário controle de constitucionalidade. A Constituição Federal estabeleceu o modelo híbrido, mantendo os controles difuso e concentrado. O modelo difuso na atual Constituição Federal estabelece a possibilidade de apreciação da constitucionalidade por qualquer juiz no julgamento do caso concreto.

É necessário mencionar a cláusula de reserva de plenário, prevista no art. 97 da Constituição Federal:

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

E a possibilidade de suspensão pelo Senado, disciplinada no art. 52, inc. X: “Compete privativamente ao Senado Federal: X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Em relação ao controle concentrado, existe a representação interventiva, para os casos de intervenção da União nos Estados, à denominada ação direta de inconstitucionalidade interventiva, prevista no art. 36, III da Constituição Federal: “Art. 36. A decretação da intervenção dependerá: III – de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII”.

Como base no Princípio da Simetria encontramos a ação interventiva dos Estados nos municípios, a ser proposta no Tribunal de Justiça dos Estados, conforme art. 125, §2º:

Art.125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 2º - Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

Na ação direta de inconstitucionalidade existe uma representação genérica de inconstitucionalidade, constante do art. 102, I, a, cuja redação é:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

Com relação aos legitimados ativos da ação direta de inconstitucionalidade o rol encontra previsão no artigo 103, cuja redação é:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Previu a Constituição de 1988, uma ação direta de inconstitucionalidade fundada na omissão, cuja previsão decorre do art. 102, I, a (acima reproduzido), em conjunto com o art. 103, §2º:

Art. 103. (...) § 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providencias necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Já a Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), esta originariamente prevista no art. 102, parágrafo único: “Art. 102. (...) Parágrafo único. A

arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

Existe ainda um instrumento criado pela Constituição de 1988: o mandado de injunção, previsto art. 5º, LXXI:

Art. 5º. (...) LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Com a Constituição de 1988 temos uma consolidação de um sistema híbrido, como já mencionado com início deste capítulo.

Faz jus mencionar os ensinamentos de Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2008, p.182/183):

Constata-se, do breve relato empreendido, uma nítida tendência no Brasil ao alargamento da jurisdição constitucional abstrata e concentrada, vista por alguns autores como um fenômeno ‘inquietante’. Para tal direcionamento contribuiu, claramente, a ampliação da legitimidade ativa para ajuizamento da ação direta, além de inovações como a ação declaratória de constitucionalidade e a própria arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Assim sendo, o controle de constitucionalidade é o mecanismo utilizado para verificar possíveis incompatibilidades das demais normas face ao texto supremo constitucional. Todas as vezes que as normas não adequarem aos parâmetros constitucionais, passando por este controle de constitucionalidade, as mesmas serão declaradas inconstitucionais pela Corte Constitucional brasileira. A Supremacia da Constituição é elemento essencial do Estado Democrático de Direito, razão pela qual a inconstitucionalidade da lei significará rompimento da relação de compatibilidade do texto constitucional.

3. A SÚMULA VINCULANTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

O controle de constitucionalidade é mecanismo utilizado para verificar a incompatibilidade das demais normas com o texto constitucional, garantindo a Supremacia da Constituição Federal brasileira. Tendo em vista o caráter normativo da

súmula vinculante, o presente capítulo tem como finalidade refletir a possibilidade de Ação Direta de Inconstitucionalidade em face da mesma.

No ordenamento jurídico brasileiro, denomina-se súmula a interpretação pacífica ou majoritária adotada por um Tribunal a respeito de um tema específico, a partir do julgamento de diversos casos análogos, com a dupla finalidade tornarem pública a jurisprudência para a sociedade bem como de promover a uniformidade entre as decisões.

O instituto da Súmula Vinculante decorre da Emenda Constitucional 45, que acresceu o artigo 103-A da Constituição da República Federativa do Brasil, tendo seu regulamento outorgado pela Lei 11.417/2006. A Lei 11.417/2006 prevê a manifestação do Procurador-Geral da República antes de cada votação para edição, revisão ou cancelamento das súmulas vinculantes.

Havendo uma linha jurisprudencial amadurecida e preenchidos os demais requisitos o Supremo Tribunal Federal poderá editar uma súmula vinculante. Para criação da súmula vinculante o tema deve envolver matéria constitucional e possível insegurança jurídica, evitando efeito multiplicador de processos. Vejamos:

Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

§ 2º O Procurador-Geral da República, nas propostas que não houver formulado, manifestar-se-á previamente à edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante.

