CAMPUS DE JACAREZINHO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM
CIÊNCIA JURÍDICA

BEATRIZ TAVARES FERNANDES DOS SANTOS

CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS REFORMATÓRIOS DA CONSTITUIÇÃO: ANÁLISE COMPARADA ENTRE BRASIL E COLÔMBIA

Jacarezinho/PR

2023

CAMPUS DE JACAREZINHO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM
CIÊNCIA JURÍDICA

FUNÇÃO POLÍTICA DO DIREITO E TEORIAS DA CONSTITUIÇÃO

BEATRIZ TAVARES FERNANDES DOS SANTOS

CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS REFORMATÓRIOS DA CONSTITUIÇÃO: ANÁLISE COMPARADA ENTRE BRASIL E COLÔMBIA

Dissertação para a obtenção do título de Mestre do Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão), do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da UENP/Campus de Jacarezinho.
Orientador: Professor Dr. Jairo Néia Lima.

Jacarezinho/PR

2023

Ficha catalográfica elaborada pelo autor, através do
Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UENP

SS233c
c

SANTOS, Beatriz Tavares Fernandes dos
Controle preventivo de constitucionalidade dos atos reformatórios da Constituição: análise comparada entre Brasil e Colômbia / Beatriz Tavares Fernandes dos SANTOS; orientador Jairo Néia LIMA - Jacarezinho, 2023.
176 p.

Dissertação (Mestrado Acadêmico Direito) - Universidade Estadual do Norte do Paraná, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, 2023.

1. Interferência. 2. Supremacia judicial. 3. Ativismo judicial. 4. Autocontenção judicial. I. LIMA, Jairo Néia, orient. II. Título.

BEATRIZ TAVARES FERNANDES DOS SANTOS

CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS REFORMATÓRIOS DA CONSTITUIÇÃO: ANÁLISE COMPARADA ENTRE BRASIL E COLÔMBIA

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do Título de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final pela Banca examinadora do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná – PPGCJ/UENP.

Banca Examinadora

_____

Presidente:

_____

Membro:

_____

Membro:

Jacarezinho/PR,__ de_____de 2023.

AGRADECIMENTOS

À minha família, especialmente aos meus pais, Renata e Jefferson, por sempre terem me dado exemplo de força e perseverança, e aos meus avós, Maria Inez e Adelson, por terem me dado suporte.

Ao meu companheiro, Thiago Vinícius Louro, por ter me acompanhado nos dias felizes e tristes nos últimos dez anos, assim como por ter me incentivado e apoiado em cada decisão importante.

Ao meu orientador, Professor Dr. Jairo Néia Lima, por toda a disponibilidade, atenção, auxílio, e, ainda, por ser um grande exemplo de competência e profissionalismo.

Aos Professores da banca examinadora, pela contribuição e atenção dedicados a este trabalho.

Aos professores e funcionários da UENP, pelo compromisso e dedicação que possuem para com os alunos.

Por fim, aos colegas da Turma XVIII, por todas as conversas e bons momentos, que tornaram a desafiante experiência do Mestrado um pouco mais leve.

DOS SANTOS, Beatriz Tavares Fernandes. **Controle preventivo de constitucionalidade dos atos reformatórios da Constituição:** análise comparada entre Brasil e Colômbia. 2023. 175 p. [Dissertação] Jacarezinho: Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), 2023.

RESUMO

No controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade dos atos reformatórios constitucionais, um Tribunal verifica se uma proposta de emenda à constituição ou outro ato que carregue, em si, a proposta de reforma, adéqua-se ou não ao parâmetro constitucional. Essa espécie de controle, no entanto, carrega certos questionamentos. Primeiro porque ela incide sobre a competência de outro órgão, qual seja, o Legislativo, no exercício do poder constituinte reformador, de modo a obstaculizar a reforma constitucional. Depois, em razão da distinção que há entre os limites formais e os limites materiais ao poder reformador, e, porque, no exame dos últimos, seria possível o controle sobre o conteúdo do ato examinado, o que caracterizaria hipótese mais grave de interferência sobre a atuação de outro Poder. Ainda, porque recai sobre um ato que, já em sua fase de sua apresentação, demanda, em regra, o cumprimento de requisitos mais exigentes do que aqueles previstos para a legislação constitucional. Por fim, porque esse controle é exercido sobre um ato que, em determinados sistemas, caracteriza a última via de manifestação legislativa. Certos países exercem essa forma de controle sem que haja previsão ou, ainda, fora dos limites a ela impostos na Constituição. Exemplo disso é o caso do Brasil, em que o STF exerce a referida competência por construção jurisprudencial, e da Colômbia, em que embora haja previsão de espécie de controle preventivo sobre o ato reformatório, a CCC o exerce para além daquilo que a Constituição Política de 1991 permite. Diante disso, a presente pesquisa partiu do seguinte problema: como o STF e a CCC desenvolveram sua jurisprudência para assumir o controle preventivo dos atos que podem levar à reforma dos textos constitucionais de seus países e de que maneira têm exercido essa competência? Para tanto, demonstrou-se, a partir da abordagem culturalista do direito comparado, elaborada pelo autor Pierre Legrand, que sugere uma leitura cautelosa do direito estrangeiro, para que não só o texto da lei seja examinado, mas também aspectos sociais, históricos, políticos e outros que lhe sejam relacionados, que: o STF foi fortalecido na constituinte de 1987-1988, convocada em um período de transição no país, e isso foi um dos fatores que levou a uma atuação mais expansiva de sua parte, de modo que o entendimento individual de um Ministro sobre a possibilidade do controle preventivo pelo Tribunal, afirmado em 1980, foi reafirmado na nova ordem constitucional para exercício de tal competência, que ocorre, porém, sem a invalidação das propostas de emendas constitucionais; na constituinte colombiana de 1991, também convocada em um período de transição, foi decidido pela criação da CCC, a qual foram atribuídos amplos poderes, fator que, dentre outros, permitiu à Corte construir teoria que, hoje, possibilita o exercício do controle material sobre o ato reformatório do texto constitucional, competência não prevista na Constituição, e que viabiliza a invalidação de atos dos demais Poderes. Ao final, concluiu-se, a partir das concepções de ativismo e autocontenção judicial desenvolvidas por autores brasileiros e colombianos, que, no controle de constitucionalidade preventivo dos atos reformatórios, o STF tem uma atuação ativista por exercer competência não prevista na Constituição, porém contida em relação a não invalidação dos atos, enquanto a CCC tem uma atuação ativista no uso da teoria da substituição constitucional.

Palavras-chave: Interferência; supremacia judicial; ativismo judicial; autocontenção judicial.

DOS SANTOS, Beatriz Tavares Fernandes. **Preventive judicial review of reformatory acts:** comparative analysis between Brazil and Colombia. 2023. 175 p. [Master's Dissertation]. Stricto Sensu Postgraduate Program in Law. Northern Parana State University, 2023.

ABSTRACT

In the preventive judicial review to verify the constitutionality of constitutional reformatory acts, a Court verifies whether a proposal of amendment to the constitution or another act that carries, in itself, the proposal for reform, is adequate or not to the constitutional parameter. This kind of control, however, carries certain questions. First, because it affects the competence of another body, that is, the Legislative, in the exercise of the reforming constituent power, in order to obstacle the constitutional reform. Also, because, due to the distinction between the formal limits and the material limits to the reforming power, in the examination of the latter, it would be possible to control the content of the examined act, which would characterize a more serious hypothesis of interference in the performance of another Power. Beside because it is exercised about an act that, already in its presentation phase, demands, as a rule, the fulfillment of more requirements than those foreseen for the constitutional legislation. Finally, because this control is exercised over an act that, in certain systems, characterizes the ultimate form of legislative manifestation. Certain countries exercise this form of control without any provision or even outside the limits imposed on it in the Constitution. An example of this is the case of Brazil, where the STF exercises the competence by jurisprudential construction, and Colombia, where although there is provision for a kind of preventive judicial review over the reformatory act, the CCC exercises it beyond what the Political Constitution from 1991 allows. In view of this, the present research started with the following problem: how did the STF and the CCC develop their jurisprudence to assume preventive judicial review of acts that may lead to the reform of the constitutional texts of their countries, and how have they exercised this competence? To this, it was demonstrated, from the culturalist approach of comparative law, elaborated by the author Pierre Legrand, which suggests a cautious reading of foreign law, so that not only the text of the law be examined, but also social, historical, political and other aspects that are related to it, that: the STF was strengthened in the 1987-1988 constituent, convened in a transition period in the country, and this was one of the factors that led to a more expansive actuation, so that the individual understanding of a Minister about the possibility of preventive control by the Court, affirmed in 1980, was reaffirmed in the new constitutional order for the exercise of such competence, which occurs, however, without invalidating the proposals of constitutional amendments; in the 1991 Colombian constituent, also convened in a transitional period, it was decided to create the CCC, which was attributed broad powers, a factor that, among others, allowed the Court to build a theory that, today, enables the exercise of material control over the reformatory act of the constitutional text, a competence not stipulated in the Constitution, and which enables the invalidation of acts of the other Powers. In the end, it was concluded, based on concepts of activism and judicial self-restraint developed by Brazilian and Colombian authors, that, in the preventive judicial review of the reformatory acts, the STF has an activist role by exercising competence not stipulated in the Constitution, however contained in relation to the non-invalidation of the acts, while the CCC has an activist role in the utilization of the theory of constitutional substitution.

Keywords: Interference; judicial supremacy; judicial activism; judicial self-restraint.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AD-M-19	Aliança Democrática M-19
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Ação Declaratória de Preceito Fundamental
AMB	Associação dos Magistrados Brasileiros
ANC	Assembleia Nacional Constituinte ou *Asamblea Nacional Constituyente*
ANPT	Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho
ANAMATRA	Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CCC	Corte Constitucional da Colômbia
CCJC	Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania
CF	Constituição Federal
CNBB	Conferência Nacional dos Bispos do Brasil
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CP	Constituição Política da Colômbia
EC	Emenda Constitucional
FARC	Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia
HC	*Habeas Corpus*
LEMP	Lei Estatutária de Mecanismos de Participação
MS	Mandado de Segurança
MSN	Movimento de Salvação Nacional
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PSDB	Partido da Social Democracia Brasileira
PDT	Partido Democrático Trabalhista
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
PFL	Partido da Frente Liberal
PGR	Procurador Geral da República
PL	Partido Liberal
PMDB	Partido do Movimento Democrático Brasileiro
RANC	*Reglamento de la Asamblea Nacional Constituyente*

RE	Recurso Extraordinário
RICD	Regimento Interno da Câmara dos Deputados
RICN	Regimento Interno do Congresso Nacional
RISF	Regimento Interno do Senado Federal
SPJMP	Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público
STA	Suspensão de Tutela Antecipada
STF	Supremo Tribunal Federal
UP	União Patriótica

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO **10**

1 O DIREITO COMPARADO E A ABORDAGEM CULTURALISTA **14**

1.1 Por que comparar? 14

1.2 A abordagem positivista e abordagem culturalista do direito comparado 16

1.3 A escolha da abordagem culturalista 28

1.4 Questões metodológicas do direito comparado 30

1.5 Conclusões parciais do capítulo 33

2 CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS NO BRASIL **35**

2.1 Definição de estrutura e competências da Suprema Corte e previsão do controle preventivo de constitucionalidade na Constituição e na Legislação Infraconstitucional 35

2.2 Mandado de Segurança nº 20.257/DF 50

2.3 Decisões proferidas pelo STF no exercício do controle preventivo de constitucionalidade de emendas constitucionais 62

2.4 Conclusões parciais do capítulo 74

3 CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE DE ATOS REFORMATÓRIOS DA CONSTITUIÇÃO NA COLÔMBIA **76**

3.1 Definição de estrutura e competências da Corte Constitucional e previsão do controle preventivo de constitucionalidade na Constituição e na Legislação Infraconstitucional 76

3.2 Sentença C-551 de 2003 94

3.3 Decisões proferidas pela Corte Constitucional da Colômbia no controle das leis convocatórias de referendos constitucionais 104

3.4 Conclusões parciais do capítulo 112

4 ATIVISMO E AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL: ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS NO CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS REFORMATÓRIOS DA CONSTITUIÇÃO **114**

4.1 Concepções atuais de ativismo e autocontenção judicial 115

4.1.1 Ativismo judicial 115

4.1.2 Autocontenção judicial 132

4.2 Atuação dos Tribunais no controle preventivo dos atos reformatórios da Constituição 140

4.3 Diferenças constatadas no estudo comparado culturalista 147

4.4 Conclusões parciais do capítulo 153

CONCLUSÕES **156**

REFERÊNCIAS **160**

APÊNDICE A **160**

INTRODUÇÃO

O exame de compatibilidade de um ato com o texto constitucional pelo Poder Judiciário, denominado de controle jurisdicional de constitucionalidade, surge como resultado das ideias existentes nos Estados Unidos da América no final do século XVIII e início do século XIX. Dentre essas ideias, encontra-se a expressa no artigo Federalista nº 78, de que a vontade do povo estaria na Constituição, e que, por isso, caso um ato do Legislativo estivesse em contradição com aquela, caberia aos juízes recusarem a vontade do parlamento. O caso *Marbury vs. Madison*, julgado no ano de 1803 pela Suprema Corte estadunidense, é apontado como marco de surgimento do instituto. A expansão do controle de constitucionalidade, no entanto, ocorre após a 2ª guerra mundial, quando vários países do continente europeu começam a adotar o instituto – com diferenças do modelo norte-americano - em seus textos constitucionais.

A depender do momento que incide sobre a norma, o controle de constitucionalidade poderá ser caracterizado como preventivo (ou prévio) ou repressivo (também denominado posterior). Assim, o controle de constitucionalidade será preventivo quando recair sobre norma em processo de formação, e repressivo quando for realizado a respeito de norma já formada a aprovada.

Sobre isso, observa-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CF/88 estabeleceu o controle de constitucionalidade em ambos os momentos, ou seja, preventivo e repressivo. O Supremo Tribunal Federal - STF, órgão de cúpula do Poder Judiciário, pode exercer o controle repressivo, que ocorre pela via concentrada, de forma abstrata, nos casos das ações originárias tratadas no art. 102, inciso I, ou pela via difusa, de forma concreta, nos casos de interposição de recurso tratados no art. 102, inciso II e III. Ressalta-se que não há disposição expressa, no texto constitucional brasileiro, que indique a competência do STF para controle repressivo de emendas constitucionais, nem para exercício do controle preventivo de emendas.

A Colômbia, país vizinho ao nosso, também adota os controles preventivo e repressivo em seu texto constitucional. A Corte Constitucional da Colômbia - CCC detém o poder de exercer o controle nos dois momentos, conforme estabelecido no art. 241 da Constituição Política da Colômbia de 1991 – CP/91, sendo que, sobre os atos reformatórios da Constituição, recai controle repressivo, enquanto sobre as lei que convocam referendo ou Assembleia Constituinte para modificação do texto constitucional, recai espécie de controle preventivo. Nas

duas modalidades, é permitida apenas a análise de vícios procedimentais na formação do ato normativo pela CCC.

Observa-se, contudo, que os tribunais dos dois países têm exercido o controle preventivo de constitucionalidade dos atos reformatórios da Constituição, e há situações em que é indicado que, nessa atuação, ocorre o controle substancial das propostas de emenda. Por isso, por meio da pesquisa, pretende-se responder ao seguinte problema: como o STF e a CCC desenvolveram a sua jurisprudência para assumir o controle preventivo dos atos que podem levar à reforma dos textos constitucionais de seus países e de que maneira têm exercido essa competência? A hipótese central desta pesquisa é de que a jurisprudência para assunção da competência da revisão dos atos que visam a modificação do texto constitucional foi desenvolvida com base em pressupostos distintos nos dois países citados, e que, além disso, tal competência tem sido exercida com deferência aos demais poderes, de modo que o Judiciário não tem se colocado como protagonista nesses debates.

A comparação entre os dois países se mostra interessante por inúmeros fatores, dentre os quais convém destacar: os tribunais de ambos assumiram competência relacionada ao controle preventivo de constitucionalidade de ato reformatório que não se encontra prevista no texto constitucional e, por isso, exercem essa competência apenas com base em construção jurisprudencial; Brasil e Colômbia são países vizinhos, com proximidade em algumas questões, dentre elas a das instituições existentes nos dois países (ambos possuem um Congresso bicameral, assim como um Poder Executivo estruturado de forma similar, e, na Colômbia, até 1991, havia uma Suprema Corte similar ao STF), assim como o fato de possuírem Constituições com uma ampla gama de direitos, em razão do contexto histórico em que foram promulgadas, e, ainda, a da proximidade de contexto social, pois Brasil e Colômbia se situam nas posições 87 e 88, respectivamente, na classificação elaborada pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNDU, no ano de 2021/2022, em relação ao Índice de Desenvolvimento Humano – IDH[1], proximidades essas que tornam a pesquisa comparada possível, por não haver problema da incomensurabilidade; por fim, porque há a indicação, na literatura brasileira da área de Direito Constitucional Comparado, da necessidade de pesquisas comparadas que foquem mais em países situados no sul global, o que a presente pesquisa busca observar.

A investigação encontra-se dividida em quatro capítulos. O primeiro é dedicado a indicar as razões de se realizar um estudo comparado, assim como tratar dos dois campos de

[1] Três componentes são considerados para indicação do IDH dos países: longevidade, educação e renda *per capita* (UNDP, 2022, p. 269).

estudos identificados no direito comparado por autor referência no tema, Pierre Legrand, quais sejam, a positivista e a culturalista, sobre os motivos da escolha de um desses campos para consecução desta pesquisa - a abordagem culturalista -, e, por fim, sobre apontamentos metodológicos do autor para trabalhos que se enquadrem no último campo mencionado. O segundo capítulo é dedicado a apontar sobre como se deu o processo de definição das competências do STF no momento constituinte, à maneira como essas competências foram estabelecidas no texto constitucional, às disposições constitucionais ou de legislação infraconstitucional relacionadas ao controle preventivo de emendas constitucionais, sobre a decisão que deu início ao entendimento de que cabível controle de constitucionalidade preventivo de emendas constitucionais e, por fim, sobre decisões proferidas pelo Tribunal nesse exercício. No terceiro capítulo, são repetidas as etapas anteriormente descritas, contudo, com foco na Colômbia. Por fim, o quarto capítulo é dedicado a tratar das expressões "ativismo" e "autocontenção judicial", para confirmar se, no exercício do controle preventivo de constitucionalidade dos atos reformatórios, o STF e a CCC têm atuado de forma ativista ou autocontida, e, por fim, a indicar o modo como a abordagem culturalista é aplicada nesta pesquisa para identificar a diferença na atuação dos dois tribunais.

A presente pesquisa revela grande afinidade com a área de concentração "Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão" do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, e também com a linha de pesquisa "Função Política do Direito e Teorias da Constituição", pois busca abordar como dois países da América do Sul, que possuem uma história marcada pelas dificuldades em superar um passado de exploração e dizimação de seus povos, ocasionado pelos países que os colonizaram, e que, além disso, enfrentaram inúmeras tentativas, ao longo de suas histórias, de solucionar questões de desigualdade social, violência, escândalos de corrupção na política, dentre outras, desenvolveram o texto constitucional de seus países para tratar do controle jurisdicional de constitucionalidade dos atos reformatórios da Constituição de seus países, que possibilita que a decisão tomada por tal meio, criticada em razão da suposta falta de legitimidade democrática, constitua a última palavra a respeito de um tema constitucional.

Por fim, ressalta-se que a presente pesquisa é realizada por meio de análise bibliográfica, de textos de autores referência no tema, e documental, pelo exame de legislação, decisões coletadas em sítios eletrônicos oficiais e documentos produzidos nas Assembleias Nacionais Constituintes. Para a sua consecução, é utilizado do método de procedimento

comparativo, pela abordagem culturalista do direito comparado, do autor Pierre Legrand, detalhada ao longo do primeiro capítulo desta pesquisa.

1 O DIREITO COMPARADO E A ABORDAGEM CULTURALISTA

1.1 Por que comparar?

O questionamento que abre este tópico pode ser respondido de várias maneiras. A primeira forma é de que, somente por meio da pesquisa na área do direito comparado, torna-se possível trazer ao conhecimento daqueles que estão inseridos em uma determinada comunidade jurídica, leis, práticas e instituições com formatações diferentes, advindas de outros locais.

Nesse sentido, cumpre destacar que o direito comparado, ao permitir conhecer e compreender um direito diverso do seu, também torna possível, para além do contato com o direito-texto estrangeiro (ou seja, das leis, decisões e instituições), tomar conhecimento sobre um ambiente de pensamento jurídico distinto do local onde se habita. Assim, pelo estudo de um país com tradição jurídica distinta – como um de *commom law* – por exemplo, torna-se possível conceber um direito sem Código Civil, de modo a perceber que a regulamentação jurídica por esse meio não é, de forma alguma, necessária (LEGRAND, 2018, p. 246).

Com isso, tem-se que o estudo comparado merece ser feito porque permite não apenas tornar conhecida uma lei ou, ainda, uma decisão, um instituto ou um dispositivo, mas também porque permite o contato com um direito construído com base em pressupostos e sob tradição distinta daquela do próprio país, com a qual se tem contato e está habituado.

O conhecimento sobre essas questões anteriormente mencionadas permite uma destotalização, pois aquilo que o comparatista tinha, até então, como o seu direito, passa não ser mais todo o direito existente. Assim, ao buscar realizar uma análise comparada sobre determinada questão, o comparatista, primeiro, aceita e entende que há, em relação ao conhecimento jurídico, outra coisa para além do seu direito, que outros direitos também podem possuir valor normativo no próprio direito (LEGRAND, 2018, p. 246).

