

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO

LEANDRO PEREIRA COLOMBANO

Soberania popular e supremacia constitucional: limites do controle judicial de constitucionalidade sobre emenda à Constituição do Brasil aprovada por referendo.

Brasília

2010

LEANDRO PEREIRA COLOMBANO

Soberania popular e supremacia constitucional: limites do controle judicial de constitucionalidade sobre emenda à Constituição do Brasil aprovada por referendo.

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público para obtenção do grau de Mestre em Direito Constitucional, sob orientação do Professor Doutor Paulo Gustavo Gonet Branco.

Brasília

2010

Sumário

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 - SOBERANIA POPULAR.....	14
1.1. Introdução	14
1.2. O conceito de soberania: soberania, poder e estado	14
1.3. O nascimento da ideia e o problema da titularidade do poder soberano	15
1.4. A legitimidade da teoria da soberania popular	31
CAPÍTULO 2 - DEMOCRACIA.....	35
2.1. O que é democracia: etimologia, origem e história.....	35
2.2. Dificuldades conceituais e princípios fundamentais	38
2.3. Democracia direta, democracia indireta e democracia semidireta	41
2.4. Características comuns às modernas democracias.....	49
2.5. A opção brasileira	50
CAPÍTULO 3 - REFERENDO	53
3.1. Etimologia.....	53
3.2. Origem	53
3.3. História do referendo no Brasil	55
3.4. Distinção entre referendo e plebiscito na doutrina e na legislação brasileiras	58
CAPÍTULO 4 - PODER CONSTITUINTE E CONSTITUIÇÃO	64
4.1. Origem e natureza do poder constituinte	64
4.2. Titularidade do poder constituinte.....	67
4.3. Modos de expressão do poder constituinte	68
4.4. Limites do poder constituinte	72
4.5. Tipos de poder constituinte.....	75
4.6. O conceito de Constituição.....	77
4.7. Vantagens da Constituição Escrita	79
4.8. Tipos de Constituição	81
4.9. Imutabilidade constitucional	84
4.10. Origem e definição das cláusulas pétreas	84

4.11. Cláusulas pétreas na Constituição do Brasil	87
CAPÍTULO 5 - CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE.....	92
5.1. Origem	92
5.2. Características do modelo norte-americano de controle de constitucionalidade	94
5.3. Características do modelo austríaco de controle de constitucionalidade	94
5.4. Modelos mistos de controle de constitucionalidade	96
5.5. O controle de constitucionalidade na Constituição brasileira de 1988	98
5.6. A justificativa do controle de constitucionalidade	101
5.7. Limites do controle de constitucionalidade	103
CONCLUSÃO	106
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	122

INTRODUÇÃO

A dissertação que se apresenta tem por objeto o estudo dos limites do controle judicial de constitucionalidade, como garantia do princípio da supremacia da Constituição - expresso pelas proibições de emenda dos incisos I a IV, do § 4º, do art. 60 da Constituição da República - frente ao princípio da soberania popular - declarado no parágrafo único, do seu art. 1º.

Se as proibições de emenda definem cláusulas pétreas imunes à ação do poder de revisão ou reforma constitucional, admite-se no Brasil o controle judicial de constitucionalidade inclusive sobre emendas à Constituição, o que não ocorre nos Estados Unidos da América, onde o *judicial review* incide apenas sobre leis e atos normativos inferiores à Constituição Federal, mas não sobre *amendments*.

Todavia, o que se pretende discutir neste trabalho é se as cláusulas de imutabilidade persistem quando o povo for chamado a participar diretamente do processo de reforma constitucional, intervindo diretamente no processo legislativo de criação da emenda.

O problema aqui tratado é, portanto, novo porque diz respeito à possibilidade do exercício de controle judicial de constitucionalidade sobre emenda à Constituição autorizada por referendo.

De fato, a doutrina e a jurisprudência nacionais ainda não enfrentaram os problemas decorrentes de controle de constitucionalidade de norma submetida ao crivo direto da vontade popular.

Deste modo, esta dissertação procura oferecer resposta à seguinte pergunta: pode o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade material de emenda à Constituição aprovada por referendo ou isto afronta o princípio constitucional da soberania popular?