§ 3º A edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante dependerão de decisão tomada por 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária.

Em seu artigo 3º, encontramos os detentores de iniciativa de proposta de súmula vinculante, vejamos:

Art. 3º São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - o Procurador-Geral da República; V - o Conselho Federal da Ordem

dos Advogados do Brasil; VI - o Defensor Público-Geral da União; VII – partido político com representação no Congresso Nacional; VIII – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; IX – a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

§ 1º O Município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo.

§ 2º No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

O artigo 7º da Lei 11.417/2006 estabelece que caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, ressalvados, também, outros meios de impugnação, em caso de contrariedade à súmula vinculante:

Art. 7º Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.

§ 1º Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas.

§ 2º Ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.

Ademais, o controle de constitucionalidade servindo como barreira aos excessos e desvios de poder é um mecanismo garantidor, e tendo em vista o caráter normativo da súmula vinculante, ela poderia sim ser objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade. No entanto, a doutrina ainda é silente sobre essa possibilidade e a jurisprudência já sinalizou no sentido de utilizar outros mecanismos para a sua retirada do ordenamento jurídico, como o cancelamento e anulação, conforme dispõe a Lei 11.417/06 e o artigo 103-A da Constituição Federal.

Neste sentido, o cancelamento e a anulação da Súmula Vinculante esta prevista na Lei 11.417/06 e no próprio artigo 103-A do texto constitucional. O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou que a súmula convencional não possui as características de ato normativo (STF, ADI 594/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, plenário, DJ: 15/04/1994), ou seja, havendo a necessidade de se realizar o controle de constitucionalidade de uma

súmula, seja para adequá-la, seja para cancelá-la, deve-se foca o procedimento previsto na Lei n.11.417/06.

Faz jus salientar que o artigo 103-A §2 da Constituição Federal estabelece que à súmula vinculante é um instrumento de controle de constitucionalidade, segundo o qual a súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia das normas. Logo, o plano da validade é que se encaixa perfeitamente no controle de constitucionalidade.

Assim sendo, na prática o Supremo Tribunal Federal já adotou a possibilidade de se realizar o controle de constitucionalidade por meio do referido instituto, o que ficou bem realçado pelas súmulas vinculantes n.2, n.28, n.29. Estas evidenciam a possibilidade de o verbete vinculante servir como instrumento de controle de constitucionalidade, corroborando com a ideia aqui defendida.

4. TEORIA DO PODER CONSTITUINTE

A Supremacia da Constituição Federal de 1988 é demonstrada ao longo deste trabalho, comprovando a real necessidade de aplicação do controle de constitucionalidade em relação às incompatibilidades normativas face ao texto constitucional. É claro que mesmo as súmulas vinculantes são passíveis de Ação Direta de Inconstitucionalidade, ou seja, bastam produzirem efeitos normativos para incorrer na análise de compatibilidade com a Constituição Federal.

O Poder Constituinte nada mais é que o “Poder” de criar ou reformar uma Constituição, podendo elaborar a primeira ou uma nova Constituição para um Estado. Não restam dúvidas que o Poder Constituinte é ilimitado, ou seja, tudo pode como detentor deste poder supremo. Por outro lado, o Poder Constituído é limitado, possui regras estabelecidas pela própria Constituição.

A diferenciação entre Poder Constituinte e Poder Legislativo ordinário ganhou relevância na Revolução Francesa, com os pensamentos de Sieyes, que foi um grande revolucionário francês do século XVIII. Existia uma centralização de poder na França que naquela época possuía uma distinção de Primeiro Estado (clero), Segundo Estado (nobreza), e o Terceiro Estado (maioria fragilizada). Com os ideais revolucionários ficou estabelecido que o Poder Constituinte “era” o povo em sua totalidade, devendo o terceiro estado fazer parte da ordem política francesa. (VIEIRA, 1999, p.45/46)

Ademais, a elaboração da teoria do poder constituinte nasceu com Sieyes o qual dividia a teoria em dois momentos principais: 1) recorte de um poder constituinte da

nação entendido como poder originário e soberano; 2) plena liberdade da nação para criar uma constituição, pois a nação ao "fazer uma obra constituinte", não está sujeita a formas, limites ou condições preexistentes.

Para a teoria constitucional o principal legado de Sieyes foi demonstrar a necessidade de se separar o "poder constituinte" do "poder constituído" – poder este decorrente da Constituição e por ela limitado. (VIEIRA, 1999, p.46/47).