Mas o estudo comparado também merece ser realizado por outros motivos, de modo que existem outras maneiras de responder ao questionamento inicial. Diante disso, é possível apontar que o estudo comparado também deve ser realizado porque, por meio dele, é possível identificar se, para uma certa questão, é adotada disciplina semelhante ou distinta daquela do direito pátrio e, a partir disso, refletir sobre as leis, as práticas e as instituições vigentes no próprio país.

Portanto, a segunda razão pela qual a pesquisa comparada apresenta relevância e merece ser empreendida é porque ela permite refletir criticamente sobre o direito pátrio, pois pela constatação da diferença entre o que o direito pátrio e o que o direito estrangeiro

disciplinam a respeito de determinado ponto, é natural que surjam questionamentos sobre a maneira mais adequada para se tratar legalmente uma certa questão.

Sobre isso, convém ressaltar o indicado por Pierre Legrand (2018, p. 246), que aponta que se o direito é estudado de uma maneira distinta da minha, ou seja, de outra maneira que não aquela vista em meu país, isso indica ser possível pensar no próprio direito de forma diferente, ou, ao menos, questioná-lo. Com isso, o autor busca ressaltar que não se pode ter em mente que o próprio direito é a única forma possível para regular as condutas humanas, visto que existem outras maneiras, que devem e merecem ser conhecidas.

Desse modo, nota-se que a pesquisa comparada, ao permitir ir além do direito pátrio e deixar a "zona de conforto" com a qual se está habituado, possibilita ao comparatista verificar que, em outro ordenamento, uma determinada situação pode empregar raciocínio ou solução distinta daquela adotada no próprio ordenamento, e, com isso, refletir no porquê determinada situação foi disciplinada de uma forma e não de outra no próprio sistema, assim como na maneira mais adequada de lidar com a questão.

Além disso, faz-se necessário ressaltar que a análise aprofundada de conceitos, ideias, institutos e práticas jurídicas de outros ordenamentos pode iluminar questões que passam despercebidas ou que não são devidamente analisadas no contexto local. Assim, a pesquisa comparada permite abrir espaço para usos mais criativos do direito no próprio país, porque por meio dela, há a confrontação com outras formas de articular juridicamente várias questões (VEÇOSO, 2019, p. 186).

A este respeito, Legrand (2018, l. 809) indica que, ao se confrontar com determinada situação, o jurista nacional sequer cogita algumas soluções, pois essas não fazem parte do seu acervo jurídico. Assim, o comparatista exerce a função de "provocar o jurista nacional", de maneira útil e necessária, para evitar qualquer forma de complacência ou de submissão àquilo que já se está habituado.

O possível uso criativo anteriormente mencionado tem utilidade em contextos como processos constituintes, por exemplo, onde os constituintes trazem experiências constitucionais de outros países para reflexão para o novo texto constitucional em elaboração[2], assim como na aplicação dos direitos pelos tribunais, que buscam o estudo comparado, por vezes, para a fundamentação das decisões judiciais[3], e, ainda, na elaboração de leis. Mas, além dos contextos

---

[2] A este respeito, Rosalind Dixon e Tom Ginsburg apontam que o processo de criação das Constituições tem se tornado cada vez mais global, motivo pelo qual se faz necessário atentar à relação entre as constituições e o direito internacional (DIXON; GINSBURG, 2011, p. 04).

[3] A este respeito, Hirschl (2008, p. 12-13) indica que, no mundo contemporâneo, o direito constitucional comparado é constantemente utilizado pelas altas Cortes, o que ocorre tanto por analogia, quanto da distinção ou

mencionados anteriormente, também haveria espaço para fazer uso criativo em discussões no meio acadêmico a respeito de materiais legais, por exemplo, para que se reflita, no âmbito da academia, sobre soluções adotadas em outros países para problemas iguais ou semelhantes aos encontrados no país de origem, com o fim de considerar ou descartar possibilidades de solução para esses problemas.

Assim, o tópico pode ser encerrado com menção, novamente, ao que indica Legrand (2018, l. 897), que sistematiza a questão com a seguinte resposta: a comparação de sistemas jurídicos merece ser feita, em primeiro lugar, porque se existe ali o outro direito, esse, a partir do momento que existe, merece ser conhecido. A presença desse direito desafia, interpela e convida o comparatista a se afastar do porto seguro, representado pelo sistema de origem, e, simultaneamente, exige reconhecimento e respeito. E, com isso, ocorre o desejo de se inspirar no outro direito, com o fim de aprimorar o próprio direito, já que este último é aprimorável.

1.2 A abordagem positivista e abordagem culturalista do direito comparado

Ao adentrar o estudo do direito comparado, é possível verificar que os estudiosos da área classificam os estudos comparados de diferentes formas. De modo geral, é possível apontar que os autores agrupam os estudos que apresentam características semelhantes em diferentes categorias e que não há consenso no que diz respeito à nomenclatura e ao que integra cada uma dessas categorias.

A título de exemplo, é possível citar a classificação de Ran Hirschl, que separa os estudos comparados em quatro categorias: a primeira diz respeito somente ao estudo do direito estrangeiro e, em regra, traz um quadro enciclopédico sobre o outro direito examinado, sem grandes considerações relacionadas ao rigor metodológico; a segunda é realizada com o fim de buscar uma melhoria no próximo sistema em que o comparatista se encontra e, em regra, adota como modelo países considerados como de democracias já estabelecidas; a terceira adota um tom universalista e foca em possíveis semelhanças dos desafios constitucionais de diferentes países; por fim, a quarta busca alcançar a construção de teorias por meio da inferência causal e possui rigor metodológico (HIRSCHL, 2009, p. 41-47).

Outra categorização possível é aquela realizada de acordo com o método adotado no estudo comparado. Van Hoecke (2015, p. 08-20), por exemplo, identifica seis diferentes métodos possíveis para o estudo comparado: o funcional, que, para o autor, pode ser usado em

---

do contraste. Nesse sentido, a referência à experiência de outros países, quando em situações similares, pode, segundo o autor, enriquecer as práticas constitucionais de um dado sistema político.

diversos sentidos (para focar nas similaridades, construir um sistema, determinar a melhor lei, entre outros), mas que foca em analisar a forma como os problemas práticos de resolução de conflitos são tratados em diferentes sistemas, sem grandes preocupações com uma análise mais ampla; o estrutural, que, em sua acepção básica, parte da ideia de que todos os sistemas jurídicos têm um núcleo comum, que consiste nas regras primárias de comportamento, e permite a comparação das normas secundárias, que regem a aplicação das regras primárias; o analítico, que permite analisar a maneira como conceitos jurídicos de sistemas distintos, aparentemente semelhantes, incluem, em si, um conjunto de direitos distintos; o da lei em contexto, que busca explicar o porquê de o direito ser como ele é e inclui uma gama de métodos de pesquisa possíveis (pode utilizar de dados de pesquisas históricas, sociológicas, antropológicas e outras); o histórico, que pode ser considerado uma parte do método da lei em contexto e busca focar nas origens históricas das leis atuais; por fim, o do núcleo comum, baseado no método funcional, que busca a harmonização de leis.

Nesta pesquisa, no entanto, buscar-se-á enfocar nas categorias apontadas por Pierre Legrand. Para o autor (2017, p. 05-25), existem duas abordagens possíveis no estudo comparado: a positivista e a culturalista. Embora o autor aponte essas duas abordagens, ele ressalta que a abordagem positivista possui espectros, de modo que os estudos que adotam essa abordagem podem variar nas suas características. Assim, o autor distingue entre as aplicações herméticas, praticadas na Europa, em que o positivismo prevalece como um dogma reverenciado, e aplicações porosas, praticadas nos Estados Unidos, em que há espaço para discussões que ultrapassam a pura análise da lei no estudo comparado.

Com isso, o autor busca indicar que o positivismo, uma das abordagens possíveis aos estudos comparados, não se apresenta como uma categoria indivisa, pois há variação no modo como a comparação pode ser realizada por essa abordagem. Assim, dentro do positivismo, é possível empreender uma análise totalmente vinculada ao texto legal até uma que também abranja questões afetas à lei.

Ainda que existam tais espectros, a abordagem positivista, na visão do autor, compartilha de algumas características básicas. Dentre elas, é possível apontar a proposta de se realizar o estudo comparado com foco nos textos de leis e estatutos e de uma escrita em branco, pela qual qualquer comentário que advenha de interpretação obedeça, tanto quanto possível, aos ditames da repetição textual (LEGRAND, 2017. p. 05).

Assim, o comparatista que adota essa abordagem realiza a comparação com foco no texto legal, e, ao exercer a interpretação desse texto, deve buscar estar vinculado àquilo que se

legalmente disposto, para que, assim, quaisquer associações que realize estejam vinculadas ao que se encontra expressamente previsto na lei.

Importante esclarecer que a interpretação do texto legal deve estar vinculada àquilo que se encontra disposto na lei porque a atribuição de qualquer significado que pareça visivelmente exterior a ela envolve, seguindo os parâmetros estabelecidos para essa abordagem, uma recriação do texto legislativo, o que é enfrentado como algo inadmissível. Assim, os positivistas buscam aderir a uma escrita não situada – em que o autor deve buscar não exprimir seus posicionamentos e suas concepções - para tratar sobre o que é a lei, e, assim, obter acesso científico aos textos-lei da maneira como eles são, sem contaminações. Dessa maneira, o comparatista deve estar estritamente confinado a uma simples descrição da lei, para que o direito possa ser independentemente identificável como tal (LEGRAND, 2017, p. 05).

As críticas formuladas por Pierre Legrand ao campo positivista têm, como um de seus principais focos, aquela indicada como a principal obra na área dos estudos comparativos, apontada como tal por ser fonte de inspiração para os estudos comparados desde 1960: *An Introduction to Comparative Law*, de autoria de Hein Kötz, e, nas primeiras edições, também de Konrad Zweigter.

A primeira crítica feita por Legrand é de que a obra anteriormente citada, classificada por ele como positivista, promove uma difamação da diferença entre direitos e a exaltação da similaridade, pontos que também passaram a ser característicos dos estudos comparativos ortodoxos (LEGRAND, 2021, p. 79). Com isso, Legrand procura ressaltar que os autores da obra positivista defendem que o comparatista deve se esforçar na busca da similaridade entre direitos, assim como repelir as diferenças encontradas no estudo comparado.

Para ilustrar o ponto acima, Legrand aponta que, na obra de Hein Kötz e Konrad Zweigter, é mencionado sobre a *praesumptio similitudinis* verificada entre direitos no estudo comparado, expressão essa que indica que os diferentes direitos são similares até nos detalhes[4] e que é possível se falar em um sentido de justiça unitário[5] (LEGRAND, 2021, p. 79).

Conforme explica Legrand, essa *praesumptio similitudinis* se opera porque, na visão dos referidos autores, os sistemas legais dão as mesmas ou semelhantes soluções para os mesmos problemas da vida, até mesmo nos detalhes. Por isso, na visão desses autores, só é possível afirmar que a pesquisa ocorreu de forma bem sucedida se, após a análise de todo o

---

[4] Na obra "Introduction do Comparative Law", Hein Kötz e Konrad Zweigert (1998, p. 39-40) indicam que é frequente que o comparatista perceba que diferentes sistemas legais dão a mesma ou soluções muito similares, até mesmo nos detalhes, para os mesmos problemas da vida.

[5] Ao tratar sobre o desenvolvimento do Direito Comparado, Hein Kötz e Konrad Zweigter apontam que o Direito Comparado permite aprofundar a crença em um "senso unitário de justiça" (ZWEIGERT, KÖTZ; 1998, p. 03).

material relevante, ela levar à conclusão de que os sistemas que atingem o mesmo ou similar resultados práticos. Contudo, caso existam grandes diferenças ou mesmo resultados diametralmente opostos, o resultado da pesquisa não será satisfatório, de modo que o pesquisador deverá voltar e verificar novamente se os termos em que ele colocou sua pergunta original era funcional (ou seja, adequada com o método funcionalista, que será tratado adiante) e se a sua rede de suas pesquisas era ampla o suficiente[6] (LEGRAND, 2003, p. 246).

Nota-se, portanto, que a *praesumptio similitudinis* entre direitos, defendida na obra anteriormente mencionada, busca tirar de foco a diferença entre direitos e lançar a atenção para as semelhanças existentes entre dois (ou mais) textos legais examinados no estudo comparado, pois, conforme enunciado na obra em questão, os direitos seriam compatíveis até em detalhes, de modo que caberia ao comparatista, então, trazer à tona essa semelhança.

Essa busca pela similaridade entre direitos está relacionada à história recente dos estudos jurídicos comparados. Um dos marcos da história recente do direito Comparado é o Congresso de Paris, que ocorreu em 1900, onde Edouard Lambert, jurista francês, apontou, em seu relatório, que para cumprir sua tarefa, o comparatista deveria selecionar as leis que mais apresentassem semelhanças para realizar o estudo comparado. A ideia defendida por Lambert no Congresso anteriormente mencionado prevalece até os dias atuais, conforme aponta Legrand, tendo em vista que há uma preocupação com a unificação das leis e com a imposição de um ideal autoritário de conhecimento e de verdade, de modo a dar continuidade aos "Princípios do *Unidroit* relativos aos Contratos Comerciais Internacionais" (LEGRAND, 2003, p. 245-249).

Sobre esses princípios do *Unidroit*, necessário esclarecer que, no plano internacional, algumas instituições intergovernamentais já propuseram bases para unificação das instituições de direito privado. Assim, conforme esclarece Mabel Cándano Pérez (2018, p. 151), o *Unidroit - International Institute for the Unification of Private Law*[7] é uma instituição que possui caráter internacional e que tem, como finalidade, harmonizar o direito privado por meio da expedição de diferentes instrumentos. Nesse sentido, os "Princípios do *Unidroit* relativos aos Contratos Comerciais Internacionais" figuram como instrumento emanado da referida instituição e que

---

[6] Na obra de Hein Kötz e Konrad Zweigter consta que ao final do estudo, o comparatista poderá ficar satisfeito se sua pesquisa, pelos relevantes materiais levantados, levar à conclusão de que os diferentes sistemas comparados apresentam o mesmo ou similar resultados, contudo, se ele encontrar grandes diferentes ou resultados diametralmente opostos, ele deverá voltar e checar novamente os termos que em colocou a sua questão original, para ver se foi feito de acordo em termos funcionais e de forma ampla o bastante (ZWEIGERT, KÖTZ; 1998, P. 40).

[7] A Organização Intergovernamental possui sítio eletrônico, que pode ser acessado pelo link: https://www.unidroit.org/about-unidroit/. Acesso em 28 mar. 2022.

pode tanto ser incorporado por Estados como também por particulares. A sede principal dessa instituição fica em Roma, na Itália.

Em sua obra, Legrand aborda um trecho dos "Princípios do *Unidroit* relativos aos Contratos Comerciais Internacionais" editado no ano de 1994. O trecho analisado por ele aponta que o instituto internacional indicou, no documento, que os princípios nele dispostos têm, como objetivo "estabelecer um conjunto equilibrado de regras projetadas para uso em todo o mundo, independentemente das tradições legais e condições econômicas e políticas dos países em que serão aplicados"[8] (INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW, 1994, p. xv, tradução livre).

Sobre isso, Legrand indica que há uma ânsia em invalidar o que é identificado como diferença ou dissonância nos estudos comparativos, sem qualquer preocupação com aquilo que é perdido ao longo do caminho. Assim, a diferença é encarada como um obstáculo à manutenção da ordem, como algo que se encontra em tensão com o projeto comparativo (LEGRAND, 2003, p. 245-249).

Nota-se, portanto, que, para se focar na semelhança entre direitos e tentar afastar as diferenças, algumas questões são encobertas, ignoradas. Contudo, ao se encobertar ou ignorar certas questões, o resultado da comparação acaba por se afastar da realidade, pois nesse processo são perdidas informações que podem ser essenciais para compreensão de determinada prática ou instituto do direito estrangeiro.

E, além do apontado anteriormente, o discurso de similaridade dos direitos, conforme adverte Legrand, também pode levar a uma prática etnocêntrica, a uma tentativa de "civilizar" ordenamentos compreendidos como menos avançados, pois pode ocorrer uma projeção identificativa ou "autoprivilegiação epistemológica" no qual um atribui ao outro elementos que associa a si mesmo (LEGRAND, 2021, p. 83).

Isso porque, na busca da homogeneização dos direitos, muitos comparatistas enquadram os direitos como seus objetos de estudo conforme o método funcionalista[9]. Tal método propõe que o objeto de estudo deve ser retirado de seu contexto original, e, nesse processo, distanciado das interpretações doutrinárias nacionais a ele aplicáveis, para poder ser analisado somente em razão da função que exerce no sistema e, ao fim, possam ser identificadas

---

[8] No original: "The objective of the UNIDROIT Principles is to establish a balanced set of rules designed for use throughout the world irrespective of the legal traditions and the economic and political conditions of the countries in which they are to be applied". (INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW, 1994, p. xv).

[9] Esse método é apontado, na obra de Hein Kötz e Konrad Zweigert (1998, p. 88-89 e 173), como o "princípio metodológico básico de todo o direito comparado".

semelhanças frente a outro objeto. Assim, o uso desse método em busca de uma homogeneidade entre direitos pode levar a uma prática de caráter etnocêntrico, pois um sistema é elevado a ponto de referência, enquanto o outro é considerado inferior (LEGRAND, 2021, p. 83).

Ralf Michaels (2006, p. 342) aponta que embora haja divergências no que diz respeito a esse método, os comparatistas funcionalistas concordam em alguns elementos importantes, tais como: o direito comparado funcionalista é factual, e no lugar de focar em regras e argumentos doutrinários, o comparatista deve focar nos efeitos das regras; aqueles que adotam o direito comparado funcionalista buscam combinar a abordagem factual com a teoria de que seus objetos de estudo devem ser compreendidos a partir de sua relação funcional com a sociedade; que instituições, mesmo doutrinariamente diferentes, podem ser comparadas se são funcionalmente equivalentes, ou seja, se exercem funções semelhantes em diferentes sistemas jurídicos; por fim, um quarto elemento, que não é compartilhado por todas as variantes do método funcional, é de que é possível utilizar de um critério avaliativo, para que, assim, seja empreendida uma análise, uma comparação de leis melhores, em que é eleita como melhor lei aquela que cumpre a sua função melhor do que as outras.

Diante das questões elencadas acima, denota-se que, pelo uso desse método, ao se enfocar na função que uma determinada instituição ou lei exerce em um sistema, pretende-se alcançar uma semelhança entre dois direitos distintos. Com isso, busca-se, portanto, promover a homogeneização do direito, que pode ser perigosa, conforme alertado por Legrand, tendo em vista que nesse processo um direito é elevado à condição de modelo enquanto o outro é rebaixado, tendo que seguir os padrões e práticas daquele considerado melhor.

Outra crítica de Legrand à obra de Hein Kötz e Konrad Zweigter é feita porque os referidos autores indicam que o comparatista no direito deve encontrar qual a melhor solução para um problema, de modo a apontar qual dos direitos apresenta a solução mais adequada e justa. O objetivo do comparatista, então, seria descobrir a verdade[10] – e na obra são utilizadas palavras que indicam que as soluções seriam “melhores”, “piores”, “claramente superiores” e “superior a todas as demais”[11] (LEGRAND, 2021, p. 131-132).

---

[10] Na obra, Zweigert e Kötz (1998, p. 15) indicam que o direito comparado é uma “école de vérite” (escola da verdade), que fornece soluções para que, assim, seja encontrada a melhor solução em determinado lugar e tempo.

[11] Na obra, Zweigert e Kötz (1998, p. 23) apontam que o direito comparado deve ser integrado na análise do direito nacional, e que isso significa que o problema em estudo deve ser colocado no contexto das soluções obtidas nos ordenamentos jurídicos mais significativos, assim como se deve fazer uma avaliação para verificar qual solução é mais adequada para a sociedade; além disso, também indicam que o comparatista, após fazer sua pesquisa, deve realizar uma análise crítica sobre o que ele descobriu, de modo que algumas de suas conclusões serão apontadas explicitamente como “melhores” ou “piores” e, por vezes, serão encontradas soluções “claramente superiores” ou uma nova solução, que pode ser classificada como “superior a todas as demais” (1998, p. 46-47).

A este respeito, Legrand indica que, na obra por ele criticada, o bom comparatista é caracterizado como aquele que é capaz de se desvencilhar de suas preconcepções doutrinárias e jurídicas, assim como dos seus contextos culturais, para chegar a conceitos neutros. Com essa prática, o estudo comparativo passaria a estar situado além de qualquer direito, pois as soluções seriam retiradas de seus contextos e afastadas das compreensões doutrinárias nacionais a ela aplicáveis[12]. Por essa ideia, promove-se o raciocínio, criticado por Legrand, de que o direito verdadeiro está lá, situado em um certo lugar, motivo pelo qual o comparatista pode chegar até ele desde que utilize o método adequado para tanto (LEGRAND, 2021, p. 135).

O método indicado como adequado para alcançar o direito verdadeiro já foi abordado anteriormente, e se trata do método funcionalista. Com o seu uso, além da homogeneização do direito, também se promove uma escrita não situada, desvinculada das questões que lhe são relacionadas no direito local, para ser possível alcançar aquela vista como a única realidade do ponto de vista positivista.

Alcançar essa única verdade pelo referido método implica em, ao longo do caminho, remover todos os marcadores de ambivalência e censurar o mundo da cultura e os traços constantes da lei. Tal prática, na visão de Legrand (2017, p. 08), pode ser comparada àquilo que era praticado pela Igreja Católica durante a Idade Média, em que o mundo de fora não podia entrar.