Em outras palavras, fica também o povo sujeito às mesmas restrições impostas pelo poder constituinte originário ao Congresso Nacional ou está autorizado a reformar livremente sua Constituição?

Neste caso, a hipótese sustentada ao longo desta dissertação é a de que somente é admissível controle judicial de constitucionalidade se e somente se a vontade da maioria parlamentar ratificada pela vontade da maioria popular infringir algum dos dois princípios fundamentais sobre os quais se sustenta a ideia de Democracia: o princípio da isonomia e o princípio da liberdade.

Desta forma, o Judiciário está autorizado a declarar a inconstitucionalidade material de emenda à Constituição aprovada por consulta popular apenas se o seu conteúdo ameaçar a própria democracia, ofendendo a regra de igual proteção perante a lei ou cerceando liberdades fundamentais ao funcionamento do regime democrático.

O embasamento teórico desta hipótese, conforme fica evidente na conclusão, sustenta-se declaradamente na concepção *procedimentalista* de Democracia exposta originalmente por John Hart Ely na obra *Democracia e Desconfiança*, e encampada por Jürgen Habermas em *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*¹.

Por outro lado, o desenvolvimento deste trabalho se estrutura sobre três temas ou ideias centrais: a ideia de Soberania, a ideia de Democracia e a ideia de Constituição.

A cada um destes grandes temas foi dedicado um capítulo e, em outros dois, aborda-se os temas do referendo – ligado à ideia de Democracia - e do controle judicial de constitucionalidade – relacionado à ideia de Constituição.

No primeiro capítulo, examina-se a Soberania desde sua gênese histórica no Século XVI, com Jean Bodin, passando pelas teorias de Hobbes e Sieyès, até a concepção historicamente vitoriosa de soberania como soberania popular surgida em *O Contrato Social*, de Jean-Jacques Rousseau, em fins do Século XVIII. Ao final do capítulo, procurou-se

¹ Cf. referências bibliográficas ao final.

explicar porque a teoria da soberania popular legitimou-se a tal ponto de ser hoje praticamente a única aceita.

No segundo capítulo, trata-se do tema Democracia, a começar pela etimologia da palavra e as dificuldades de conceituá-la satisfatoriamente, examinando-se, também, a origem deste sistema de governo na Antiguidade Clássica, sob a forma de democracia direta, até se chegar ao modelo representativo atualmente dominante na maioria dos países; procura-se, ainda, explicar as características que marcam e diferenciam os três tipos de experiências democráticas: a democracia direta, a indireta ou representativa e a semidireta ou participativa.

Também se analisam, as condições empíricas necessárias ao funcionamento de um real Estado Democrático de Direito na atualidade; por fim, examina-se o tipo de democracia institucionalmente adotado pela Constituição brasileira de 1988.

Desdobramento do segundo, o terceiro capítulo é todo dedicado a um importante instituto da democracia participativa, que interessa diretamente a este trabalho: o referendo; subdividindo-se em Etimologia, Origem, História do referendo no Brasil e Distinção entre referendo e plebiscito na doutrina e na legislação brasileiras.

No quarto capítulo, tem lugar o tema da Constituição, a começar pelo estudo da natureza do poder constituinte, e, especialmente, pela distinção entre poder constituinte originário e derivado, concentrando-se, porém, a análise, com mais ênfase, no exame da matéria relativa à imutabilidade constitucional, sobretudo examinando-se a conformação das cláusulas pétreas do Constituição do Brasil de 1988.

O quinto capítulo liga-se diretamente ao anterior e dedica-se ao tema do controle judicial de constitucionalidade, examinando-se, para tanto, sua gênese e os diversos modelos existentes, apontando-se, ainda, as características do modelo adotado pela Constituição brasileira, bem como a justificativa e os limites deste controle.

Na conclusão, elabora-se uma síntese dos temas tratados nos capítulos, estabelecendo-se relações entre eles, tendo por escopo a construção da fundamentação racional da hipótese defendida nesta dissertação.

Procurou-se, especialmente, demonstrar que o equilíbrio entre Democracia e Direito é imprescindível à garantia de ambos.

Por fim, espera-se que esta obra possa contribuir de algum modo para o aprofundamento do estudo do controle judicial de constitucionalidade no Brasil ou, ao menos, para suscitar um novo debate sobre o tema.