Na verdade, Sieyes faz ao mesmo tempo a desconstituição do poder e a reconstituição do poder político, atualizando para a realidade francesa da época as ideias liberais e econômicas de Adam Smith. A principal teoria de Adam Smith baseava-se na ideia de que deveria haver total liberdade econômica para que a iniciativa privada pudesse se desenvolver, sem intervenção do Estado. (SMITH, 1981, p.183/357).

Segundo Sieyes o objetivo ou o fim da Assembléia representativa de uma nação não pode ser outro do que aquele que ocorreria se a própria população pudesse se reunir e deliberar no mesmo lugar. Ele acreditava que não poderia haver tanta insensatez a ponto de alguém, ou um grupo, afirmar que os que ali estão reunidos devem tratar dos assuntos particulares de uma pessoa ou de um determinado grupo. (SIEYES, 1986, p.141/142)

A escola clássica francesa coloca que a Constituição é um documento que representa a vontade política do povo nacional, mas para que isso ocorra é necessário que exista uma Assembleia Constituinte representativa da vontade deste povo.

O poder constituinte derivado ou de reforma, divide-se em dois: o poder de emenda e o poder de revisão, enquanto o poder originário pertence a uma Assembleia eleita com finalidade de elaborar a Constituição. O poder de reforma por meio de emendas pode em geral se manifestar a qualquer tempo, sofrendo limites materiais, circunstanciais, formais e algumas vezes temporais. O poder de revisão em geral tem limites temporais, além dos limites circunstanciais, formais e materiais.

A Constituição Federal de 1988 possui previsão de revisão por uma única vez não podendo ocorrer de novo na Constituição atual, haja vista que estava prevista no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

O poder constituinte originário é o momento maior de ruptura da ordem constitucional, onde o poder de fato se instala, capaz de construir uma nova ordem sem nenhum tipo de limite jurídico positivo na ordem com a qual está rompendo, deixando no passado. É o momento de passagem do poder ao Direito.

O Direito não se resume ao direito positivo, mas está essencialmente ligada a ideia do justo, do correto, do certo, do direito, face ao pensamento do Direito natural. O

Direito é sinônimo de justo, e logo a lei positiva pode ou não conter o Direito, pois só será Direito se for uma norma justa. Somente processos democráticos dialógicos com ampla mobilização popular podem justificar uma ruptura.

O Direito não se encontra apenas no texto positivado (como no positivismo de Kelsen), ou na decisão judicial, mas na ideia de justiça dialogicamente compartilhada em processos democráticos de transformação social.

O Poder Constituinte decorrente é aquele poder constituinte decorrente da União, Estados membros e Municípios. Importante frisar que soberano é apenas o Estado Federal. Este poder constituinte decorrente, embora represente a manifestação de parcela de soberania, não é soberano, e por este motivo deve ser um poder com limites.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu limites materiais expressos e obviamente implícitos, deixando para o poder constituinte decorrente prever o seu funcionamento. Encontramos em vários momentos na Constituição Federal de 1988 limites do poder constituinte decorrente. Os limites expressos ocorrem todo momento que a Constituição distribui competências e normatiza condutas dos entes federados. Já os limites implícitos, são os princípios estruturantes e fundamentais da República Federativa do Brasil.

Foi com Sieyes que surge a ideia de poder constituinte, diferenciando este poder constituído, que não pode, na sua ação autônoma, atingir as leis fundamentais contidas na Constituição.

Logo, a vontade do poder constituinte deve emanar de mecanismos democráticos, que permitam que o processo de elaboração da constituição assim como de sua reforma, seja aberto à ampla participação popular, através de legítima pressão da sociedade civil organizada. Sabiamente, não pode uma minoria se sobrepor a vontade daqueles que gritam nas ruas ou no campo em busca dos seus direitos.

A Teoria do Poder Constituinte de Sieyes não resolve a questão da possível necessidade de correção ou aperfeiçoamento da constituição senão por intermédio de uma nova manifestação do poder constituinte soberano. Como a nação não pode comprometer-se consigo mesma, pode a qualquer tempo retomar sua função constituinte, que, na realidade, jamais abandonou.

Neste sentido, o Poder Constituinte iniciado por Sieyes deve ser entendido como amplo e ilimitado, capaz de estabelecer regras novas na condução e formação deste Estado. Já o Poder Constituído como limitado, prestador de regras e submisso ao que foi

previamente estabelecido se torna passível de análise de compatibilidade, onde se encontra com o controle de constitucionalidade.