Assim, seguindo a lógica positivista, a verdade pode ser alcançada a partir de uma análise objetiva. Essa objetividade que o comparatista deve ter na sua análise caracteriza-se por um atuar aperspectivo, ou seja, que busca excluir a percepção daquele que realiza o estudo comparado. Isso exige eliminar características do próprio indivíduo enquanto pessoa, assim como dele culturalmente inserido, para se obter uma visão a partir de lugar nenhum.

Para Legrand (2021, p. 136-144), o atuar aperspectivo para se alcançar a verdade apresenta, primeiramente, a questão de não ser possível, exequível, tendo em vista que ao se colocar diferentes direitos em co-presença (ou seja, colocar um direito frente ao outro para a análise), é possível extrair, deles, enunciados que não podem ser classificados como verdadeiros pois não configuram um discurso apto à verdade. Assim, não é possível afirmar que um direito é verdadeiro frente a outro.

Mas, além disso, o atuar aperspectivo opõe-se à própria ideia de interpretação, visto que, para ele, o ato de interpretar um texto envolve questões relacionadas ao próprio indivíduo

---

[12] Na obra, Zweigert e Kötz (1998, p. 34) apontam que o direito comparado, por ser forçado a abandonar doutrinas nacionais e lidar diretamente com as exigências da vida por regras que se mostrem adequadas, desenvolve um novo e particular sistema, funcional e apropriado (ZWEIGERT, KÖTZ; 1998, p. 34).

(que utilizará tanto de experiências e conceitos próprios como também adquiridos para compreender o direito estrangeiro), das quais ele não consegue se desvincular, mesmo que queira.

Para ilustrar bem a questão, Legrand indica que aquilo que o comparatista diz sobre o direito inglês, por exemplo, não pode ser oferecido como uma resposta verdadeira, porque a pessoa que afirmar isso se trata de um indivíduo que se expressa a partir de uma determinada situação, de um certo ângulo. Caso alguém analise o que a primeira pessoa disse, esse leitor também julgará e interpretará com base das interpretações que se encontram disponíveis para ele, por também ser um indivíduo culturalmente inserido e com pré-compreensões (LEGRAND, 2021, p.722-726).

Por isso, nota-se que as críticas de Legrand aos estudos positivistas possuem dois pontos centrais: o primeiro é de que a presunção de similaridade entre direitos e a busca por um direito universal podem levar a uma prática etnocentrista por parte do comparatista, em que um direito, elegido como o melhor, será imposto sobre outro; a segunda é de que a busca pela melhor solução e pela verdade, embora sejam empreendidas nos estudos comparados, não devem ser realizadas, pois, não há como se falar em verdade enquanto o comparatista analisa a lei de dois ou mais países distintos, e, além disso, porque isso exigiria um exercício de desvinculação de pré-compreensões e de situações vivenciadas, o que não se mostra possível.

Neste aspecto, dois questionamentos levantados por Legrand (2021, p. 136; 145), que demonstram certa inconsistência no raciocínio positivista, chamam a atenção. O primeiro é de que se todos os direitos são similares, inclusive até em detalhes, como seria possível afirmar que apenas um direito é verdadeiro? Nota-se que esse primeiro questionamento indica um contrassenso de ideias, pois não há como afirmar que algo é melhor que outro se ele é similar até mesmo em detalhes. O segundo questionamento é o seguinte: qual seria o objetivo da continuidade do estudo comparado quando se alcança a verdade? Existe algo a se dizer logo após analisar um sistema jurídico e alcançar a razão? Esses dois questionamentos levantados pelo autor demonstram, portanto, uma fragilidade no argumento dos autores classificados, por Legrand, como positivistas.

Quanto à segunda abordagem indicada por Legrand, a culturalista, verifica-se que essa pode ser classificada como uma oposição à primeira abordagem descrita. O comparatista que atue de acordo com essa abordagem, segundo aponta Legrand, não pode se contentar em analisar uma questão do direito de outro país do ponto de vista positivista, pois ele também deve fazê-lo a partir do plano cultural (LEGRAND, 2018, p. 586).

Diante disso, o atuar a partir do plano cultural, para Pierre Legrand, é o que permite a análise de questões políticas, históricas, econômicas, sociais, dentre outras, que permitam contar a história da lei (LEGRAND, 2017, p. 24). Por contar a história de lei, deve-se compreender a atitude, por parte do comparatista, de empreender uma análise o mais profunda possível sobre determinada questão legal.

Assim, o comparatista que escolha atuar seguindo a abordagem culturalista deverá se esforçar, o máximo possível, para respeitar a dignidade do direito estrangeiro, o outro direito, de modo a evitar conclusões precipitadas, simplórias e desconectadas de outros aspectos que sejam fundamentais à compreensão da lei ou decisão judicial, assim como da solução adotada para certo problema em um ordenamento jurídico.

Na visão do autor, a análise meramente positivista explica muito pouco sobre determinado direito, pois apenas (re)diz o que consta no texto legal, sem qualquer paralelo ou justificativa que permita compreender questões mais profundas, tais “como” ou o “porquê” do direito. Assim, para o autor, somente a abordagem culturalista é capaz de fornecer elementos que permitam uma interpretação verdadeiramente elucidativa do direito, com o fim de se garantir uma melhor compreensão (LEGRAND, 2018, p. 586).

Desse modo, a abordagem culturalista seria aquela que, embora não permita uma compreensão de todos os aspectos possíveis no estudo do direito comparado (visto que isso se mostra impossível por inúmeros fatores, tais como por o comparatista não conseguir obter acesso a todos os materiais relevantes sobre determinado tema em outro país, por mais que se esforce, assim como por não disponibilizar de todo o tempo que seria necessário para analisar certa questão na sua completa profundidade, pois uma informação sempre acaba demandando outra, dentre outros fatores), apresenta-se como alternativa a uma análise em que se busque enfocar tão somente aspectos relacionados à interpretação legal.

Para atuar segundo essa abordagem, Legrand indica que se faz necessário, primeiro, ter consciência de que qualquer apreciação da cultura é móvel, invariavelmente, pois a cultura existe tanto em relação a outras culturas jurídicas como também a uma pluralidade de vozes. A cultura, assim, não pode ser articulada de maneira a formar argumentos que não podem ser questionados. Por isso, a cultura é uma ferramenta que auxilia na descrição, e não pode, dessa maneira, ser tratada como um objeto a ser descrito (LEGRAND, 2021, p.114-117).

Além disso, atuar por essa abordagem requer encarar qualquer direito como uma construção cultural, situado em um certo lugar e tempo, por duas razões: por ser fabricado por pessoas que estão, elas próprias, situadas em uma cultura, e que, portanto, internalizam

estruturas de uma comunidade; por ser constituído por traços – como uma configuração histórica ou uma racionalidade política, por exemplo. Assim, tais questões indicam que não há como se analisar um direito a partir de um não-lugar, de modo que o comparatista precisa agir com cautela, em exercícios de tradução do outro direito, de modo a tratar, também, dos traços que "assombram" o texto (LEGRAND, 2021, p. 150).

Com os "traços que assombram o texto", o autor quer indicar que existem questões que embora não estejam expressamente tratadas no texto legal, ainda assim encontram-se inseridas nele. Tais questões, quando detidamente analisadas, podem revelar o porquê da lei ou da decisão judicial estabelecer determinada solução e não outra.

A abordagem culturalista de Legrand, que se apresenta como uma forma diferente de encarar o direito comparado daquela atualmente imperante no campo, parte da visão de três filósofos: Martin Heidegger (1889-1976), Hans-Georg Gadamer (1900-2002) e Jacques Derrida (1930-2004).

Segundo aponta Deo Campos Dutra (2018, p. 1232-1234), Legrand encontrou em Martin Heidegger o mais influente filósofo anti-cartesiano, o que o levou ao trabalho dos outros dois filósofos, Gadamer e Derrida. O pensamento anti-cartesiano foi importante porque Legrand entende que a produção dos comparatistas que utilizam das ideias de Zweigert e Kotz aproxima-se de um comportamento cartesiano ao conferir um raciocínio matemático à realidade e separar o que faz parte do pensamento do indivíduo e aquilo que se encontra externo a ele.

Nesta pesquisa, no entanto, serão analisados os argumentos do autor, em relação aos referidos filósofos, abordados na obra "Direito Comparado: compreendendo a compreendê-lo", para não estender, demasiadamente, este capítulo que visa a tratar dos motivos de se realizar a pesquisa comparada, da diferença dentre duas abordagens possíveis e sobre questões metodológicas do direito comparado.

Um dos pontos que Legrand levanta em seu livro em relação à obra de Martin Heidegger encontra-se situado no livro "Ser e Tempo". Na obra, o autor indica que "em todo caso (...) a interpretação (...) está fundada em algo que nós aprendemos antecipadamente – em uma pré-concepção" (HEIDEGGER, 1962, p. 191).

Com esse trecho da obra de Heidegger, Legrand busca trazer à discussão a questão da enculturação, que, na sua visão, é o que torna o compreender possível. O indivíduo, conforme aponta, assimila questões pela atribuição de sentido antecipada (LEGRAND, 2021, p. 165). Desse modo, para se atingir a compreensão de questões, o indivíduo, antes, atribuirá certo

sentido, a partir de uma concepção aprendida anteriormente pelo indivíduo culturalmente inserido, o que Legrand afirma com base na obra de Heidegger.

No que tange ao pensamento de Jacques Derrida[13], observa-se que Legrand faz uso das ideias de Derrida, em seu livro, para tratar da necessidade de se tratar o direito estrangeiro com justiça[14], com a singularidade que lhe é própria[15], e que isso envolve um traçar do direito estrangeiro[16] em relação àquilo que o constitui, mesmo que não expresso – o que Legrand aponta como "traços fantasmagóricos".

Legrand faz a ressalva, no entanto, de que o comparatista deve estar ciente de que, mesmo com uma intervenção extremamente sofisticada sobre o direito estrangeiro, alguns pontos ficarão inacessíveis, escondidos (LEGRAND, 2021, p. 183). Desse modo, por mais diligente que seja a pesquisa sobre o outro direito, deve-se aceitar que algumas questões não serão tratadas na sua profundidade ou, ainda, que algumas questões sequer chegarão ao conhecimento daquele que analisa o direito estrangeiro.

Assim, percebe-se que o autor analisado defende, com base nas ideias de Derrida, que o comparatista deve se esforçar para fazer justiça à dignidade do estrangeiro, reconhecendo-o e respeitando-o, e que isso envolve um certo compromisso constitutivo com a lei estrangeira, de modo que o pesquisador não pode considerar a questão analisada como se estivesse em um ponto estático ou fosse possível conhecê-la de antemão, apenas pela leitura do direito-texto.

Sobre a abordagem culturalista, Legrand também entende que "todo estudo sobre o direito estrangeiro é, em parte, autobiográfico". Isso porque, ao analisar o texto-lei estrangeiro, o comparatista parte de um ponto de vista parcial, que é dele, e que, por isso, compete com observações de outros comparatistas. Assim, quanto mais o comparatista busque acrescentar palavras para tornar aquilo que ele busca expressar mais claro, mais objetivo, mais dele estará presente, pois, por essa atitude, a sua versão do direito Estrangeiro restará ainda mais delineada e narrada (LEGRAND, 2021, p. 154-155).

---

[13] O texto examinado foi pronunciado por Jacques Derrida por ocasião da conferência Poétiques de Jean Genet: La Traversée des Genres, realizado no Centre Culturel International de Cerisy-la-Salle, na França, de 14 a 21 de agosto de 2000, publicado na revista "Paragraph".

[14] No texto citado, Derrida aponta que não infringir a lei significa fazer de tudo para não a trair, mas que se deve ter em conta, em primeiro lugar, que a possibilidade de traição faz parte do respeito à lei (DERRIDA, 2004, p. 28-29).

[15] Em seu texto, Derrida indica que ao inscrever o meu próprio sim, eu reconheço a singularidade do outro, o trabalho do outro. No meu "sim", meu idioma intraduzível e singular, eu devo deixar a contra-assinatura do outro texto sem falsificar, nem imitar, o que é impossível. Deve-se imitar sem imitar, reconhecer a contra-assinatura, reproduzir outras assinaturas sem reproduzir ou imitar (DERRIDA, 2004, p. 28-29).

[16] Derrida indica que embora não haja resposta para isso, um critério prévio, um método ou técnica, pois em cada momento é necessário inventar uma lei singular do que permanece e deve permanecer como um evento único (DERRIDA, 2004, p. 30).

Por isso, nota-se que, a partir da ideia de tratar o estudo do direito estrangeiro como autobiográfico em parte, Legrand busca afastar a concepção de objetividade no estudo do direito comparado. Isso ocorre porque, para ele, a pesquisa deve respeitar a dignidade do outro direito, de modo que, para alcançar tal respeito, faz-se necessário buscar ir além daquilo que se encontra expressamente tratado no texto-lei. Quanto mais o comparatista realiza esse exercício, mais dele (ou seja, do próprio comparatista) restará inscrito em sua pesquisa, pois, para interpretar e compreender outra cultura jurídica, o pesquisador utilizará de conceitos e experiências próprias, que adquiriu durante a sua vida.

Essa característica de ser em parte autobiográfico não permite, de modo algum, que o estudo comparado seja feito sem correspondência com a realidade. Conforme assevera Legrand, as culturas são encontradas operando como leis e decisões judiciais, e, por isso, os textos da lei e as decisões devem permanecer como principais focos do estudo comparado. O texto legal, entretanto, não pode ser o local de interrupção da comparação, mas, de modo contrário, deve ser o lugar de onde começa sua presentificação, pois ela deve agir como ponto de partida da comparação (LEGRAND, 2021, p. 126).

Assim, o comparatista que atua segundo a abordagem culturalista não se encontra livre para traçar o direito estrangeiro como bem deseja. Isso porque ele também se encontra vinculado à lei e a decisão judicial, pois essas são compreendidas como produto de uma determinada cultura. Contudo, de modo contrário ao positivista, o culturalista deverá encarar tanto a lei como a decisão como pontos de partida do estudo comparado.

Sobre esse tratamento diferente das duas abordagens em relação à lei e às decisões judiciais, faz-se necessário esclarecer que Legrand indica que os comparatistas da obediência positivista buscam, em suas pesquisas, enfocar somente as leis e decisões jurisprudenciais que consideravam relevantes. Após essa etapa de identificação, eles consideram que o essencial já se encontra feito e que os sistemas jurídicos estudados se encontram dominados, restando apenas a apresentação desses sistemas com enfoque nas definições, conceitos e regras (LEGRAND, 2018, p. 560-573). Os que atuam segundo a abordagem culturalista, de outro modo, devem partir do estudo da lei ou da decisão as considerando enquanto embutidas em uma cultura, com a substituição da ideia limitante de direito positivo por uma ampla, aberta, de juriscultura, permite um aprofundamento do estudo comparado (LEGRAND, 2018, p. 560-573).

Desse modo, observa-se o seguinte: enquanto para o positivista o direito posto é o ponto de partida e o ponto de chegada da pesquisa comparativa, para o culturalista, o direito

posto significa um ponto partida e não poderá representar um ponto de chegada. A lei ou a decisão, lugares de onde o culturalista deve partir, sofrerão um trabalho arqueológico, com o escopo de revelar o que o direito posto esconde, para ser esclarecido também aquilo que ele omite. Assim, o trabalho desse comparatista é revelar, trazer à luz, elucidar vestígios culturais, para trazer uma explicação autentica, o tanto quanto possível. Esses vestígios que devem ser revelados podem tanto ser políticos, como também sociais, econômicos, históricos e outros (LEGRAND, 2018, p. 640).

Ante o exposto neste tópico, verifica-se que as seguintes diferenciações foram tratadas em relação às abordagens positivista e culturalista: enquanto a primeira tem como foco o texto da lei e/ou a decisão judicial, a segunda busca traçar o outro direito, de modo a aprofundar a pesquisa com a análise de outras questões que se mostrem relevantes para a sua compreensão; além disso, a primeira abordagem trata a interpretação como algo perigoso ao encará-la como uma possibilidade de recriação do direito estrangeiro, enquanto a segunda aponta que a recriação é, de certa forma, inevitável, pois o autor compreenderá o outro direito a partir de suas próprias experiências. Além disso, a primeira abordagem busca afastar diferenças e focar na semelhança existente entre sistemas jurídicos, enquanto a segunda compreende que nada há de errado em apontar as diferenças existentes; há, também, diferenciação em relação à busca pela verdade, que ocorre na primeira abordagem por meio de uma análise objetiva com o método funcionalista, e não na segunda; ainda, porque a primeira entende que um dos objetivos do direito comparado é encontrar a melhor solução para determinado problema, enquanto a segunda aponta que essa prática pode levar a um agir etnocentrista.

Essas, portanto, são algumas das principais diferenças entre os campos positivista e culturalista mencionadas por Pierre Legrand.

1.3 A escolha da abordagem culturalista

Diante das diferenças apontadas em relação às possíveis abordagens do direito Comparado, quais sejam, a positivista e a culturalista, será indicada, a seguir, a abordagem eleita para a elaboração da presente pesquisa, assim como as razões que motivaram a escolha dessa abordagem.

A análise estritamente legal da questão do controle de constitucionalidade que pode incidir sobre propostas de emendas constitucionais ou da lei convocatória de referendo não conseguiria responder adequadamente ao problema proposto, qual seja, compreender como o STF e a CCC desenvolveram a sua jurisprudência para assumir o controle preventivo dos atos

que podem levar à reforma dos textos constitucionais de seus países e a maneira que têm exercido essa competência.

Nota-se que o próprio problema já indica que nem o texto constitucional brasileiro e nem o colombiano preveem o controle preventivo de emendas na forma como ele é exercido pelos dois tribunais. A este respeito, convém destacar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CF/88 não prevê expressamente o controle preventivo de constitucionalidade de emendas constitucionais, e a Constituição Política da Colômbia de 1991 – CP/91, por sua vez, prevê o controle sobre a lei convocatória de referendo para alteração do texto constitucional, contudo, apenas em relação a vícios de natureza procedimental[17].

Assim, uma análise vinculada ao texto legal não conseguiria responder sobre qual foi o caminho percorrido, nos dois países examinados, para se alcançar o controle de constitucionalidade preventivo dos atos reformatórios da Constituição. No mesmo sentido, uma análise vinculada somente às decisões do STF e da CCC, sem outras ligações, responderia muito pouco a respeito do problema proposto.

Deste modo, para compreender como o STF e a CCC desenvolveram suas jurisprudências para alcançar a referida forma de controle, será necessário ultrapassar a análise do texto da lei e das decisões judiciais, de modo a realizar o processo de busca de vestígios tratado anteriormente, assim como o de traçado do direito, para, então, localizar e compreender qual foi o fundamento que os tribunais encontraram para assumir essa competência.

Ademais, para responder como os dois tribunais têm exercido tal competência, será necessário abordar questões externas ao direito. São exemplos disso as questões políticas que dizem respeito à relação do Judiciário com o Congresso no caso de declaração de inconstitucionalidade de proposta de emenda ou não, questões históricas que retratem o cenário vivenciado à época de convocação de referendo para reforma do texto constitucional colombiano, dentre outras.

Por isso, como a resposta ao problema proposto por meio da presente pesquisa depende da análise de aspectos que podem estar ocultos ou dissimulados no texto da lei, ou da decisão judicial, e, além disso, de questões políticas, históricas e outras relacionadas à lei, a abordagem culturalista foi eleita para a consecução da pesquisa.

---

[17] "Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: 1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación; 2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación" (COLÔMBIA, 1991).

Há de se ressaltar, ainda, que Emílio Peluso Nader Meyer (2019, p. 481) chama a atenção para a necessidade, na área do Direito Constitucional Comparado no Brasil, de focar em países que se situam no sul global, que possuem sistemas constitucionais mais próximos ao deste país, assim como de buscar uma análise transdisciplinar, ou seja, de identificar o "pano-de-fundo jurídico" da legislação a partir de questões sociológicas, culturais e/ou históricas que sustentam os institutos e instituições de determinado ordenamento jurídico.

Assim, o presente trabalho busca contribuir com o estudo da prática de um país que, assim como o Brasil, também se situa no sul global, e, ainda, com o uso da abordagem culturalista do direito comparado, pretende tratar de questões que estão por trás das normas analisadas, tal como o processo de estabelecimento do STF e da CCC nas Constituições e de definição de suas competências no momento constituinte.

Por fim, cumpre ressaltar mais um motivo pelo qual a abordagem culturalista foi escolhida para esta pesquisa. Através dela, não se pretende apontar qual país detém a melhor prática no que diz respeito ao controle de constitucionalidade preventivo dos atos reformatórios da Constituição, mas sim analisar como os fundamentos apresentados pelo STF e pela CCC para a assunção desse controle diferem, assim como exercem essa competência.

Desse modo, por não se buscar tratar da melhor prática, da prática correta ou verdadeira, indicadas pela abordagem positivista como um dos motivos do estudo comparado, conforme se observa de trechos extraídos da obra de Konrad Zweigert e Hein Kötz, essa não seria a melhor opção para a presente pesquisa.

Portanto, restam esclarecidas as razões da escolha da abordagem culturalista para elaboração da presente pesquisa, que pretende tratar dos fundamentos concedidos pelo STF e pela CCC para o exercício do controle preventivo de constitucionalidade dos atos reformatórios da Constituição, mesmo quando esses fundamentos estejam ocultos ou tenham relação com questões exteriores à lei, assim como analisar a prática de ambas as cortes nesse exercício, mesmo que isso implique em perpassar pelas questões que podem influenciar na atuação das Cortes, tais como a relação com os outros Poderes, por exemplo.