5. O PODER CONSTITUINTE EM JÜRGEN HABERMAS

O Poder Constituinte é “Poder” absoluto de uma Nação. A Constituição Federal de 1988 é um marco importantíssimo, se não for o mais importante na nossa história recente, de um projeto que transcende ao próprio momento de promulgação da Constituição e que lhe dá sentido normativo. Claramente passamos de um Estado militarizado ao Estado Democrático de Direito, ou seja, uma ruptura do velho para o novo, no qual o poder constituinte que é absoluto cria o poder constituído que é limitado.

A teoria da democracia procedimental e participativa de Habermas e o efeito que a teoria da argumentação jurídica faz incidir sobre o exercício do poder político decisório no processo de regulação ou desregulação do Estado. Habermas parece seguir na direção daqueles que acreditam que o poder constituinte pode ocupar uma dupla posição, definindo-se tanto como manifestação política que integra o ato revolucionário da fundação, quanto como força social que permanece implícita, como tensão, no cotidiano do legislativo e do judiciário.

Faz jus salientar que Jürgen Habermas (HABERMAS, 1987) em sua obra propõe uma tentativa de reintroduzir uma forma de debate argumentativo na análise política. Os indivíduos no interior de uma esfera pública democrática, segundo Habermas, discutem e deliberam sobre questões políticas, adotam estratégias para tornar a autoridade política sensível às suas deliberações.

Existe uma relação entre participação e argumentação pública. Explora-se o conceito de publicidade dos atos administrativos estabelecido numa dinâmica que prevê no interior da política o exercício do poder político que não seja movido por interesses particulares nem pela tentativa de concentrar poder com o objetivo de dominar outros indivíduos.

Para a Teoria da Argumentação Jurídica existe uma dimensão argumentativa no interior da relação (Estado/sociedade) que está além do processo de formação da vontade geral. Na opinião de Habermas, os indivíduos nesse processo argumentativo não podem ser reduzidos à vontade da maioria, como queriam os anteriores, ou na representatividade de um só indivíduo na posição original como queria John Rawls.

O que se propõe é existência de uma mudança na concepção de maioria e de forma de decisão. O problema da legitimidade na política não estaria ligado apenas, ao problema da expressão da vontade da maioria, mas também a um processo de deliberação coletiva que contasse com a participação racional de todos os indivíduos possivelmente interessados ou afetados por decisões políticas.

Para a teoria de Habermas o modo de operar de um sistema político, constituído pelo Estado de direito, não pode ser descrito adequadamente, quando não se leva em conta a dimensão de validade do direito e a força legitimadora da gênese democrática do direito.

Assim como o poder em geral se manifesta na superioridade empírica do interesse mais forte, o poder do Estado se manifesta na estabilidade da ordem por ele mantida. Logo, a estabilidade vale como medida para a legitimidade, pois a legitimidade do Estado mede-se objetivamente no reconhecimento real por parte dos que estão submetidos ao seu comando.

Assim sendo, segundo a teoria normativa da democracia, são os próprios indivíduos que produzem a validade normativa, através de um ato de livre manifestação. A compreensão voluntarista da validade desperta uma compreensão positivista do direito: vale como direito tudo aquilo e somente aquilo que um legislador político, eleito conforme as regras estabelecem como direito.

Quando se pressupõe um conceito voluntário de validade normativa, a pretensão de validade das decisões da maioria não pode ser fundamentada apelando-se para o bem comum, como diziam Locke e Sieyes, para as vantagens coletivas ou para a razão prática, pois seriam necessárias medidas objetivas.

O que Habermas informa é que esse modo de interpretar a democracia tem consequências para o conceito de uma sociedade centrada no Estado, do qual procedem aos modelos de democracia tradicionais. Habermas justifica a institucionalização do poder constituinte, ou seja, supõe a institucionalização de formas de comunicação capazes de proporcionar a formação discursiva de uma vontade política racional.

As regras de formação dos compromissos devem assegurar a equidade dos resultados, que passam pelo direito igual e geral ao voto, pela composição representativa das corporações parlamentares, pelo modo de decisão, pela ordem dos negócios, fundamentos últimos dos direitos fundamentais liberais.

O ponto central do modelo liberal de democracia não envolve a autodeterminação democrática das pessoas que representam, e sim, na normatização

constitucional e democrática de uma sociedade econômica, a qual deve garantir um bem comum apolítico.