1.4 Questões metodológicas do direito comparado

Conforme indicado no tópico anterior, a abordagem eleita para elaboração da presente pesquisa foi a culturalista. Por isso, o método funcionalista, predominante no campo do direito comparado, que encontra sua maior expressão no trabalho de Konrad Zweigert e Hein Kötz (DUTRA, 2016, p. 198), não balizará a presente pesquisa, tendo em vista que ele se amolda

melhor à abordagem positivista. Desse modo, a presente pesquisa seguirá a abordagem culturalista do direito comparado, assim como os direcionamentos metodológicos propostos para tal campo.

Aqui, esclarece-se que se utiliza da expressão “direcionamentos metodológicos” porque Legrand é enfático ao indicar que, em razão da necessidade de uma resposta à singularidade do direito-texto estrangeiro, o comparatista deve rejeitar o método (LEGRAND, 2021, p. 184).

Embora possa causar estranheza em um primeiro momento, observa-se que tal afirmação não exclui o uso de certas direções ou protocolos. O que Legrand busca afastar com essa afirmação são fórmulas prontas que levem o comparatista a afirmar que está agindo com objetividade na busca pela verdade no estudo do direito estrangeiro.

Assim, um dos primeiros direcionamentos metodológicos apontados por Legrand é o de sempre buscar trabalhar com materiais do país estudado, ou seja, com textos que se encontrem escritos na linguagem do outro. O autor aponta que se deve garantir a circulação da informação a respeito do direito estrangeiro, de modo a buscar não circunscrever um direito-texto estrangeiro apenas dentro de um horizonte interpretativo familiar (LEGRAND, 2021, p. 184).

Portanto, não basta que o comparatista, ao realizar um estudo comparado, consulte apenas os textos produzidos no seu próprio país que tenham relação com o direito estrangeiro. Tal prática acabaria por revelar apenas aquilo que os autores nacionais pensam a respeito de determinado texto-lei ou decisão produzido em outro país. Assim, o comparatista deve ir além de tal prática e se esforçar para obter o conhecimento sobre o direito estrangeiro com base nas discussões empreendidas no país analisado em sua pesquisa.

Outro ponto indicado por Legrand relaciona-se ao que já foi tratado anteriormente, mas que também merece ser destacado neste tópico: o culturalista deve iniciar sua análise com foco nas leis e decisões judiciais, entretanto, não pode finalizar sua pesquisa de modo a retornar a tais pontos. Ao analisar esses textos, o comparatista deverá insistir naquilo que as palavras dissimulam, no que elas aparentemente não dizem, mas que afirmam pelos vestígios deixados.

Esses vestígios devem ser encarados como uma presença, que, inclusive, afigura-se essencial para a compreensão do direito estrangeiro. Essa prática, que Legrand denomina na obra como “leitura nas entrelinhas”, faz com que o trabalho do comparatista seja incessante, pois dotar um direito de sentido demanda a busca pelo vestígio e a sua estruturação, assim como porque há uma multiplicidade dos vestígios (políticos, sociais, históricos, etc.) que devem ser

analisados, e, por fim, porque nenhum vestígio é originário, ou seja, cada um convocará o seu antecedente (LEGRAND, 2018, p. 690).

Um terceiro direcionamento metodológico observável na obra de Legrand é de que, no ato da comparação, nenhuma similaridade ou fundo comum precisa ser invocado, visto que não se deve ter em mente a comensuração violenta entre direitos. A incomensurabilidade, ou seja, a diferença entre direitos não tem uma mesma medida e que não são, portanto, idênticos, não exclui a possibilidade da comparação, tendo em vista que cada direito-texto se manifesta de modo singular (LEGRAND, 2021, p. 56-61).

Assim, o comparatista não precisa se esforçar para enquadrar determinada prática ou instituto de um país naquilo que é conhecido em seu país. Não há a necessidade, por exemplo, de indicar um nome diferente para a CCC para tornar a compreensão daquele que lê a presente pesquisa, no Brasil, mais fácil – como passar a denomina-la de "Supremo Tribunal Colombiano", por exemplo. De outro modo, o esforço do comparatista deve ser no sentido de buscar retratar, da maneira mais próxima possível, sobre aquilo que ocorre com a lei ou a decisão que estuda do direito estrangeiro.

Outro exemplo disso está relacionado ao analisado na presente pesquisa. Não há como indicar que, na Colômbia, ocorre o controle preventivo de proposta de emenda constitucional - PEC, visto que o controle preventivo lá exercido ocorre em relação à lei convocatória de referendo, na qual consta a proposta de reforma de texto constitucional. Nota-se que embora o controle recaia, de certo modo, sobre a proposta de reforma constitucional, é impróprio dizer que o controle é exercido sobre uma PEC.

Um quarto direcionamento decorre da questão de aceitar que o comparatista carrega, consigo, uma bagagem ideológica (LEGRAND, 2021, p. 165), e que, por isso, será impossível desvencilhar-se disso para compreender o outro direito e realizar o estudo comparado. Deste modo, não há a necessidade de se buscar colocar o comparatista em lugar nenhum, para que assim faça uma análise neutra sobre determinada questão.

Deve-se compreender, portanto, que o comparatista traz, consigo, uma bagagem ideológica da qual não pode se desfazer, e que isso deve ser encarado como algo benéfico, na medida em que auxilia a interpretação e atribuição de sentido ao direito-texto estrangeiro, assim como a ter um olhar crítico em relação àquilo que se estuda.

Por fim, um último direcionamento constante na obra de Legrand é o do respeito à lei estrangeira, tratado anteriormente, que envolve tanto um compromisso durante a construção de sentido ao direito estrangeiro, ou seja, o esforço para conseguir fazer dignidade àquilo que se

encontra previsto no texto-lei e para buscar retratar o outro direito de maneira mais fidedigna possível, embora isso não seja completamente possível, como também não fazer comparações que coloquem um direito acima do outro.

Assim, no estudo comparado, não se deve buscar empreender uma explicação objetiva do direito, nem buscar indicá-lo como verdadeiro, correto, ou melhor, pois as circunstâncias inerentes ao direito são inerentes, como ser situado, localizado, por exemplo, e aquelas relacionadas ao comparatista, limitado, de antemão, pelas suas pré-concepções, impedem alcançar tais finalidades (LEGRAND, 2021, p. 34).

Além dos direcionamentos anteriormente indicados, verifica-se que outros direcionamentos, alinhados à obra de Legrand, merecem ser destacados: o primeiro é de que o estudo comparado não deve se limitar a uma listagem de conceitos ou de institutos jurídicos com a respectiva indicação dos dispositivos de determinadas famílias, ou sistemas de ordenamentos jurídicos; o segundo é de que, embora não seja possível abarcar a totalidade do ordenamento jurídico estrangeiro, o tema deve ser aprofundado pelo contexto em que se insere o problema jurídico analisado (o que pressupõe a análise dos principais debates teóricos que se relacionam ao problema, da regulamentação da questão no país e, ainda, dos debates jurisprudenciais a respeito do problema analisado) (VEÇOSO, 2019, p. 188).

Ante o exposto, a presente pesquisa se pautará pelos direcionamentos anteriormente mencionados, com o fim de tratar sobre o controle preventivo de constitucionalidade incidente sobre emendas constitucionais, assim como as questões que lhe são relacionadas, nos dois países selecionados, quais sejam, Brasil e Colômbia.

1.5 Conclusões parciais do capítulo

No início deste capítulo, foram abordadas as razões pelas quais a pesquisa comparada, na área do direito, mostra-se relevante. As razões podem ser sintetizadas da seguinte forma: porque apenas por meio da pesquisa comparada torna-se possível conhecer outras leis, instituições e práticas do direito estrangeiro; porque a pesquisa comparada permite ter contato com um ambiente de pensamento jurídico distinto daquele em que se está situado; porque a pesquisa comparada permite uma “destotalização”, pois por meio dela é possível ter conhecimento de que há outra coisa para além do próprio direito; porque ela permite verificar se um determinado problema ou desafio jurídico conta com uma solução distinta, não refletida

no cenário nacional; porque o contato com o direito estrangeiro permite notar questões no direito pátrio que passam desapercebidas.

As razões anteriormente indicadas explicitam a importância e a necessidade das pesquisas comparadas no direito, e, em consequência, também servem de fundamento à presente pesquisa.

Após a indicação dessas razões, foram abordadas algumas das classificações das pesquisas comparadas no direito. Dentre essas classificações, foi dado destaque àquela adotada pelo autor Pierre Legrand, que indica que os estudos comparados podem ser divididos em duas correntes e/ou abordagens: a positivista ou a culturalista.

Os estudos que adotam a abordagem positivista, segundo aponta o referido autor, compartilham alguns elementos em comum, dentre os quais convém ressaltar: a proposta de se realizar o estudo com foco nos textos de lei e de fazer uma "escrita em branco", para repetir aquilo que está na lei, sem interpretações, e, com isso, obter uma escrita não situada; o escopo de localizar semelhanças entre diferentes ordenamentos. Já as pesquisas que adotam a abordagem culturalista, para Legrand, propõem um estudo mais aprofundado da lei, que considere questões históricas, sociais, políticas e outras que estejam relacionadas à lei, ou seja, que permitam explicar a razão de determinada questão estar disciplinada de determinada forma em um ordenamento jurídico.

Diante dessa diferenciação, foi indicado, no penúltimo tópico do capítulo, a escolha da abordagem culturalista para realização da pesquisa e os motivos dessa escolha. Um dos motivos apontados foi porque apenas a análise legal não permitiria compreender como o STF e a CCC desenvolveram sua jurisprudência para assumir o controle preventivo dos atos reformatórios das Constituições de seus países, nem como esses tribunais têm atuado; outra razão foi pela indicação, na literatura brasileira, da necessidade de pesquisas comparadas transdisciplinares, que não foquem apenas em questões legais; por fim, porque esta pesquisa não busca indicar qual país detém a melhor prática no controle preventivo de constitucionalidade dos atos reformatórios, mas sim verificar as diferentes formas de seu exercício em cada um dos países analisados.

2 CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS NO BRASIL

O texto constitucional brasileiro não prevê expressamente a hipótese de controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade de emendas constitucionais, embora o órgão de cúpula do Poder Judiciário, o STF, tenha exercido tal competência desde 1980. Por isso, para compreender a maneira como essa competência foi assumida pelo Tribunal na referida data, quando ainda vigente a Constituição de 1967, reformada pela EC nº 01/69, e de que forma ela tem sido exercida desde então, os passos descritos a seguir serão observados neste capítulo.

Inicialmente, com o fim de entender a maneira como o controle preventivo de constitucionalidade é disciplinado no sistema brasileiro e quais sujeitos podem exercê-lo, serão analisados dispositivos da CF/88 e da legislação infraconstitucional. Porém, antes de adentar à análise legal, serão abordadas questões históricas relacionadas ao processo de definição das competências do STF durante a Assembleia Nacional Constituinte – ANC, com o fim de compreender o motivo pelo qual, mesmo sem expressa autorização constitucional, o STF conseguiu alcançar a competência ora discutida.

Percorrido esse caminho e constatado como a CF/88 e a legislação infraconstitucional dispõem sobre o controle preventivo de constitucionalidade, assim como quais discussões ocorreram, durante o processo constituinte, para definição das competências do STF, serão analisadas, então, as principais decisões proferidas pelo Tribunal no controle de constitucionalidade de propostas de emendas constitucionais desde 1980, para verificar, desse modo, como se deu a assunção dessa competência e como é a atuação da Corte nesse exercício.

2.1 Definição de estrutura e competências da Suprema Corte e previsão do controle preventivo de constitucionalidade na Constituição e na Legislação Infraconstitucional

A CF/88, atualmente vigente, foi elaborada no período de transição de um regime ditatorial, que se estendeu do período de 1964 a 1985, para um regime democrático. A transição para a democracia, no Brasil, situa-se em um dos períodos em que diversos países que estavam sob regimes não democráticos adotaram regimes democráticos. Esses períodos de transição são analisados e denominados por Samuel P. Huntington como “ondas democráticas” (HUNTINGTON, 1994, p. 23). Para o autor, o caso brasileiro situa-se na terceira onda de democratização, ou seja, um terceiro período de transição de regimes não democráticos para democráticos no mundo, que se iniciou no ano de 1974.

Nesse período de transição de regimes, a ANC, encarregada de formular o texto constitucional, foi convocada através da Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, durante o governo do então Presidente da República José Sarney. A ANC iniciou seus trabalhos na data de 1º de fevereiro de 1987 e os concluiu em 05 de outubro de 1988, data que marca a promulgação do texto constitucional.

Importante destacar que nesse período de transição emergiu uma nova coalizão de poder, autodenominada "Aliança Democrática". Essa coalização era representada, em suma, pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB e Partido da Frente Liberal – PFL, que apoiou, de início, o então Presidente José Sarney (PILATTI, 2019, p. 19-20), que exerceu o seu mandato do período de 15 de março de 1985 a 15 de março de 1990.

O então Presidente, em cumprimento a um dos "compromissos com a Nação" da Aliança Democrática, convocou a ANC através da EC anteriormente citada, assim como constituiu uma Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, cuja presidência foi entregue a Afonso Arinos. A criação dessa comissão foi questionada pelas esquerdas e entidades civis e religiosas, tais como a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB e a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, e também pelos progressistas, que enxergavam a tentativa de interferência presidencial na agenda temática da futura constituinte. Mesmo diante dos questionamentos, a comissão elaborou um anteprojeto de Constituição que foi entregue à Sarney. O anteprojeto, contudo, nunca chegou a ser remetido à Constituinte, tendo em vista que não se adequava às expectativas do Presidente (PILATTI, 2019, p. 21).

No que diz respeito à ANC convocada, observa-se que, de acordo com o art. 1º, § 1º, da Resolução nº 02[18], de 1987, que dispõe sobre o Regimento Interno da ANC, ela era composta por Senadores e Deputados no exercício do mandato (BRASIL, 1987). Nesse sentido, Adriano Pilatti (2019, p. 21) ressalta que as eleições para os legislativos federal e estadual do ano de 1986, que ocorreram de maneira conjunta às eleições para os executivos estaduais, configuraram, na verdade, eleições constituintes, afirmação feita em razão da composição da ANC.

Sobre o alinhamento político dos constituintes, é possível verificar que 33% dos constituintes estavam ligados a partidos de direita, 25% de centro-direita, 11% de centro, 14% de centro-esquerda e 17% de esquerda (LIMA, 2009, p. 120). Havia, portanto, vantagem dos partidos de centro e centro-direita na composição da ANC, pois, somados, atingiam 69% das

[18] Art. 1º: A Assembleia Nacional Constituinte realizará os seus trabalhos, salvo por motivo de força maior, na Sede do Congresso Nacional, em Brasília. § 1º: Compõem a Assembleia Nacional Constituinte os membros do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, no exercício do mandato (BRASIL, 1987).

vagas, enquanto os partidos de centro-esquerda ou esquerda atingiam apenas 31% do número total de constituintes, ou seja, o primeiro grupo ocupava mais de 2/3 de todos os assentos.

Para elaboração do projeto da Constituição, foram constituídas 08 (oito) comissões temáticas, que, por sua vez, dividiram-se em 03 (três) subcomissões cada, conforme é possível extrair da redação do art. 15 do documento já citado[19] (BRASIL, 1987). Assim, a constituinte contava, ao todo, com 24 (vinte e quatro) subcomissões para discussão a respeito das questões que fariam parte da nova Constituição.

A discussão sobre a nova estrutura e competências que seriam atribuídas ao Poder Judiciário, que interessa à presente pesquisa, coube à Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público – SPJMP, pertencente à Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo da ANC. Nessa subcomissão, José Costa, do PMDB, atuou como presidente, Jairo Carneiro, do PFL, e Plínio Sampaio, do Partido dos Trabalhadores - PT, como 1º e o 2º vice-presidentes, respectivamente, e Plínio Sampaio atuou como relator (ANC, 1987a, p. 94).

Os debates ocorridos nas subcomissões temáticas partiam das sugestões encaminhadas pelos constituintes e pela sociedade civil nas reuniões e audiências públicas. Apresentadas as sugestões, o relator coletava as propostas, emitia parecer e as submetia à votação na subcomissão. Após votação por maioria simples, era aprovado um anteprojeto que seguiria para a respectiva Comissão Temática, que também votava e enviava o relatório para a Comissão de Sistematização que, por sua vez, tinha de propor um Anteprojeto de Constituição ao plenário da ANC, para discussão[20] (LIMA, 2018a, p. 157).

Por isso, na SPJMP, foram produzidos os seguintes documentos até a aprovação do anteprojeto: Relatório e Anteprojeto do Relator, Emendas ao Anteprojeto do Relator (Emendas 1 a 199, 200 a 399 e 400 a 583), Parecer do Relator às Emendas e, por fim, Anteprojeto da Subcomissão[21].

---

[19] As Comissões Temáticas, nos termos dos incisos I a VIII do art. 15 da Resolução nº 02, de 1987, eram: I. Da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher; II. Da Organização do Estado; III. Da Organização dos Poderes e Sistema de Governo; IV. Da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições; V. Do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças; VI. Da Ordem Econômica; VII. Da Ordem Social; VIII. Da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação. Excluídas dessa contagem, portanto, as Comissões de Sistematização e de Redação.

[20] As etapas e fases da constituinte podem ser acessadas no sítio eletrônico do Portal da Câmara dos Deputados. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituinte. Acesso em 12 mai. 2022.

[21] Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituinte/comissoes-e-subcomissoes/copy_of_comissao-da-organizacao-dos-poderes-e-sistemas-de/subcomissao3c. Acesso em 17 mai. 2022.

A SPJMP era composta, em sua grande maioria, por advogados. De todos os integrantes, 87,5% dos seus possuíam bacharelado em Direito. Além disso, a Subcomissão também contou com forte participação de juristas de profissão e acadêmicos, como desembargadores, juízes, professores, dentre outros (LIMA, 2018a, p. 158-159).

Ao todo, a SPJMP realizou dez audiências públicas[22]. As audiências tinham por objetivo permitir aos diversos segmentos da comunidade jurídica e da sociedade civil debates a respeito dos temas que estavam sob sua apreciação. Para esse debate, diversas autoridades e entidades foram convidadas a falar (convite esse que foi realizado após votação pelos membros da Subcomissão).

Cumpre destacar que havia a preocupação, tanto por parte do Relator da SPJMP, como também por parte dos membros do colegiado, de evitar uma "comissão corporativista", ou seja, que cuidasse apenas dos interesses relacionados às categorias conectadas à Justiça. Mesmo com essa preocupação, as questões corporativas dominaram parte dos debates, tendo em vista que até mesmo a escolha dos depoentes deu preferência àqueles que tinham alguma profissão jurídica[23] (TAVARES FILHO, 2009, p. 222).

Diante da vantagem na composição da subcomissão, os setores corporativos se articularam e atuaram para, ao final, conseguir a rejeição das propostas que visavam modificar o aparato judicial. Exemplos de propostas que visavam alterar a estrutura do Poder Judiciário eram a criação de um Tribunal Constitucional – a quem seria atribuído o controle de constitucionalidade - e o fim da Justiça Militar, que foram rejeitados (LIMA, 2018a, p. 159).

A este respeito, convém destacar que no Anteprojeto elaborado pelo Relator dessa subcomissão havia uma seção que tratava sobre o Tribunal Constitucional, que seria composto por 09 (nove) ministros com mandatos de 12 (doze) anos, sem a possibilidade de recondução (ANC, 1987b, p. 11-12). Disposição semelhante, no entanto, não consta no Anteprojeto da

---

[22] As datas, os temas das audiências e os nomes dos constituintes que participaram desta Subcomissão podem ser acessados em consulta ao "Portal da Constituição Cidadã" junto ao sítio eletrônico da Câmara dos Deputados. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituinte/comissoes-e-subcomissoes/copy_of_comissao-da-organizacao-dos-poderes-e-sistemas-de/subcomissao3c. Acesso em 10 mai. 2022.

[23] Segundo indica Newton Tavares Filho (2009, p. 221), vinte e um convidados foram ouvidos nessas audiências: treze eram representantes de doze entidades, quais sejam, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas (Abrat), Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra), Associação Nacional dos Defensores Públicos, Associação Nacional dos Serventuários da Justiça e Associação Nacional dos Delegados de Polícia (Adepol), Comissão de Justiça e Paz, Confederação Geral dos Trabalhadores (CGT), Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (Contag), Confederação Nacional do Ministério Público (Conamp), Federação Nacional dos Jornalistas (Fenaj) e União Sindicalista Independente (USI), enquanto oito eram juristas e magistrados, quais sejam, professor José Joaquim Calmon Passos, Dr. Roberto de Oliveira Santos, professor José Lamartine Corrêa de Oliveira, professor Luis Pinto Ferreira, professor Fábio Comparato, professor Raul Machado Horta, Antônio Pessoa Cardoso e o Ministro Paulo Brossard.

Subcomissão, que excluiu o Tribunal Constitucional dos órgãos que deveriam compor o Poder Judiciário (ANC, 1987c, p. 2).

Sobre isso, Ernani Rodrigues de Carvalho Neto (2007, p. 310-316) indica que o PMDB teve poder hegemônico na referida subcomissão, que foi dividido com os bacharéis que compunham as vagas. Isso resultou em uma baixa polarização, que, inclusive, só ocorreu quando apresentado o projeto do Relator. A este respeito, o autor entrevistou o constituinte Plínio de Arruda Sampaio, constituinte que atuou como Relator da subcomissão ora analisada, que indicou que os setores corporativos conseguiram as vitórias relacionadas à manutenção da estrutura do Poder Judiciário, e, depois disso, deixaram os debates na subcomissão. Além disso, o entrevistado também indicou que o grande *lobby* que ocorreu na subcomissão foi em relação ao pessoal ligado ao STF, que estava preocupado com a redação do atual art. 101, que trata da composição do Tribunal, e 102, que trata das competências.