A soberania popular e a ligação do sistema político às redes periféricas da esfera pública política implicam na imagem de uma sociedade ampla. Esse modelo de democracia não precisa mais operar com os conceitos de uma totalidade social centrada no Estado.

Assim sendo, o Poder Constituinte na visão de Habermas deve ser entendido como manifestação política que integra o ato revolucionário da fundação e como força social que permanece implícita nas decisões cotidianas do legislativo e do judiciário, haja vista que a Teoria da democracia procedimental e participativa e o efeito que a Teoria da argumentação jurídica reflete sobre o exercício do poder político decisório como também no processo de regulamentação do Estado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A relevância da supremacia da Constituição Federal de 1988 frente ao ordenamento jurídico brasileiro se fundamenta no fato de que a Constituição é a norma mais rígida do ordenamento jurídico brasileiro.

A Constituição Federal é uma Constituição rígida devido ao processo solene, mas também pelo fato da Constituição Federal não admitir matérias que não sejam de conteúdo constitucional em seu texto constitucional. É necessário o controle de constitucionalidade para garantir a estabilidade de uma norma hierarquicamente superior dando fundamento de validade para as demais normas do ordenamento jurídico.

A Supremacia da Constituição é garantida quando se torna possível a realização de controle de constitucionalidade, desconsiderando aquilo que venha a ser contrário e conflitante aos fundamentos constitucionais. Por tal razão é totalmente possível controle de constitucionalidade de súmula vinculante tendo em vista seu caráter normativo.

A Teoria do Poder Constituinte de Sieyes mostra a amplitude e o alcance deste “Poder Constituinte” na formação do Estado, existindo o Poder Constituído que limitado e submisso se torna objeto de análise de compatibilidade. Fica evidente que o Poder Constituinte é muito maior ao que se pensa, sendo ele o responsável pela estruturação estatal.

Analisando a Supremacia da Constituição e a Teoria do Poder Constituinte conclui-se que existem direitos dotados de caráter supraconstitucional os quais não

sofrerão limitações constitucionais, ou seja, as normas supraconstitucionais são aquelas intocáveis pelas Constituições, por dizerem respeito a interesses maiores que os próprios interesses constitucionais e estatais. O Direito não se resume ao direito positivo, mas está essencialmente ligada a ideia do justo face ao pensamento do Direito natural.

Ademais, o Poder Constituinte na visão de Habermas deve ser entendido como manifestação política que integra o ato revolucionário da fundação e possui força social que permanece implícita nas decisões cotidianas. A Teoria da democracia procedimental e participativa e a Teoria da argumentação jurídica influencia o exercício do poder político decisório como também o processo de regulamentação deste Estado.

Assim, Habermas apesar do impacto de suas inovações, não se afastou inteiramente de pontos fundamentais da Teoria Pura, de modo que é possível identificar pontos de diálogo entre as teorias. O destaque à legalidade, a hierarquização das normas e a supremacia da Constituição são, exemplificativamente, alguns desses pontos fundamentais. Por fim, fica o entendimento certo que a Supremacia da Constituição esta intimamente ligada a Teoria do Poder Constituinte, devendo existir participação nas manifestações políticas como também participação na força social que permanece implícita no dia-dia, lembrando que a Constituição não é mais o repertório último dos direitos fundamentais, ao seu lado estão os tratados internacionais de direitos humanos.

REFERÊNCIAS:

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República federativa do Brasil de 1988**, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 18 set. 2017.

BRASIL. **Lei 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 União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 19 dez. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111417.htm. Acesso em 18 set.2017.

BUCK, Pedro. **As Entidades Componentes da Federação Brasileira: União Federal, Estados membro, Distrito Federal e Município**. Doutorando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. São Paulo. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 4ª Edição. Coimbra. Editora Coimbra. 2007.

HABERMAS, Jurgen. **Dialética e Hermenêutica Para a Crítica da Hermenêutica de Gadamer**. São Paulo. Editora LPM. 1987.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8ª Edição. Editora Martins Fontes. 2009.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 11ªed. São Paulo: Método, 2010.

SIEYES, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**. (Qui est-ce que le tiers Etat) organização e introdução de Aurélio Wander Bastos, tradução Norma Azeredo, Rio de Janeiro, Editora Líber Juris, 1986, pp. 141-142.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SMITH, Adam. **Riqueza das Nações**. 2ª edição. Hemus editora limitada, 1981.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. 3ª Edição. Editora Del Rey. 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de Justiça**. Editora Malheiros. São Paulo. 1999.