Assim, embora tenha se buscado evitar a defesa de interesses corporativistas, a referida Subcomissão concedeu espaço para defesa de interesses jurídicos por determinados grupos, visto que os próprios constituintes exerciam alguma profissão jurídica, ou, ainda, os convidados a falar nas audiências públicas eram pessoas que, de algum modo, também estavam inseridas nesse meio. Esses grupos atuaram e garantiram que grandes mudanças, como a criação de um Tribunal Constitucional, por exemplo, não seriam implementadas pelo novo texto constitucional.

Importante destacar, também, que discussões relacionadas ao órgão de cúpula do Poder Judiciário também ocorreram em outras subcomissões, tais como na Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e das Garantias, que fazia parte da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. Tais discussões, contudo, contaram com resultado distinto daquele observado na primeira subcomissão analisada.

Esta subcomissão realizou ao todo 16 audiências públicas[24]. Nela, Maurílio Ferreira Lima, do PMDB, foi nomeado como presidente, Orlando Pacheco – PFL e Uldurico Pinto – PMDB atuaram como 1º e 2º vice-presidentes, respectivamente, e Lysâneas Maciel – PDT atuou como relator.

Fernando Trindade (2009, p. 79) ressalta que essa subcomissão realizou audiências públicas itinerantes, ou seja, fora da sede da ANC, em Brasília. O perfil do presidente e relator,

[24] As datas e os temas das audiências podem ser acessados junto ao sítio eletrônico da Câmara dos Deputados através do link: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituinte/comissoes-e-subcomissoes/Comissao-1/subcomissao1b. Acesso em 17 mai. 2022.

constituintes Maurílio Ferreira Lima e Lysâneas Maciel, foi decisivo para isso, pois, conforme aponta o autor, tratavam-se de parlamentares com importantes bases eleitorais nos movimentos populares e procuraram incluir esses movimentos nos debates da Constituinte. O autor também destaca que o constituinte Lysâneas Maciel possuía o receio de que a Constituinte fosse hegemonizada por forças conservadoras.

Nessa subcomissão, foi debatido sobre a criação do "Tribunal de Garantias Constitucionais", que seria composto por 09 (nove) juízes e teriam mandato de 04 (quatro) anos, vedada a recondução (ANC, 1987d, p. 04). A criação do "Tribunal das Garantias Constitucionais" e a ampliação das garantias constitucionais, como o mandado de injunção, prevaleceram em todas as fases nessa subcomissão (KOERNER, FREITAS, 2013, p. 164) e constaram no Anteprojeto elaborado pela Subcomissão (ANC, 1987e, p. 06).

Assim, observa-se que a referida subcomissão também trouxe a questão da criação de um Tribunal exclusivo para o exercício do controle de constitucionalidade à debate, entretanto, chegou em resultado distinto da SPJMP, visto que, nela, prevaleceu o entendimento de que seria devida a criação do referido Tribunal, conforme é possível verificar pelo Anteprojeto final produzido pela Subcomissão.

Por fim, ressalta-se que posições corporativistas do Judiciário ganharam destaque também em outro momento da constituinte: na Comissão de Sistematização, em que atuaram como Presidente Afonso Arinos, do PFL, como 1° Vice-Presidente Aluízio Campos, do PMDB, como 2° Vice-Presidente Brandão Monteiro, do PDT, e como Relator Bernardo Cabral, do PMDB (1987a, p. 169).

Nessa comissão, os conservadores se uniram em torno de forças conservadoras para alterar o Regimento Interno da constituinte. Havia temor de que isso pudesse sustar a votação do Anteprojeto de autoria do Relator Bernardo Cabral. Por isso, Ulysses Guimarães, presidente da ANC, estimulou a aceleração da votação do Anteprojeto na Comissão. Quando o capítulo sobre Poder Judiciário foi posto em votação, isso levou dezenas de magistrados aos corredores da Câmara dos Deputados para defesa de seus interesses, tais como supressão de dispositivo que instituía o Conselho Nacional de Justiça. A sessão contou com tumulto e, ao final, a força corporativista atuante, que ficou conhecida como "o *lobby* do judiciário", saiu vitoriosa em quase todas as suas demandas. Destaca-se, ainda, no que diz respeito à manutenção da estrutura do STF, que a Comissão de Sistematização sequer chegou a discutir a criação do Tribunal Constitucional, assim como que emendas que visavam o aumento do número de ministros na

Corte foram rejeitadas e que, em relação às competências do Tribunal, apenas houve modificação para extinguir a avocatória (CARVALHO, 2017, p. 55-57).

Assim, é possível observar, mais uma vez, uma atuação corporativista pelo Poder Judiciário durante a constituinte. Nesse momento, o grupo teve atuação voltada a manter a situação então vigente no que diz respeito ao STF, ou seja, para que não fossem implementadas mudanças significativas ao Tribunal, tais como aquelas relacionadas à estrutura e a competências.

As discussões até aqui mencionadas, ocorridas em Subcomissões ou Comissões tratam do STF enquanto "produto" da constituinte, ou seja, enquanto objeto de deliberação na ANC. Até aqui, é possível perceber que os ministros, nos momentos de deliberação de assuntos relacionados ao Tribunal, agiam de maneira a construir alianças com membros do Legislativo, sobretudo de partidos políticos de centro e centro-direita para lograr a preservação do STF da maneira como estava. A relação com os conservadores era alimentada porque, de um lado, havia interesse na manutenção institucional do Tribunal, enquanto de outro, buscava-se apoio no que diz respeito ao uso estratégico que faziam do STF para bloquear decisões indesejadas no âmbito da ANC (KOERNER; FREITAS, 2013, p. 142 e 162).

Diante disso, é possível indicar que, durante as discussões empreendidas na constituinte sobre o STF, os ministros buscaram formar alianças com os constituintes que pertenciam a partidos políticos que estavam em maioria na constituinte, com o escopo de evitar mudanças no desenho estrutural do Tribunal ou perder competências que já lhe eram garantidas. Em troca, o Tribunal mantinha-se como *locus* de discussão para aqueles que saíssem inconformados com os resultados na ANC.

Mas, para além dessa atuação relacionada à construção de alianças com membros do Legislativo, verifica-se que o órgão de cúpula do Poder Judiciário também agiu no processo de elaboração do novo texto constitucional de outras formas. A este respeito, é possível falar da atuação do STF também enquanto "produtor" da nova Constituição (KOERNER, FREITAS, 2013, p. 142).

Nesse sentido, os ministros tiveram influência na ANC de três maneiras. Uma delas ocorreu quando, por exemplo, agentes que buscavam sustentar suas posições em conflitos ocorridos durante a ANC mobilizavam o Tribunal. O Tribunal foi mobilizado como recurso estratégico por conservadores para discutir sobre as relações entre a constituinte e os poderes constituintes, sobre as regras internas da ANC e a duração do mandato do então Presidente José Sarney (KOENER; FREITAS, 2013, p. 148-149). Outra forma de atuação ocorreu quando o

Tribunal foi utilizado como arena decisória ao decidir conflitos e atuar como instância normativa, como, por exemplo, nos Mandados de Segurança nº 20.718 e 20.828, em que o STF fixou o entendimento de que não era devida a intervenção nas decisões da ANC, tendo em vista que as decisões da constituinte não eram definitivas e não existia ato de autoridade, e nos Inquéritos nº 273 e 307, o Tribunal tratou do alcance das normas regimentais da ANC (KOENER; FREITAS 2013, p. 157). Por fim, outra forma ocorreu quando os ministros atuaram como opinantes constitucionais, o que ocorreu pouco antes da promulgação do texto constitucional, quando expressavam sua opinião a respeito da aplicação da CF em seminários, declarações à imprensa e eventos[25] (KOENER, FREITAS, 2013, p. 148-174).

Assim, o STF contou com a possibilidade de impactar os trabalhos constituintes diretamente, tendo em vista que pode decidir sobre questões relevantes, como a definição de limites da ANC, por exemplo, e ainda, porque os ministros puderam se manifestar a respeito do que ocorria no processo constituinte.

Diante disso, é possível afirmar que o contexto da participação do STF na ANC foi marcado por uma ambivalência, que pode ser verificada em razão de ter figurado como parte interessada e, ainda, como possível árbitro da constituinte. Essa condição garantiu posição distinta para o Tribunal negociar o próprio estatuto funcional e, além disso, também o desenho de suas competências na CF (CARVALHO, 2017, p. 41).

A ambivalência mencionada se verifica porque, conforme indicado anteriormente, os ministros do STF tiveram influência no processo de elaboração do texto constitucional de mais de uma maneira, o que ocorreu tanto quando o Tribunal foi objeto de deliberação, momento em que os ministros buscaram firmar alianças com constituintes de partidos de centro e centro-direita, como também quando o Tribunal podia deliberar sobre a constituinte, quando decidiu ou se manifestou sobre a ANC.

O resultado dessa atuação em mais de uma frente foi produtivo, tendo em vista que, ao final dos trabalhos da constituinte, foram aprovadas questões que interessavam ao Tribunal. Como exemplo dessas questões, é possível verificar que grande parte da estrutura interna do Judiciário foi mantida e, além disso, o STF foi conservado como órgão de cúpula, com a possibilidade de exercer o controle de constitucionalidade difuso e concentrado (CARVALHO, 2017, p. 62-65).

---

[25] Os autores citam os seguintes exemplos: o II°. Fórum Jurídico "A Constituição Brasileira", que ocorreu dentre 19 e 21 de setembro de 1988 e foi organizado pela Federação do Comércio Minas Gerais, a Fundação Dom Cabral e a Academia Internacional de Direito e Economia (VVAA, 1988); o fórum jurídico de 1989-1990, organizado pelas mesmas entidades; por fim, a Sessão de comemoração dos 160 anos do STF em 20 de setembro de 1988 (KOENER, FREITAS, 2013, p. 148-149).

A exata compreensão do motivo de haver uma concentração de poderes no STF no atual sistema jurídico perpassa por diversas questões, tais como a judicialização da política como fenômeno global, a imagem de espaço de salvaguarda de direitos construída pelo Tribunal durante o governo militar, e outras. Uma dessas questões é a que foi tratada anteriormente e que diz respeito à atuação do Judiciário e, mais especificamente, do STF, durante a constituinte (LIMA, 2018a, p. 163), pois demonstra como o STF agiu, no passado, para não sofrer alterações em sua estrutura e nem perder competências.

O atual texto constitucional, conforme indica Conrado Hubner Mendes, é o que até hoje "mais depositou confiança no papel do direito e do judiciário" (MENDES, 2008, p. 18). Nota-se que foi atribuído ao órgão de cúpula desse poder o controle da compatibilidade das leis com a Constituição em última instância, até mesmo com a possibilidade de controle sobre a inércia do legislador.

O STF foi tratado no Título IV, Capítulo III, Seção II, da CF/88. De acordo com o art. 102, foi atribuída ao Tribunal competência originária e recursal. A competência originária, para processar e julgar causas originalmente, pode ser exercida em uma das formas prevista nas dezesseis alíneas do inciso I do art. 102, enquanto a recursal pode ocorrer nas formas dispostas nos outros dois incisos do art. 102 da CF/88, que contam com outras seis alíneas.

No que diz respeito às ações para exercício do controle de constitucionalidade pelo Tribunal, verifica-se que os legitimados a sua propositura foram tratados nos oito incisos do art. 103 do texto constitucional. Esse, inclusive, foi um ponto que sofreu modificação com a aprovação da CF/88, pois, até então, somente o Procurador Geral da República – PGR detinha legitimidade para propor a ação visando à declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Sobre isso, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (2013, p. 122-123) indicam que o controle concentrado e abstrato não desempenhava papel relevante no sistema até a CF/88, tendo em vista como o Procurador-Geral da República, único legitimado, era agente que, à época, era livremente nomeado pelo Presidente da República e a ele politicamente subordinado, o que tornava praticamente impossível que houvesse o questionamento, no controle abstrato de constitucionalidade, de atos normativos cuja subsistência interessasse ao Governo Federal.

Por fim, destaca-se, para além dessas duas questões de ampliação do rol de competências atribuídas ao STF e do rol de legitimados à propositura de ações que tem, por objeto, o debate sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo, a Constituição também

introduziu novas ações de inconstitucionalidade, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, para ampliar a possibilidade de debate, perante o Judiciário, sobre a constitucionalidade dos atos emanados dos demais Poderes.

Observa-se, portanto, que a Constituição brasileira, assim como outras Constituições contemporâneas, assumiu compromissos maximizadores, ante a ampla gama de direitos sobre os quais dispôs, e, além disso, conferiu competências superlativas à sua Suprema Corte, de maneira a desfavorecer a discricionariedade política do Legislativo (ALVES, 2012, p. 277).

Por isso, é possível afirmar que houve um fortalecimento do sistema de jurisdição constitucional, representado pela introdução das novas ações de constitucionalidade e pela ampliação dos legitimados a sua propositura, como também em razão da abrangência dos temas tratados na Constituição, que fez com que diversas questões polêmicas passassem a ser questionadas diretamente na Corte, que, por sua vez, passou a ser vista como via de questionamento para tentar reverter derrotas na arena legislativa por parte dos legitimados ativos (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 124).

Esse fortalecimento modificou a presença do STF no espaço político, que ocorreu da marginalidade para a centralidade. Essa alteração é explicada na literatura, para além da questão da influência do próprio Poder Judiciário na definição de sua estrutura e competências no texto constitucional, também por outros fatores, como, por exemplo, uma maior "(...) consciência de direitos presente em nossa sociedade, o elevado grau de pluralismo político e social nela existente, o fortalecimento da independência do Poder Judiciário e a mudança na nossa cultura jurídica hegemônica" (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 124), ainda, em razão de o próprio STF agir para buscar remarcar as fronteiras de sua atuação junto aos outros poderes (ARGUELHES; RIBEIRO, 2016, p. 408) e também pela fragmentação partidária, que possui forte impacto positivo no empoderamento do Judiciário e no da Suprema Corte (BARBOSA, 2015, p. 16).

Tem-se, assim, que o STF conseguiu manter, da ordem constitucional antiga, a estrutura e posição de órgão de cúpula, porém, além disso, alcançou outras competências na nova Constituição, o que, aliado a outros fatores, levou a essa alteração de posição do Tribunal no cenário político, antes visto como vinculado aos outros ramos para aquele que detém a última palavra a respeito do texto constitucional.

Ressalta-se que, mesmo após a aprovação do texto constitucional, o papel político do STF ainda foi reforçado, o que se deu tanto por meio de ECs nº 3/93 e 45/05, assim como pelas

Leis nº 9.868/99 e 9.882/99. Esse reforço do papel do Tribunal no arranjo institucional brasileiro, verificado desde a CF/88, levou ao uso do termo “Supremocracia” para descrever o que se passa no cenário brasileiro, termo cunhado para tratar tanto da autoridade do STF em relação às demais instâncias do Poder Judiciário, como também em relação à expansão da autoridade do Tribunal em detrimento dos demais Poderes (VIEIRA, 2008, p. 444).

Assim, diversos motivos são apontados para indicar o motivo de o STF, atualmente, deter o poder de decidir em última instância sobre questões políticas. Um desses motivos está relacionado à própria atitude do Tribunal, que assumiria atitudes decisivas para a expansão de seu poder.

Nesse sentido, interessante notar a seguinte questão: pela leitura do texto constitucional, observa-se que uma das competências atribuídas ao Tribunal é o controle posterior (ou repressivo) de constitucionalidade, que pode ser exercido, pela via concentrada, quando propostas, perante o STF, ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual - ADI e a ação declaratória de constitucionalidade lei ou ato normativo federal - ADC, na forma prevista no art. 102, inciso I, alínea “a”, arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF, na forma prevista no § 1º do mesmo artigo, ou, ainda, ação de inconstitucionalidade por omissão - ADO, tratada no art. 103, § 2º, da CF (BRASIL, 1988). O rol de legitimados para propositura das ações mencionadas nesses dispositivos encontra-se disposto nos nove incisos do art. 103 da CF/88, conforme mencionado anteriormente.

Já na forma difusa, o Tribunal pode exercer o controle de constitucionalidade repressivo através de Recurso Extraordinário - RE, na forma trata no inciso III, alíneas “a”, “b” e “c” e “d”, nas seguintes hipóteses: quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da CF, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição, ou julgar válida lei local contestada em face de lei federal (BRASIL, 1988).

Assim, o órgão de cúpula do Poder Judiciário detém competência para analisar a constitucionalidade dos atos dos demais Poderes somente em momento posterior à aprovação e vigência desse ato, o que pode ocorrer tanto pela via concentrada, inserida no sistema constitucional brasileiro através da Emenda Constitucional nº 16/65 com inspiração no modelo de revisão constitucional austríaco, cuja formulação é atribuída ao jurista e filósofo austríaco Hans Kelsen, ou difusa, inserida no sistema brasileiro no início da República, com inspiração no modelo de revisão norte-americano, cujo início remonta ao caso Marbury v. Madison, julgado pela Suprema Corte estadunidense no ano de 1803.

No que tange ao controle preventivo de constitucionalidade, observa-se que esse poder foi atribuído aos outros dois Poderes da União, ou seja, ao Legislativo e ao Executivo. O texto constitucional, em seu art. 49, inciso V, e 68, § 3º, da CF, trata do controle exercido pelo Congresso Nacional em relação aos atos do Presidente da República, pela possibilidade de sustação dos atos do Poder Executivo que extrapolarem o poder regulamentar ou os limites de delegação legislativa, enquanto o art. 66, §1º, dispõe sobre a oposição de veto, pelo Presidente da República, a projeto de lei aprovado pelas casas do Congresso Nacional (BRASIL, 1988).

Assim, o texto constitucional prevê formas de controle preventivo de constitucionalidade, que devem ser exercidas pelos Poderes Legislativo e Executivo nas hipóteses anteriormente mencionadas. Há, entretanto, outra forma de controle preventivo, indicada no art. 58 da CF/88 e disciplinada pela legislação infraconstitucional, exercida internamente pelas casas do Congresso Nacional, por comissões.

Nese sentido, é possível observar que os Regimentos Internos das Casas do Congresso Nacional, quais sejam, a Resolução nº 17 de 1989, referente ao Regimento Interno da Câmara dos Deputados – RICD, a Resolução nº 93 de 1970, referente ao Regimento Interno do Senado Federal - RISF, e, ainda, a Resolução nº 1 de 1970, referente ao Regimento Interno do Congresso Nacional – RICN, o último válido para trabalhos unicamerais, estabelecem as regras para apreciação das proposições legislativas.

As proposições legislativas consistem em projetos de lei, propostas de emenda constitucional, projetos de código e outros[26], submetidos à apreciação das Casas do Congresso Nacional. No que tange especificamente às propostas de emendas constitucionais, objeto de análise deste trabalho, verifica-se que, após a apresentação por um dos legitimados no art. 60, incisos I a III[27], da CF, em uma das Casas do Congresso Nacional, elas seguem para análise de admissibilidade pela Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania – CCJC.

Neste ponto, importante destacar que embora não exista disposição nesse sentido, as PECs costumam ter seu trâmite iniciado perante a Câmara dos Deputados (ARRUDA, 2021, p.

---

[26] De acordo com o art. 100, *caput*, do RICD, “proposição é toda matéria sujeita à deliberação da Câmara”. Tais matérias sujeitas à deliberação podem consistir em: “proposta de emenda à Constituição, projeto, emenda, indicação, requerimento, recurso, parecer e proposta de fiscalização e controle", nos termos do § 1º do mesmo artigo (BRASIL, 1989, p. 59). Já no RISF, é estabelecido, no art. 211, que as proposições podem consistir em PECs, projetos, requerimentos, indicações, pareceres e emendas (BRASIL, 1989, p. 57).

[27] Nos termos do art. 60 da CF/88, podem apresentar PEC: um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; o Presidente da República; mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, desde que, cada uma delas manifeste-se pela maioria relativa de seus membros (BRASIL, 1988).

32). Por isso, será abordado, inicialmente, sobre como o RICD dispõe sobre a tramitação de proposta de emenda constitucional.

O RICD estabelece procedimento especial para a tramitação da PEC. Recebida após a apresentação por um dos legitimados mencionados anteriormente, o Presidente da Câmara despacha a proposta à CCJC, que se manifestará sobre a sua admissibilidade e a devolverá à Mesa com o respectivo parecer. O parecer tem caráter terminativo, nos termos do art. 54, I, e 202, § 1º, o que significa que caso os Deputados votem pela inconstitucionalidade da proposta, o seu trâmite será interrompido, salvo no caso de acolhimento de requerimento de apreciação preliminar em Plenário apresentado por, no mínimo, 1/3 dos Deputados. Entretanto, caso a proposta passe pela CCJC, ela seguirá para a Comissão Especial, que apresentará manifestação sobre o mérito da proposta, conforme prevê o art. 202, § 2º, do RICD (BRASIL, 1989). Aprovada nessa Comissão, a proposta seguirá para discussão e votação, e, depois disso, seguirá para o Senado Federal, na forma prevista no texto constitucional.

O RISF[28], por sua vez, estabelece, em seu art. 101, inciso I, que compete à CCJC opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade em relação às matérias que lhe forem submetidas por deliberação do Plenário, por despacho da presidência, por consulta de uma das comissões, ou, ainda, quando houver recurso de decisão terminativa de comissão para o plenário relacionada a qualquer desses aspectos. Aqui, o controle de admissibilidade da PEC ocorre de forma conjunta à análise de mérito, de forma distinta do que ocorre na Câmara dos Deputados. Quando a Comissão emitir parecer pela inconstitucionalidade ou injuridicidade da proposição, essa será rejeitada e arquivada, salvo quando ocorrer a interposição de recurso em face de parecer que não for unânime (BRASIL, 1970). Aprovada, a PEC segue para Plenário, para discussão e votação. Disso, podem seguir três caminhos: rejeição da proposta, sem a possibilidade de apresentação de proposta com mesmo objeto na mesma sessão legislativa, nos termos do art. 60, § 5º, da CF; sugestão de alterações, caso em que a proposta deverá retornar à Casa iniciadora, para apreciação das sugestões; por fim, aprovação da PEC.

Deste modo, é possível observar que as CCJC foram pensadas para que os próprios representantes eleitos pudessem, internamente, resolver as matérias de constitucionalidade das propostas legislativas (ARRUDA, 2021, p. 24), ou seja, para que, no âmbito do Legislativo, pudesse haver discussão e apreciação de eventual inconstitucionalidade pelos membros do Congresso Nacional. A revisão realizada pelas comissões configura, conforme aponta Luís

[28] Disponível em: https://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISF+2018+Volume+1.psdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4. Acesso em 27 abr. 2022.

Roberto Barroso (2019, p. 97), hipótese de controle preventivo realizado por órgão de natureza política, e que está sujeito à revisão pelo plenário da casa legislativa.

Alguns autores criticam o modo como ocorre a tramitação das proposições legislativas perante as comissões internas do Legislativo. A esse respeito, André Del Negri (2017, p. 114-130) indica que o projeto legislativo obedece a uma estrutura legislativa, o que configura o procedimento. O procedimento, por sua vez, obedece a normas infraconstitucionais, regimentais e constitucionais. Para que o procedimento seja válido e configure um processo, faz-se necessária a observância, na preparação do provimento, do contraditório, ampla defesa e isonomia, tratados no art. 5º, LV, da CF, o que se dá na fase de discussão do projeto. Ressalta-se que, em relação às emendas constitucionais, deve ser observado o procedimento especial, de modo que a emenda pode ser considerada válida se observar aos princípios institutivos do devido processo constitucional.

Porém, algumas questões, tais como as decisões terminativas das comissões, já mencionadas, não permitem, para o autor anteriormente mencionado, o devido debate e a abertura à crítica corretiva ampla por parte dos parlamentares e, em consequência, a observância aos princípios anteriormente tratados (contraditório, ampla defesa e isonomia). O abandono de formas processualmente discursivas e a não observância ao contraditório e à ampla defesa, segundo aponta, são negativos para a democracia, tendo em vista a complexidade da sociedade contemporânea. Por isso, ele defende que, em relação às leis, o melhor caminho é que as discussões sejam levadas para um espaço público mais heterogêneo, que possa garantir a ampla defesa e a participação processualizada de todos os legisladores, com isonomia, o que ocorre no Plenário. Conforme ressaltado por ele, as decisões tomadas dentro das comissões têm o risco de os projetos representarem interesses particulares de deputados e senadores. Diante disso, deve-se observar a celeridade processual, contudo, sem que sejam suprimidas as garantias processuais. Assim, deve-se buscar a verdadeira efetividade, que contemple não só rapidez e resultado, mas que priorize a observância ao devido processo constitucional (DEL NEGRI, 2017, p. 137).

Diante do exposto, verifica-se que, no Brasil, a análise de compatibilidade de um ato em relação à Constituição pode ser realizada de maneira preventiva quando o chefe do Executivo veta projeto de lei, conforme anteriormente mencionado, quando o Legislativo, pelo Congresso Nacional, controla os atos do Presidente da República ou, ainda, quando as Casas do Congresso examinam proposições legislativas internamente, pelas CCJC, para evitarem que um ato contrário ao texto constitucional ingresse no ordenamento jurídico.

Com isso, é possível concluir que o Poder Judiciário, segundo o texto constitucional e a legislação infraconstitucional, encontra-se expressamente autorizado a exercer apenas o controle de constitucionalidade repressivo, que incide em momento posterior, ou seja, quando já completado o processo de formação da lei ou do ato normativo, tendo em vista que o controle preventivo foi atribuído aos outros Poderes.

Importante destacar, nesse ponto, que existiram debates, durante a ANC, sobre o estabelecimento do controle preventivo jurisdicional de constitucional no texto constitucional. Essas propostas abriam a possibilidade de o Congresso submeter proposta à análise prévia pela Suprema Corte[29], de submeter apenas tratados e acordos internacionais, antes de sua aprovação, à apreciação do STF[30], ou, ainda, de criar a ação preventiva de constitucionalidade[31]. Tais propostas, contudo, acabaram sendo rejeitadas e apenas o controle repressivo jurisdicional prevaleceu.

Embora o texto constitucional tenha deixado de fora a possibilidade do exercício do controle de constitucionalidade preventivo pelo Poder Judiciário, observa-se que o STF, mediante a provocação dos membros de uma das Casas Legislativas, exerce o controle de constitucionalidade preventivo, em razão de construção jurisprudencial iniciada no Mandado de Segurança nº 20.257/DF. O entendimento decorre de julgado proferido pelo STF ainda na vigência da Constituição de 1967 e será tratado no tópico a seguir.

A referida possibilidade é indicada como uma das formas mais abrangentes de influência ou interferência sobre a pauta política por parte do STF. Esse controle, pensado inicialmente como exceção, concede espaço para uma atuação ativista do Judiciário brasileiro, que pode impor suas pautas, até mesmo individuais dos ministros do Tribunal, a toda sociedade (OLIVEIRA; CONTI; MEDEIROS, 2021, p. 158-159).

---

[29] Esse debate ocorreu na 4ª reunião da Subcomissão de Garantias a Constituição, Reformas e Emendas, do dia 28/04/1987 (p. 14). A ata da reunião pode ser acessada por meio do link: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituinte/comissoes-e-subcomissoes/comissao-da-organizacao-eleitoral-partidaria-e/subcomissao4c. Acesso em 15 jun. 2022.

[30] O debate sobre tal questão surge na 5ª reunião da Subcomissão de Garantias a Constituição, Reformas e Emendas, do dia 29/04/1987 (p. 18), e também na Comissão de Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições nas datas de 28/05/1987 (p. 19), 08/06/1987 (p. 52). As atas podem ser acessadas por meio dos links: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituinte/comissoes-e-subcomissoes/comissao-da-organizacao-eleitoral-partidaria-e/subcomissao4c e https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituinte/comissoes-e-subcomissoes/comissao-da-organizacao-eleitoral-partidaria-e/comissao4. Acesso em 15 jul. 2022.

[31] Essa proposta surgiu na exposição de Pinto Ferreira durante reunião realizada em 08/07/1987 na Subcomissão do Poder Judiciário (p. 54). A ata pode ser acessada por meio do link: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituinte/comissoes-e-subcomissoes/copy_of_comissao-da-organizacao-dos-poderes-e-sistemas-de/subcomissao3c. Acesso em 15 jul. 2022.

2.2 Mandado de Segurança nº 20.257/DF

A possibilidade de exercício do controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade no Brasil nasceu a partir de voto proferido pelo Ministro Moreira Alves no julgamento do Mandado de Segurança n° 20.257/DF. O julgamento, ocorrido em 08/10/1980, ocorreu ainda na vigência da Constituição de 1967, aprovada durante o governo militar.

Por isso, será analisado, a seguir, como se deu o julgamento do MS nº 20.257/DF e os argumentos utilizados no caso. Já no próximo tópico da pesquisa, o 2.3, serão examinados mais quatro Mandados de Segurança, quais sejam, o MSº 21.648/DF, MS nº 22.503/DF, MS nº 23.047/DF e MS nº 32.033, para apontar como tem ocorrido o controle de constitucionalidade preventivo no Brasil.

A escolha desses cinco casos se deu após revisão bibliográfica sobre o tema, em que foram examinados os textos "Sobre a Legitimidade Democrática na Intervenção Judicial no Processo Legislativo", de autoria de Cláudio Ladeira de Oliveira, Luiz Eduardo Lapolli Conti e Isaac Kofi Medeiros (2021); "Controle judicial do processo legislativo: do minimalismo à garantia do devido procedimento legislativo", de autoria de Eneida Desiree Salgado e Eduardo Borges Espínola (2019); "Perdedores no Congresso Nacional e no STF? A judicialização das questões *interna corporis* do Legislativo", de autoria de Flávia Santiago Lima (2016); "Vontade do tribunal ou generosidade da Constituição? Trazendo o constituinte para o debate", de autoria de Evandro Proença Sussekind (2014) e "Controle preventivo de constitucionalidade no Brasil", de autoria de Paulo Casseb (2009). A escolha dos textos se deu após consulta utilizando as palavras-chave "controle preventivo de constitucionalidade" e "controle prévio de constitucionalidade" nas plataformas Google Acadêmico e Scielo.

No Apêndice A, há a indicação, na Tabela 1, de cada Mandado de Segurança tratado nos textos anteriormente mencionados. A escolha dos Mandados de Segurança se deu com base na repetição deles nos textos. Foram selecionadas as decisões de Mandados de Segurança tratadas em, ao menos, três dos artigos mencionados. Na tabela, os artigos foram descritos como "Artigo 1, Artigo 2, Artigo 3, Artigo 4 e Artigo 5", seguindo a ordem dos títulos dos artigos anteriormente descritos.

O MS nº 20.257/DF foi impetrado pelos então Senadores Itamar Augusto Cautiero Franco e Antônio Mendes Canale contra a Mesa do Congresso Nacional. Por meio dele, os Senadores buscavam impedir a tramitação das PECs nº 51 e 52/80, que, segundo alegavam,

contrariavam cláusula pétrea, mais especificamente a prevista no art. 47, § 1º, da Constituição de 67, pois tendiam à abolição de República.

As referidas PECs visavam à prorrogação dos mandatos eletivos dos então prefeitos, vice-prefeitos e vereadores pelo prazo de dois anos. Os impetrantes entendiam que o regime republicano representativo e a autonomia municipal seriam substituídos pela sua antítese, em que o povo não elege seus representantes municipais, ou seja, os prefeitos e vereadores, no caso de aprovação das propostas (BRASIL, 1980, p. 313).

O acórdão foi estruturado da seguinte forma: relatório elaborado pelo Ministro Relator Décio Miranda, aditamento ao primeiro relatório, voto dos demais ministros e, em seguida, extrato da ata. Para compreensão do caso, serão analisados, a seguir, as principais questões relacionadas a essas estruturas.

O relatório elaborado pelo Ministro Décio Miranda apresentou os seguintes tópicos: relatório do caso, "factos" (tópico 1), "generalidade" (ponto 1.0), "ação de segurança" (tópico 2), "carência. Ilegitimidade *ad causam.* Improcedência. Direito de deliberar. Inexistência" (tópico 2.0, com subdivisões), e, por fim, conclusão (tópico 3)".

Ao relatar os fatos (tópico 1), uma questão importante a se notar é de que o Ministro Relator consignou que o Procurador-Geral da República, em manifestação nos autos, destacou que os Senadores impugnaram, junto ao Senado, a tramitação das PECs, contudo, não foram atendidos (BRASIL, 1980, p. 314-316).

Esse ponto do Relatório indica que os Senadores sofreram derrota na arena legislativa no que tange ao entendimento de que não deveriam ser obrigados a deliberar sobre questão que entendiam que violava preceito da Constituição, e, inconformados com essa derrota, buscaram o Poder Judiciário para reverter a questão.

Ao prosseguir para o tópico "ação de segurança" (tópico 2), verifica-se que, no que diz respeito à legitimidade dos impetrantes, o Ministro indicou no relatório que embora os impetrantes tenham alegado o direito substantivo de não deliberar sobre as PECs, esse direito não seria concebível, visto que quem delibera, na verdade, exerce um poder, jurídico ou fático, e não um direito (BRASIL, 1980, p. 317-319). Por isso, não votar seria uma forma de exercício de um poder.

No subtópico sobre "carência da ação", ainda no tópico 2, verifica-se que a questão sobre o exercício (ou não) de um direito subjetivo ou de poder foi mais delineada. Isso porque foi indicado que os impetrantes não possuíam direito subjetivo à omissão, ou seja, de não deliberarem. O direito subjetivo, conforme apontado, nasceria de um fato jurídico previsto em

lei. Sem o fato jurídico, ou seja, sem a norma legal do qual decorreria, não há direito subjetivo. Por isso, se não há regra jurídica no sistema brasileiro em que se encontre previsto o poder de o Senador exigir, da Mesa do Senado, o poder de que não seja submetido à deliberação qualquer proposição legislativa, mesmo que tendente a abolir a Federação e a República, não haveria direito subjetivo no caso examinado. E mais: como o Senador não age em nome e interesse próprios, os poderes que exerce não são dele, mas sim do Estado. Por isso, na relação Congressual, o Senador não seria titular de direito individual, pois este último estaria relacionado ao seu próprio interesse (BRASIL, 1980, p. 319-322).

Quanto ao pedido, tratado ao final no tópico 2, foi indicado que o que se buscava era a intervenção, por parte do STF, no processo legislativo[32]. Nesse aspecto, a submissão de uma proposição legislativa à deliberação do plenário do Congresso Nacional configuraria um ato de rotina, inerente às funções da Mesa do Senado, que não implicaria em ofensa a direito de ninguém, pois tal ato não cria direito, e, além disso, não configura ato ilícito, abusivo ou ilegal (BRASIL, 1980, p. 322).

Por fim, na conclusão do relatório (tópico 3), o relator indicou que o STF não deveria conhecer da Ação de Mandado de Segurança e, caso a conhecesse, que deveria julgá-la improcedente, na forma da lei (BRASIL, 1980, p. 323).

Observa-se, desse modo, que o relator construiu entendimento inicial de que não haveria direito subjetivo, por parte dos Congressistas, a não se submeterem à votação de PEC que, supostamente, estaria com vício de constitucionalidade, tendo em vista que a lei não previa nenhuma hipótese nesse sentido. Ademais, o que era discutido nos autos tratava-se, na verdade, de um poder atribuído ao Congressista.

Houve, contudo, um aditamento ao relatório, pois a emenda constitucional que era objeto de impugnação dos impetrantes no mandado de segurança foi aprovada. Diante disso, o voto do Relator Décio Miranda foi no sentido de que o pedido teria restado prejudicado, ante a promulgação da PEC nº 03 de 1980 (BRASIL, 1980, p. 324-327).

Quando submetida ao julgamento do Plenário, o voto de um dos Ministros tornou possível o entendimento hoje prevalente, de que é o controle preventivo de constitucionalidade pode ser exercido pelo STF. Esse voto foi o do Ministro Moreira Alves, conforme mencionado em momento anterior.

---

[32] Para Bruna Borghetti Câmara Ferreira Rosa (2019, p. 73), "(...) o conceito de processo legislativo refere-se às etapas e formalidades constitucionais de produção da norma jurídica. O processo legislativo é o meio para concretizar a formalização da lei e do Direito e também para alterá-los e modifica-los".

Em seu voto, o Ministro indicou que o § 1º do art. 47 do texto constitucional dispunha que "não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República" (BRASIL, 1967), de modo que a deliberação tratada no preceito indicava objeto de votação, ou seja, o momento em que ocorre a votação, tendo em vista que nesse momento se delibera em favor ou contra a EC. Por isso, o mandado de segurança seria adequado e não teria restado prejudicado, pois impetrado de maneira preventiva, quando se buscava impedir que a Presidência do Congresso colocasse em votação a PEC (BRASIL, 1980, p. 333-339).

No que tange ao cabimento da ação, o Ministro entendeu que a hipótese discutida era diversa daquelas em que se alegava que a PEC ou o projeto de lei confrontava algum princípio constitucional, em que a inconstitucionalidade só poderia ser aferida após a aprovação dessas proposições, tendo em vista que, neste caso, a vedação se dirigia ao próprio processamento da emenda, com óbice à sua apresentação. Assim, o caso analisado por ele comportaria cabimento, pois a inconstitucionalidade já existia antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, tendo em vista que o próprio processamento da proposta desrespeitaria a Constituição. Aqui, importante destacar trecho do voto do Ministro:

> E cabe ao Poder Judiciário - nos sistemas em que o controle da constitucionalidade lhe é outorgado - impedir que se desrespeite a Constituição. Na guarda da observância desta, está ele acima dos demais Poderes, não havendo, pois, que falar-se, a esse respeito, em independência de Poderes. Não fora assim e não poderia ele exercer a função que a própria Constituição, para a preservação dela, lhe outorga. 4. Considero, portanto, cabível, em tese, o presente mandado de segurança (BRASIL, 1980, p. 333-339).

Observa-se, portanto, que o Ministro fez uma divisão entre hipótese que não comportaria o controle preventivo, que se configuraria caso a PEC ou o projeto de lei confrontasse algum preceito constitucional, e a hipótese que comportaria, em razão de a PEC ou o projeto de lei confrontar o próprio procedimento previsto no texto constitucional. Nesse último caso, caberia ao Judiciário apreciar essa espécie de pedido por meio de mandado de segurança, pois é ele quem exerce a função de guardião do texto constitucional e está "acima dos demais poderes" no que diz respeito ao exercício dessa atribuição, conforme afirmado pelo próprio Ministro.

No final de seu voto, o Ministro entendeu por indeferir o mandado de segurança, "por ser manifesta a improcedência de sua fundamentação", pois a EC não violaria a cláusula pétrea sobre a república, que pressupõe a temporariedade dos mandatos eletivos. Assim, a prorrogação do mandato de dois para quatro anos não levaria à introdução do princípio de que os mandatos não seriam mais temporários (BRASIL, 1980, p. 339).

O caso, ao final, comportou indeferimento do Tribunal. Restaram vencidos aqueles que julgaram prejudicado o mandado de segurança, quais sejam, os Ministros Décio Miranda (Relator) e Cunha Peixoto e Xavier de Albuquerque, que seguiram o entendimento exposto pelo Relator (BRASIL, 1980, p. 342).

Por isso, observa-se que o entendimento sobre o cabimento de mandado de segurança para questionar a constitucionalidade de projeto de lei ou projeto de emenda constitucional foi firmado não em razão de exposição do relator, o Ministro Décio Miranda, mas sim do Ministro Moreira Alves, que, em direção contrária a dos demais ministros - que entenderam pela impossibilidade jurídica do pedido, em razão de o controle jurisdicional incidir somente em momento posterior, ou pela prejudicialidade desse, em razão da deliberação e promulgação da PEC pelo Congresso Nacional -, apontou, em seu voto, que a regra constitucional vedava a deliberação da PEC, de modo a possibilitar a afirmação da admissibilidade do Mandado de Segurança para "(...) defesa do direito do parlamentar de abster-se de participar de processo legislativo vedado *per se* pela Constituição" na jurisprudência (SALGADO; ARAÚJO, 2019, p. 80-82).

É possível observar que, após essa decisão, firmou-se o entendimento, na jurisprudência do STF, de que membros do Congresso Nacional possuem legitimidade ativa para provocar o Tribunal para analisar a constitucionalidade de projetos de lei ou de emendas à Constituição pela via do mandado de segurança. Assim, observa-se que esse poder de controle e monitoramento do processo legislativo surgiu por entendimento jurisprudencial, e não de um arranjo criado pelo texto constitucional de 1967 ou de 1988 (ARGUELHES; RIBEIRO, 2016, p. 426).

Trata-se, conforme indicado por Gilmar Mendes Ferreira (2012, p. 269-270), de uma forma de utilização especial do MS, tendo em vista que tal instrumento não é utilizado "(...) exatamente para assegurar direito líquido e certo de parlamentar, mas para resolver peculiar conflito de atribuições ou 'conflito entre órgãos'", que cabe no caso de violação das normas que asseguram a validade do processo legislativo.

Ressalta-se que há, na doutrina, autores que defendem a ampliação desse instrumento, para que não só o parlamentar possa questionar a constitucionalidade de PECs, mas, também, que seja possibilitado ao povo esse questionamento, pela via do MS coletivo, para que o controle seja exercido de forma difusa, e, assim, sejam realizadas as devidas correições durante a produção das leis (DEL NEGRI, 2017, p. 159). Esse entendimento, no entanto, não é adotado

pelo Tribunal, que hoje permite apenas ao parlamentar questionar a constitucionalidade de PECs.

Sobre o controle de constitucionalidade exercido pelo STF em relação às emendas (nesta pesquisa, relacionado às PECs), faz-se importante mencionar que Jairo Lima (2018, p. 172) indica que CF traz os limites materiais ao poder de reforma, no entanto, nada dispõe a respeito da competência do Tribunal para realizar o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais. A ausência de disposição nesse sentido não impediu a assunção dessa competência[33], que passou a ser amplamente aceita tanto pela doutrina como pelo próprio STF.

Com isso, é possível observar que o STF, por meio de construção jurisprudencial, agiu de maneira a assumir a competência para controle preventivo de constitucionalidade de emenda constitucional ou de lei, ou seja, quando essas ainda se encontram em fase de deliberação e aprimoramento. A possibilidade desse exercício não previsto no texto constitucional e criado por construção jurisprudencial, no entanto, levanta certos questionamentos.

O primeiro ocorre pela seguinte razão: a revisão constitucional jurisdicional desloca decisões executivas ou legislativas, que representam a vontade da maioria de uma nação, expressa por votação. No entanto, os juízes de tribunais constitucionais que fazem esse deslocamento são, habitualmente, responsáveis apenas de modo indireto perante o eleitorado. Isso gera a chamada "dificuldade contramajoritária", objeto de exame na teoria constitucional (TUSHNET, 2014, p. 56).

A expressão "dificuldade contramajoritária" foi consagrada na obra de Alexander Bickel, *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, publicada pela primeira vez no ano de 1962. Na segunda versão da obra, consultada para elaboração deste trabalho, Bickel aponta que o controle de constitucionalidade exerce uma força contramajoritária em nosso sistema, tendo em vista que, quando há a declaração de inconstitucionalidade um ato legislativo ou de uma ação do Executivo, ocorre certa frustração da vontade dos representantes da maioria, eleitos por voto popular (BICKEL, 1968, p. 16-17).

O controle de constitucionalidade, desse modo, permitiria a derrubada de leis e atos aprovados pelos demais Poderes, que contam com legitimidade democrática, por seus representantes serem eleitos e estarem sujeitos à *accountability* eleitoral, ou seja, responderem por seus atos perante o eleitorado, por juízes, que possuem legitimidade democrática diversa.

---

[33] Situação que, conforme ressaltado pelo autor, também ocorre em outros países, tais como Alemanha, Colômbia e Índia.

Sobre isso, Fernando Brito Alves e Vladimir Brega Filho (2015, s.n.) apontam que os Ministros do STF são indicados pelo Presidente da República, que é eleito, e passam pela aprovação pelo Legislativo, também eleito, o que garantiria representatividade indireta. Contudo, a garantia da vitaliciedade conferida aos Ministros faz com que a sua representatividade indireta fique distante da legitimidade direta que pode ser verificada no Poder Legislativo, e, além disso, ainda há o problema de os Ministros não poderem ser destituídos pelo voto caso sua atuação esteja desvencilhada da vontade dos representantes.

Assim, pelo controle de constitucionalidade, afigura-se possível que uma decisão tomada por uma maioria, por meio de seus representantes, seja invalidada pelo Poder Judiciário, cujos membros possuem a garantia a vitaliciedade, ou seja, só podem perder o cargo após sentença judicial transitada em julgado ou, nos casos dos ministros do STF, quando cometerem crimes definidos pela Lei nº 1.079/50, que define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Não há, portanto, a possibilidade de destituição no caso de os Ministros atuarem de maneira indesejada por essa mesma maioria.

Existem, portanto, questionamentos a respeito da compatibilidade do controle de constitucionalidade com o regime democrático, por configurar um exame realizado por órgão estranho e não-eleito diretamente pelo povo sobre a ação de um órgão representativo. Contudo, o controle preventivo jurisdicional de constitucionalidade traria à tona polêmica ainda mais acirrada, tendo em vista que incide sobre o próprio exercício da competência do órgão Legislativo, previsto no texto constitucional, de forma a impedir o nascimento da lei. Assim, o controle prévio aborta o nascimento da lei e ata a ação parlamentar, por um corpo de juízes não-eleitos que, supostamente, teria melhores condições de interpretar a Constituição do que o órgão de representação da vontade popular, o que leva a concluir que o fundamento democrático para o exercício do controle preventivo afigura-se mais questionável (FERRAZ, 1999, 294).

Deste modo, o controle preventivo jurisdicional caracterizaria hipótese de intervenção mais acentuada, por parte do Judiciário, na esfera de atuação dos demais Poderes. Há de se ressaltar, no entanto, que, no controle de emendas constitucionais, essa intervenção pode ocorrer de formas distintas, e uma delas, relacionada ao exame de limites materiais ao poder de reforma, representaria forma ainda mais gravosa de interferência.

Aqui, importante destacar que alguns textos constitucionais protegem determinados assuntos, de maneira explícita, para que eles não sofram alterações. Essas proteções funcionam, deste modo, como uma barreira para mudança. Por isso, é possível que, ao poder de reforma, sejam impostas limitações procedimentais para emendamento, como também limitações

substantivas, representadas por determinadas matérias ou valores (ROZNAI, 2017, p. 06-15, 27).

E, neste aspecto, observa-se que, conforme afirma Jairo Lima (2018, p. 132), o controle de constitucionalidade sobre emenda constitucional se desdobra de acordo com as limitações constitucionais ao poder de reforma. Assim, o controle dos requisitos pode ser procedimental, para verificar a observância às regras que estipulam o procedimento para alteração do texto constitucional, ou das normas com conteúdo elementar. Essa distinção se mostra importante porque os argumentos de questionamento da competência das cortes para o controle de emendas constitucionais se dirigem à interpretação dos limites materiais ao poder de reforma.

Por isso, o controle sobre o conteúdo das emendas, ou seja, a respeito dos limites substanciais ao poder de reforma do texto constitucional, caracterizaria hipótese mais grave de interferência judicial, no âmbito de atuação de outro Poder, do que a análise a respeito dos limites procedimentais.

Sobre isso, verifica-se que, conforme a fundamentação constante no voto do Ministro Moreira Alves, anteriormente tratada, o controle preventivo jurisdicional de constitucionalidade seria possível nos casos em que a PEC ou projeto de lei confrontasse o procedimento previsto no texto constitucional. Assim, o controle de constitucionalidade preventivo de emendas constitucionais permitiria, segundo o entendimento firmado, tão somente a análise sobre a observância aos limites procedimentais ao poder de reforma, ou seja, de observância das regras previstas na Constituição para a alteração do texto constitucional, de modo que restaria excluída do âmbito de apreciação do Poder Judiciário a análise de inconstitucionalidade material da proposta.

Ressalta-se que, conforme indica Carlos Alberto de Alckmin Dutra (2020, p. 111), o vício formal ocorre quando não observadas as normas constitucionais que tratam do processo legislativo, em qualquer uma de suas etapas, enquanto o vício material denota uma desconformidade entre o conteúdo, o objeto da lei, e o teor da norma constitucional tida como parâmetro, seja ela regra ou princípio. Assim, no controle de constitucionalidade, a previsão normativa existente no texto constitucional deve prevalecer sobre a norma infraconstitucional, em razão dos princípios da supremacia e da rigidez constitucionais.

O exercício de um controle judicial preventivo material de maneira simultânea à tramitação do processo legislativo, conforme aponta Paulo Adib Caseb (2009, p. 193), configuraria hipótese de intervenção mais grave, pois, por meio dele, um órgão dotado de

legitimidade democrática secundária teria a possibilidade de substituir a vontade parlamentar, imbuída de legitimidade primária (CASSEB, 2009, p. 193).

Por isso, verifica-se que a intervenção teria maior gravidade na última hipótese mencionada porque caberia ao julgador verificar se a proposta de emenda constitucional violaria ou não um dos conteúdos eleitos como inalteráveis no texto constitucional, o que exigiria a análise do conteúdo da proposta sob exame. Caso ele tivesse o poder de entender que sim, a PEC poderia ser declarada inconstitucional, ainda em sua fase de formulação, de modo que prevaleceria, então, o entendimento do julgador frente a do Congressista, eleito popularmente e sujeito à *accountability* eleitoral.

Entretanto, existe outra razão que torna esse tipo de controle exercido pelo STF questionável. Esse motivo decorre da diferenciação que há em relação ao controle de constitucionalidade que incide sobre emendas constitucionais e sobre a legislação infraconstitucional.

Conforme indica Conrado Hubner Mendes (2008, p. 135), há relevantes diferenças entre aceitar que o STF controle a constitucionalidade de uma lei e aceitar que o STF controle a constitucionalidade de uma EC. Para o autor, não haveria tanto problema no fato de o Tribunal atuar como anteparo contra decisões ordinárias, entretanto, as emendas constitucionais denotam situação distinta (MENDES, 2008, p. 135).

Nesse sentido, Jairo Lima (2018, p. 106-107 e 217-218) indica que o controle judicial de constitucionalidade de emendas constitucionais denota situação distinta daquela relacionada ao controle da legislação por três razões. A primeira delas se verifica porque o poder de reforma se encontra em uma zona intermediária entre constituinte originário[34] e poderes constituídos. Nessa situação, ele se apresenta como espécie de poder constituinte, tendo em vista que cria norma constitucional, de modo que a nota democrática presente no poder originário também está presente no poder reformador[35], ainda que em menor grau. Assim, por ser superior aos

[34] De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2014, p. 127-128), o Poder Constituinte originário é a contraposição do Poder Constituinte instituído. Ele tem a função de estabelecer a constituição e de instituir poderes. Sobre isso, Carlos Bernal (2019, p. 39) aponta haver várias versões a respeito natureza do poder constituinte originário, porém, os elementos comuns na tese são de que se trata de um poder: fundacional, por ser a primeira fonte de autoridade legal; juridicamente ilimitado, pois não está sujeito a limitações materiais ou formais e é livre para criar, substituir ou revisar uma constituição; e soberano, pois é considerado como a autoridade última a criar normas.

[35] Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2014, p. 144), o Poder Constituinte de revisão é inerente à Constituição rígida e visa a modificar essa Constituição conforme ela estabelece. Assim, esse Poder é exercido para adaptação do texto constitucional a novas necessidades, novas forças, sem que para isso seja necessário recorrer ao Poder Constituinte originário.

poderes constituídos, o poder reformador necessita de engajamento deliberativo diverso, em um momento constitucional exclusivo para a emenda constitucional.

Esse engajamento deliberativo diverso decorre do fato de o poder reformador encontrar exigências superiores às estabelecidas aos poderes já constituídos para a sua manifestação, representada pela emenda constitucional. Tal fator deve ser considerado, pela Corte, durante a aferição de constitucionalidade.

A segunda razão para diferenciação indicada pelo autor decorre do fato de, no controle de emendas, ser possível que a Corte defina os limites que caracterizam um novo poder constituinte originário, sobretudo quando são protegidos os limites implícitos ao poder de reforma, ou seja, quando o controle é feito sob o fundamento de proteção à identidade ou estrutura constitucional, e não a um determinado preceito, que representam os limites explícitos ao poder de reforma (LIMA, 2018b, p. 217-218).

Assim, ao realizar o controle, a Corte detém o poder de se manifestar sobre os limites ao poder de reforma, sendo possível que, nesse exercício, ela estabeleça uma nova limitação, ou seja, uma matéria sobre a qual o poder constituinte derivado não mais poderá se manifestar, sob o fundamento de que tal questão viola a estrutura constitucional.

Por fim, a terceira questão que diferencia as duas formas de controle ocorre porque as emendas apresentam carga democrática com maior vigor do que a presente na legislação infraconstitucional. Isso porque a aprovação de emenda constitucional demanda que requisitos mais exigentes sejam atendidos. Exemplo dessas exigências se encontra prevista no § 2º do art. 60 da CF/88, que exige que, para aprovação das PECs, o voto de três quintos dos respectivos membros após a discussão e votação em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos (LIMA, 2018b, p. 217-218).

Neste aspecto, ainda se faz importante considerar que quando o STF declara a inconstitucionalidade de uma emenda constitucional, ele acaba por sufocar os meios de ação dos canais representativos, tendo em vista que as emendas são a última via de manifestação legislativa, ou seja, a forma de estabelecer um entendimento sobre determinado tema por meios democráticos. Por isso, faz-se necessário estabelecer vias institucionalizadas, para que o legislador consiga se sobrepor ao juiz em momentos-limite (MENDES, 2008, p. 135).

Sobre esse último ponto, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia, Dierle Nunes e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2018, p. 41) indicam não haver, em relação ao efeito vinculante de decisões de controle de emendas constitucionais pelo STF, nada que obste decisão contrária por parte do Legislativo, até por meio de legislação infraconstitucional. Os

autores ressaltam, no entanto, que sempre há a possibilidade de controle judicial de qualquer decisão legislativa, pois o sistema de controle de constitucionalidade, no Brasil, é judicial e não político. Assim, é possível que uma decisão de reversão do entendimento do STF passe por novo controle de constitucionalidade e, assim, seja derrubada.

Dessas questões, é possível extrair que, assim como há diferenciação entre o controle incidente sobre emenda constitucional em relação à legislação infraconstitucional, também há no que diz respeito à proposta de emenda constitucional em relação à legislação infraconstitucional.

O primeiro ponto que demonstra isso ocorre porque se as emendas configuram a última via de manifestação legislativa, conforme anteriormente mencionado, o controle preventivo sobre elas, ou seja, sobre as PECs, impediria até mesmo a discussão e a deliberação de matérias de interesse nacional. Neste ponto, faz-se importante ressaltar que uma emenda pode surgir como tentativa de resposta a uma decisão judicial tomada pela Corte no controle de constitucionalidade. Por isso, nessa hipótese, restaria completamente sufocada a tentativa de resposta a decisões de controle de constitucionalidade por meio democrático, até mesmo na sua fase de debate e aprimoramento.

Noutro ponto, nota-se a seguinte diferenciação das propostas de emendas constitucionais em relação aos projetos de lei: as emendas, nos termos do art. 60 da CF/88, podem ser propostas por um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, pelo Presidente da República ou por mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, desde que cada uma delas de manifeste pela maioria relativa de seus membros, enquanto as leis complementares e ordinárias podem ser apresentadas por qualquer membro ou Comissão das Casas do Congresso Nacional, pelo Presidente da República, pelo STF, Tribunais Superiores, PGR e cidadãos, quando subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional (BRASIL, 1988).

Por isso, já no ato da proposição fica claro que as emendas constitucionais exigem um esforço maior do que a legislação infraconstitucional para chegarem à arena em que podem ser discutidas, tendo em vista haver restrição dos legitimados a apresentar a proposta e, além disso, nos casos de apresentação pela Câmara dos Deputados, Senado Federal ou pelas Assembleias Legislativas das unidades da Federação, faz-se necessário atingir um número mínimo de membros.

Por isso, deve-se considerar que a declaração de inconstitucionalidade de uma PEC envolve a derrubada de uma decisão prévia, qual seja, a de apresentar a proposta, que exigiu o

cumprimento de requisitos mais rigorosos do que aqueles impostos à legislação infraconstitucional.

Diante do exposto neste tópico, é possível notar que o STF, em razão das alterações trazidas pela CF/88, foi transformado em uma importante arena de resolução de conflitos entre os principais atores políticos nacionais. A possibilidade de o Judiciário controlar emendas e PECs, como se analisa neste trabalho, faz com que seja atribuído ao Tribunal o poder de dar última palavra sobre o significado da Constituição e tomar decisões relevantes para toda a sociedade. Com isso, existe a possibilidade de o Tribunal, ao contrário de contribuir para a democracia, sufocar a decisão tomada na principal arena do regime democrático (MENDES, 2008, p. 184).

Para melhor acomodar tal questão do cenário brasileiro, a doutrina traz algumas sugestões. Uma delas é tratada por Bruno Cláudio Penna Amorim Pereira (2012, p. 137-148). O autor aponta que a principal crítica feita à jurisdição constitucional do processo legislativo, seja repressivo, seja preventivo, mas especialmente direcionado ao último caso, sobretudo quando de caráter material, por permitir alto grau de politicidade em razão de incidir sobre o conteúdo da norma e permitir ao órgão decidir sobre o teor e a matéria da regra jurídica, diz respeito à sua compatibilidade com o princípio de separação de poderes, pois o Judiciário, nesse exercício, estaria, em tese, interferindo na esfera e na atividade típica do parlamento. Diante disso, o autor indica a necessidade de uma remodelagem paradigmática do princípio da separação de poderes, que deve passar a ser interpretado a partir de uma teoria discursiva do direito. Nesse sentido, o controle preventivo de constitucionalidade deve ser atribuído, segundo defende o autor, a um órgão cuja atividade não coincida com as funções dos outros Poderes do Estado, ou seja, a um Tribunal Constitucional, o que preservaria a separação de poderes.

O autor também defende que a decisão de inconstitucionalidade de um ato do processo legislativo, por esse Tribunal Constitucional, não poderia ter o condão de substituir a decisão política, pois deveria apenas ater-se à análise de sua constitucionalidade. Por isso, quando constatada a inconstitucionalidade em controle preventivo, ao Tribunal Constitucional caberia indicar os aspectos inconstitucionais do ato e optar, dentre as diversas interpretações, pelas que preservassem a constitucionalidade do ato (PEREIRA, 2012, p. 180).

Nota-se, portanto, que o autor mencionado acima traz sugestões para melhor acomodação do controle preventivo de constitucionalidade por um Tribunal. Porém, conforme mencionado ao início deste capítulo, a proposta de criação de um Tribunal Constitucional foi rechaçada na ANC. Por isso, atualmente, o controle preventivo de constitucionalidade é

exercido pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário, integrante dos três Poderes. Assim, a discussão acerca da violação ao princípio de separação de poderes permanece como uma das críticas ao controle preventivo hoje exercido pelo STF.

Diante do exposto neste tópico, pretende-se analisar, no próximo tópico, a maneira como o STF tem atuado no controle preventivo de constitucionalidade de emendas constitucionais nos casos de mandado de segurança impetrados por parlamentares. Para isso, serão analisadas as decisões quatro decisões proferidas pelo Tribunal, selecionadas após revisão bibliográfica sobre a questão em discussão.

2.3 Decisões proferidas pelo STF no exercício do controle preventivo de constitucionalidade de emendas constitucionais

Em razão das competências expressas no texto constitucional ou assumidas por construção jurisprudencial, o STF tem sido chamado a atuar em questões morais e políticas relevantes. Há, portanto, uma tendência de judicializar o debate político, o que deu evidência à questão do controle judicial preventivo de constitucionalidade (OLIVEIRA, CONTI, MEDEIROS, 2020, p. 171).

Diante disso, serão analisados, a seguir, quatro casos que trazem questões relevantes a respeito do entendimento construído pelo STF sobre o controle preventivo de constitucionalidade de emendas constitucionais. Esses casos foram selecionados a partir de textos de autores de referência no tema[36].

O primeiro caso a ser analisado é o do MS nº 21.648/DF. Conforme aponta Evandro Proença Süssekind (2014, p. 34), o MS nº 21.648/93 é o primeiro de controle preventivo que chama a atenção após a promulgação da CF/88. A análise desse caso, portanto, é relevante para compreender como o STF transportou esse poder, afirmado em 1980, da ordem constitucional antiga para a nova.

O mandado de segurança foi impetrado pelo então Deputado José Maria Eymael pelas seguintes razões: contra o presidente da Câmara dos Deputados, por remeter ao Senado Federal a PEC nº 48/91, que autorizava a União a instituir o Imposto Provisório Sobre Movimentação Financeira para ser exigido no mesmo exercício de sua criação; contra o Presidente da Mesa do Senador Federal, para que esse não encaminhasse a referida PEC para deliberação aos membros daquela Casa Legislativa. O deputado alegava ter direito líquido e certo de ver subtraída de

[36] Os textos e os respectivos autores foram mencionados na página 50.

deliberação a proposição legislativa que ultrapassava a limitação imposta ao poder constituinte derivado. Para ele, a PEC afrontava o art. 60, § 4º, IV, da CF, que proíbe PEC tendente a abolir direitos e garantias individuais, tendo em vista afronta ao princípio da anualidade da lei tributária, pelo qual os contribuintes não podem ser surpreendidos com a cobrança no mesmo exercício que publicada a lei que instituiu ou aumentou o tributo. Para comprovar o cabimento do mandado de segurança, o parlamentar indicou o voto do Ministro Moreira Alves no MS nº 20.257, sob alegação de que essa ação seria possível no caso de vedação constitucional dirigida à própria deliberação acerca da matéria (BRASIL, 1993, p. 150-156).

O Tribunal, pela maioria de votos, não conheceu do mandado de segurança, em razão da ilegitimidade ativa superveniente do impetrante, visto que a PEC foi aprovada e, no momento do julgamento, que ocorreu em 05/05/1993, já se encontrava em vigor, de modo que o mandado de segurança, então, não poderia se voltar contra EC, sob pena de lhe ser conferido efeito de ação direta de inconstitucionalidade[37], para a qual o impetrante não possuía legitimidade, nos termos do art. 103 da CF/88. Restou vencido o Relator, Ministro Octavio Galotti, que rejeitou essa preliminar.

Esse caso é indicado como o responsável por assentar o entendimento pela admissão dessa hipótese de controle pelo STF sob a égide da CF/88. Entretanto, o MS nº 20.257, julgado na vigência da Constituição anterior, de 1967, continuou sendo referenciado na jurisprudência como *leading case* (LIMA, 2016, p. 319).

A respeito da discussão empreendida nesse caso, Evandro Sussekind (2014, p. 35) chama a atenção para dois votos que contribuem para o debate acerca do controle preventivo. O primeiro é o do Ministro Otávio Galloti, que entendia que não haveria desrespeito aos direitos fundamentais no caso, mas que, caso se considerasse que havia, pouco importaria se emenda já tivesse sido promulgada ou não, visto que o controle preventivo se tornaria um controle repressivo e desconstitutivo em razão de uma inconstitucionalidade formal. Com isso, haveria o risco de uma "enxurrada de Mandados preventivos para substituir o efeito de uma ADI".

O risco mencionado pelo autor deriva do fato de que, no caso de acolhimento da tese constante no voto anteriormente mencionado, seria permitido que, mesmo no caso de aprovação

[37] Entendimento similar foi aplicado aos Mandados de Segurança nº 22.487/DF e 24.430/DF, apontados por Cláudio Ladeira de Oliveira, Luiz Eduardo Lapolli Conti e Isaac Kofi Medeiros (2021, p. 168) como um dos precedentes a serem lembrados sobre constitucionalidade de projetos de lei ou propostas de emendas constitucionais. No MS nº 21.648/DF, também mencionado pelos referidos autores, a mesma discussão sobre aprovação da PEC ocorreu durante a prolação do voto do Ministro Celso de Mello (BRASIL, 2004, p. 235-236), contudo, foi reconhecida, nesse caso, a inocorrência de ofensa ao processo legislativo, de modo que o Ministro Celso de Mello, que suscitou a questão da ilegitimidade ativa superveniente do impetrante, e o Ministro Nelson Jobim, que acompanhou a divergência, restaram vencidos.

da proposta de emenda constitucional, com conversão dessa em emenda, fosse apreciado o pedido formulado no mandado de segurança, com a possibilidade de anulação do processo legislativo no caso de constatação de inconstitucionalidade formal. Destaca-se, neste ponto, que o referido Ministro entendia que a hipótese, que tratava sobre o direito de não deliberar sobre proposta tendente a abolir direitos fundamentais, caracterizava inconstitucionalidade formal, relacionada ao procedimento constitucional, e não material, relacionada ao conteúdo.

Sobre isso, Cláudio Ladeira de Oliveira, Luiz Eduardo Lapolli Conti e Isaac Kofi Medeiros (2021, p. 171) indicam que, com a promulgação da CF/88, houve uma ampliação no espaço para intervenção do Judiciário, tendo em vista que em 1980, quando foi construído o entendimento sobre a possibilidade de controle de constitucionalidade sobre o processo legislativo, havia apenas duas cláusulas pétreas previstas na Constituição, quais sejam, a federação e a república, sendo o rol desses direitos ampliado na nova Constituição, pois incluídas cláusulas abstratas como a "separação de poderes" e os "direitos e garantias individuais", por exemplo, que permitem interpretação e construções, pelo STF, no exercício do controle de constitucionalidade.

Diante disso, observa-se que caso o entendimento defendido pelo Ministro Otávio Galloti prevalecesse, seria possível, hoje, que parte não legitimado no rol do art. 103 da CF/88 questionasse a constitucionalidade de uma emenda constitucional para discutir sobre violação das cláusulas pétreas inscritas no texto constitucional brasileiro, que, conforme indicado, concedem amplo espaço de atuação ao Tribunal.

Outro voto mencionado por Sussekind (2014, p. 35) é o do Ministro Paulo Brossard, tendo em vista que ele defendeu posição pró Congresso não vista no Tribunal desde a promulgação do texto constitucional. O Ministro entendia que a ação estava prejudicada pela ilegitimidade ativa superveniente do impetrante, o que ocorreu pela aprovação da emenda constitucional, contudo, o impetrante não teria o direito alegado no mandado de segurança, pois ao Congressista caberia escolher dentre as opções de votar (contra ou a favor) da proposta ou, ainda, de se abster, caso em que deveria justificar a sua escolha. Com isso, não seria devida a interferência do judiciário na questão. Para Cláudio Ladeira de Oliveira, Luiz Eduardo Lapolli Conti e Isaac Kofi Medeiros (2021, p. 169), esse voto atingiu o âmago da fundamentação do Ministro Moreira Alves, favorável à impetração.

Observa-se que, no que diz respeito à existência do direito, por parte do Congressista, de deliberar sobre matéria, duas posições ganharam destaque: a do Ministro Paulo Brossard, que defendeu uma atitude mais cautelosa, para que o Judiciário não interviesse na questão, e a

do Ministro Moreira Alves, que defendeu que os parlamentares teriam o direito subjetivo público de não serem chamados a deliberar sobre a PEC, embora tenha entendido, ao final, pela perda da legitimidade do impetrante.

Já o MS nº 22.503/96 foi impetrado pela Deputada Jandira Feghali e outros em contra o Presidente da Mesa da Câmara dos Deputados, tendo em vista que, na tramitação da PEC nº 33/95, de autoria do Poder Executivo, que visava à modificação do sistema de Previdência Social, o impetrado submeteu à discussão e votação emenda aglutinativa que, segundo alegavam os impetrantes, ofendia dispositivos do RICD e também o art. 60, § 5º, da CF, que proíbe a apresentação, na mesma sessão legislativa, de matéria constante de PEC rejeitada ou considerada prejudicada. Segundo os impetrantes, a situação lesava o direito deles de terem assegurados os princípios da legalidade e moralidade no decorrer do processo de elaboração legislativa (BRASIL, 1996, p. 387-396).

A situação que ensejou a impetração de mandado de segurança decorreu do seguinte fato: foi designado como relator da PEC o então deputado Michel Temer, que, mais adiante, declarou ser autor da Emenda Aglutinativa nº 6. Por isso, o vício ocorreria em razão da coincidência entre a autoria e a relatoria da emenda. Além disso, também foi alegado que a emenda aglutinativa de Michel Temer continha dispositivos do substitutivo então rejeitado, de modo que a indicação das emendas aglutinadas relativas não fora conduzida corretamente (SALGADO; ARAÚJO, 2019, p. 84).

O pedido formulado no mandado de segurança foi conhecido no que tange ao fundamento de violação de preceito constitucional e rejeitado no que diz respeito aos fundamentos de violação de matéria regimental, vencidos parcialmente os Ministros Marco Aurélio, Relator, Ilmar Galvão e Celso de Melo, que conheciam integralmente o mandado de segurança, e os Ministros Carlos Velloso e Octavio Galloti, que não conheciam a ação. No mérito, o STF indeferiu a segurança e cassou a medida liminar, vencido o Ministro Marco Aurélio (BRASIL, 1996, p. 555).

Observa-se, portanto, que o mandado de segurança foi fundamentado em duas questões: violação de preceito constitucional e violação de matéria regimental. A discussão que interessa para esta pesquisa diz respeito à possibilidade de o STF adentrar a análise de questões previstas no Regimento Interno dos Congressistas, ou seja, em questões *interna corporis.*

As questões *interna corporis* no processo legislativo, conforme aponta Bruna Borghetti Camara Ferreira Rosa (2019, p. 40), são "(...) os atos regulados por meio de Resolução promulgada pelo Legislativo no exercício de sua autonomia constitucional,

exercidos pelos parlamentares durante o trâmite do processo legislativo”. Tais atos, conforme ressalta a autora, ocorrem no uso das atribuições, direitos, deveres e poderes dos parlamentares.

Em relação ao caso examinado neste tópico, observa-se que, conforme aponta Sussekind (2014, p. 36-38), o Tribunal se dividiu entre aqueles que entendiam que toda a matéria era passível de análise, pois não a viam como *interna corporis*, e aqueles que queriam analisar somente a questão constitucional, por entender que o restante não seria da competência do STF. Os votos relevantes para a presente análise nesse caso foram: o do Ministro Marco Aurélio, que defendeu posição minoritária, segundo o qual o fundamento jurídico do pedido não dizia respeito às normas do Regimento Interno, mas, sim, do devido processo legislativo-constitucional; o do Ministros Carlos Velloso, que defendeu o posicionamento da matéria regimental como *interna corporis*, de modo que não caberia o controle judicial*;* por fim, o do Ministro Moreira Alves, que votou com a maioria, mas apontou que a jurisprudência afirmada por ele em 1980, no caso MS nº 20.257/DF, estava servindo a um alargamento das competências do STF para análise de questões materiais e demonstrou certo espanto diante do entendimento de Marco Aurélio e Celso de Mello que, junto a Ilmar Galvão, conheceram inteiramente do pedido. Para ele, a doutrina desses dois votos converteria o Tribunal numa câmara revisora de toda a elaboração legislativa do Congresso Nacional. O ministro ressaltou, ainda, que nenhuma Corte Suprema do mundo teria um controle tão extenso sobre as deliberações do Poder Legislativo.

Eneida Desiree Salgado e Eduardo Borges Espínola Araújo (2019, p. 85), no entanto, destacam outros pontos da decisão: os votos dos ministros Maurício Corrêa, Francisco Rezek, Moreira Alves e Néri da Silveira, que entenderam por não conhecer as alegadas violações às regras regimentais da Câmara e indicaram que divergências sobre regras constitucionais poderiam ser discutidas em juízo, enquanto regras regimentais não, pois essas deveriam ser resolvidas pelo Poder Legislativo. Os ministros Néri da Silveira e Moreira Alves tiveram entendimento semelhante, pois consideraram que a interpretação e a aplicação das normas regimentais eram matéria *interna corporis* e que não poderiam se submeter a exame judicial.

Observa-se, portanto, que, nos votos dos Ministros que seguiram o Relator, quais sejam, Ministros Ilmar Galvão e Celso de Mello, buscava-se, pela indicação de que a matéria regimental está relacionada com as normas constitucionais, uma ampliação do controle preventivo de constitucionalidade jurisdicional, que foi contida pelo entendimento dos demais Ministros.

A partir disso, em razão da resistência do STF em conhecer de mandado de segurança que tratassem sobre violação a dispositivo regimental[38], como nesse caso, os mandados de segurança passaram a ser impetrados exclusivamente com fundamento em normas constitucionais, para driblar o óbice representado pela doutrina da matéria *interna corporis* (SALGADO; ARAÚJO, 2019, p. 85).

Embora exista essa resistência na jurisprudência, observa-se que, na doutrina, Sebastião G. M. Tavares (2021, p. 283-285) defende que o controle preventivo também deve recair sobre o processo legislativo, visto que, por meio dele, seria possível evitar que norma nula, com vício constitucional ou regimental, saísse assim do processo legislativo, assim como porque isso permitiria um diálogo "em tempo real" entre o povo e seus representantes, intermediado pelo poder Judiciário, que teria essa função, e também porque essa forma de controle ocorre em outras ordens jurídicas sem que isso implique ofensa à separação de poderes.

No mesmo sentido, Bruna Borghetti Câmara Ferreira Rosa (2019, p. 206-223) indica haver, nas decisões do STF, um "possível e esperado" movimento para mudança de paradigmas em relação aos atos *interna corporis* no processo legislativo. Essa evolução mencionada pela autora pode ser percebida, conforme apontado por ela, sobretudo nos argumentos utilizados em decisão monocrática. Além disso, a autora também indica que, caso haja vício, a demora por uma decisão futura em uma ação em que seja debatida a inconstitucionalidade formal da lei gera insegurança jurídica sobre os atos proferidos com base nos questionamentos suscitados.

Assim, embora o Tribunal adote, até o momento, postura em favor da não intervenção nas questões regimentais do Congresso Nacional, existem posições em defesa da ampliação das matérias a serem examinadas pelo STF no exercício do controle preventivo de constitucionalidade.

Outro caso de controle preventivo de constitucionalidade de emendas constitucionais citado por estudiosos do tema é o MS nº 23.047/98. Nesse caso, o Deputado Miro Teixeira e outros impetraram mandado de segurança contra o Presidente da Câmara dos Deputados com pedido liminar para suspensão da votação, pelo plenário da Câmara, da PEC nº 33-I, que tratava da reforma previdenciária, assim como para que, na decisão definitiva, fossem excluídos

---

[38] Entendimento similar foi aplicado aos Mandados de Segurança nº 21.311/DF, 24.616/DF 33.630/DF. Os dois primeiros foram abordados por Evandro Proença Sussekind (2017, p. 43), que apontou, quanto ao primeiro, a ausência de preocupação, por parte dos Congressistas, com interferências do STF nas questões da Câmara, visto que o próprio impetrante busca afastar o entendimento de que a questão configura matéria *interna corporis;* e, em relação ao segundo, que caso se admitisse o mandado de segurança por uma interpretação mais expansiva do STF, uma emenda poderia ser interrompida por um congressista inconformado. Em relação ao terceiro caso, tratado por Eneida Desiree Salgado e Eduardo Borges Espínola Araújo (2019, p. 85), é indicado que houve um esforço, por parte dos impetrantes, em indicar que a controvérsia estava restrita apenas à violação de preceito constitucional.

dispositivos que, segundo alegavam, violavam cláusulas pétreas, mais especificamente da forma federativa do Estado e direitos e garantias individuais, por afronta a direitos adquiridos. O pedido de medida liminar foi submetido à votação plenário pelo relator, o Ministro Sepúlveda Pertence, em razão da relevância da matéria e das consequências de difícil desfazimento. Ao final, o STF entendeu, por votação majoritária, indeferir o pedido de medida liminar. Restou vencido na votação o Ministro Marco Aurélio, que votou para deferir o pedido (BRASIL, 1998, p. 2553).

A respeito desse caso, Sussekind (2014, p. 39) indica que o Ministro Sepúlveda Pertence, que atuou como Relator, recordou o caso que deu origem ao controle preventivo de constitucionalidade pelo STF, para indicar que, nele, o Ministro Moreira Alves afirmou a viabilidade de um Congressista impetrar mandado de segurança para obstar a tramitação de emenda constitucional que tenha conteúdo que, de acordo com a Constituição, não pode ser objeto de deliberação. O Ministro ressaltou que o controle configura "hipótese excepcionalíssima" que, em princípio, seria avessa o sistema brasileiro, e que a plausibilidade da arguição de inadmissibilidade material de uma emenda à Constituição deveria ser densa para autorizar o STF, especialmente em liminar, a vedar a manifestação pelo Congresso Nacional, "no exercício do seu poder mais eminente, o de reforma constitucional" (BRASIL, 1998, p. 2554-2561). Ao final, o Ministro indeferiu a liminar, por entender que a reforma não violaria as cláusulas pétreas.

Diante disso, observa-se que a discussão principal deste caso para fins de análise nesta pesquisa reside na controvérsia sobre a possibilidade (ou não) de análise de conteúdo, ou seja, de inconstitucionalidade material, por parte do STF, nos casos em que o controle preventivo de constitucionalidade é exercido sob o fundamento de proteção de uma das cláusulas pétreas tratadas no art. 60, § 4º, da CF/88.

Para Paulo Adib Casseb (2009, p. 193), quando o STF é provocado preventivamente no curso do processo legislativo de uma PEC para analisar se houve ofensa ou não a determinada cláusula pétrea, o conteúdo da proposta estará sendo analisado, mesmo que se conclua que há uma inconstitucionalidade no processamento da proposta de emenda. Para o autor, isso ocorreu no caso ora examinado, pois foi preciso analisar o significado da cláusula pétrea da forma de Estado e dos direitos individuais. Para ilustrar isso, o autor indica o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que apontou que não haveria ofensa à cláusula pétrea da Federação porque os pormenores constitucionais relativos à Federação não foram petrificados, e, além disso, que foi examinada, na ação, a questão da existência de direito adquirido contra a

Constituição, de modo que restou clara a análise de conteúdo, ainda que com o propósito de identificar vício formal.

Tem-se, portanto, que a análise de violação de uma cláusula pétrea demanda a análise de conteúdo da proposta de emenda constitucional, mesmo nos casos em que isso é feito para se identificar algum vício procedimental, tendo em vista que não há como concluir pela afronta ou não caso a substância da proposta também não seja objeto de exame.

Porém, além do voto de Pertence, outro voto chama a atenção nesse caso. Sobre isso, Sussekind (2014, p. 39-40) indica que embora o Ministro Nelson Jobim tenha atuado como constituinte e adotado postura decisiva para que não fosse estabelecido controle preventivo na CF/88, não adotou entendimento de que nenhum controle seria possível nesse caso. O autor ressalta que, assim como os demais Ministros, Jobim entendeu que decidir se a deliberação violava ou não cláusula pétrea configuraria questão procedimental, e não de mérito. Ao final, o Ministro acompanhou integralmente o voto do Relator.

Neste ponto, Sussekind (2014, p. 39-40) indica que a decisão sobre violação de cláusula pétrea não se trata de uma questão processual, que se configura no caso de contagem de votos equivocada em uma determinada votação, por exemplo, mas, na verdade, de uma análise de conteúdo. Para o autor, a competência da análise preventiva nasceu da vontade dos Ministros, a partir de uma decisão proferida em 1980, e o aumento do escopo dessa análise trata-se, também, de uma questão de vontade, o que não ocorre em razão de os entendimentos mais “expansivos” continuarem minoritários na Corte.

E, a este respeito, Eneida Desiree Salgado e Eduardo Borges (2019, p. 97) indicam que, no Tribunal, não há consenso no que diz respeito ao controle quando se alega violação à cláusula pétrea, visto que alguns dos integrantes da Corte, como, por exemplo, a Ministra Rosa Weber e os Ministros Dias Toffoli e Luís Roberto Barroso, entendem que a análise sobre eventual ofensa ao art. 60, § 4o, da CF/88 implica em ter juízo de valor sobre o conteúdo da proposta de emenda.

Observa-se, portanto, que a questão de a análise de violação à cláusula pétrea configurar exame de conteúdo ou não se trata de questão controvertida no Tribunal, tendo em vista que alguns Ministros entendem que tal análise seria procedimental, conforme constou no voto do Ministro Nelson Jobim no caso anteriormente analisado, enquanto outros entendem o contrário.

Por fim, outro caso de controle preventivo de constitucionalidade é apontado como de extrema relevância do estudo do tema, em razão da argumentação desenvolvida pelos Ministros

do STF, sobretudo pelo Ministro Gilmar Mendes. Trata-se do MS nº 32.033/DF, em que foi analisado projeto de lei.

A respeito desse caso, faz-se necessário esclarecer, antes, que em abril de 2013, a CCJ da Câmara dos Deputados aprovou a PEC n° 33/2011, que tinha o objetivo de alterar o número mínimo de votos dos membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis, assim como estipulava como condição ao efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo STF a aprovação pelo Legislativo e, ainda, buscava submeter ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de emendas constitucionais. Tal proposta gerou reação da comunidade jurídica, pois, para seus críticos, constituía uma ameaça ao equilíbrio de Poderes (SUSSEKIND, 2014, p. 42).

Na mesma data de aprovação do Parecer sobre a PEC nº 33 pela CCJC da Câmara dos Deputados, o Ministro Gilmar Mendes concedeu liminar no Mandado de Segurança n° 32.033/DF, impetrado por Rodrigo Sobral Rollemberg contra os Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. O mandado de segurança foi impetrado porque o Presidente da Câmara teria procedido à votação, à aprovação e ao envio de projeto de lei supostamente viciado ao plenário do Senado Federal, enquanto o Presidente do Senado poderia vir a incluir, a qualquer momento, o projeto em pauta de votação.

No mandado de segurança preventivo com pedido liminar, era alegada a violação do devido processo legislativo na tramitação do Projeto de Lei nº 4.407/2012, autuado sob o nº 14/2013 perante o Senado Federal, que estabelecia que migração partidária que ocorresse durante a legislatura não acarretaria transferência de recursos do fundo partidário e do horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão. Com o projeto, objetivava-se restaurar o *status quo* vigente antes de decisão do Supremo na ADI nº 4.430, que também tratava sobre o tema, qual seja, a distribuição do horário eleitoral gratuito (BRASIL, 2013, p. 01-09).

O Ministro Gilmar Mendes concedeu o pedido liminar para suspensão da tramitação do Projeto de Lei Complementar nº14/2013, até o julgamento do mandado de segurança, sob o fundamento da excepcionalidade do caso, que era confirmada pela “extrema velocidade de tramitação” do projeto, assim como da aparente tentativa de alterar as regras para criação de partidos políticos na legislatura corrente, em prejuízo de minorias políticas e da democracia, e, ainda, pela contradição da questão com a CF e com decisão proferida pelo STF na ADI anteriormente mencionada (BRASIL, 2013, p. 01-09).

Alguns pontos sobre a decisão liminar merecem ser ressaltados. Um deles é que o Ministro consignou que, em razão do reconhecimento do princípio da supremacia da

Constituição no Estado Constitucional, e, ainda, diante da ampliação do controle judicial de constitucionalidade, "(...) consagrou-se a ideia de que nenhum assunto, quando suscitado à luz da Constituição, poderá estar previamente excluído da apreciação judicial". Para ele, o caso envolvia tanto a interpretação de dispositivos do texto constitucional como também de lei e do Regimento do Congresso Nacional. Outro ponto é que o Ministro indicou que, em razão de a tramitação ocorrer em sentido oposto àquilo que foi traçado no julgamento da ADI nº 4430, o mandado de segurança deveria ser conhecido. Por fim, o Ministro apontou que o STF já tinha considerado inconstitucional a tentativa de o legislador, por lei ordinária, superar interpretação constitucional do Tribunal[39], e que, por isso, seria prudente suspender a tramitação do projeto de lei complementar até deliberação final do Plenário do STF a respeito do mérito da ação (BRASIL, 2013, p. 05).

Ao final o plenário da Corte, por maioria, conheceu do mandado de segurança e, no mérito, indeferiu-o, com a cassação da liminar concedida pelo Relator. No acórdão, foi apontado que não se admite o controle de constitucionalidade material sobre projetos de lei no sistema brasileiro, à exceção dos casos de impetração de mandado de segurança para coibir atos praticados no decorrer do processo para aprovação de lei ou emenda constitucional que estejam em desacordo com o texto constitucional no que diz respeito ao processo legislativo (BRASIL, 2013, p. 314). No caso, no entanto, é possível notar questão controvérsia entre o entendimento do Ministro Gilmar Mendes e o Ministro Teori Zavascki.

Em seu voto, Teori Zavascki indicou que a alegação do mandado de segurança era de que o projeto de lei estaria eivado por vício de inconstitucionalidade material, mais especificamente pela ofensa ao art. 1º, V e o art. 17, caput, da CF/88, mas que o direito líquido e certo afirmado na impetração estaria relacionado a não obrigação, por parte do parlamentar, de não participar de processo legislativo, o que, para ele, não configura questão constitucional. O Ministro também pontuou que, o que se buscava com a demanda, era inibir a própria tramitação do projeto de lei. O Ministro ainda fez uma diferenciação em relação ao cabimento de mandado de segurança sobre PEC ou projeto de lei em relação ao entendimento do Tribunal: o mandado de segurança seria cabível apenas nos casos de PEC com ofensa manifesta à cláusula pétrea ou, ainda, quando ocorresse, na tramitação, manifesta ofensa a alguma das cláusulas constitucionais que disciplinam o processo legislativo. Como o caso não versava sobre nenhuma dessas hipóteses, o mandado de segurança não deveria ser admitido, pois importaria em ultrapassar os limites constitucionais de intervenção, por parte do Poder Judiciário, no

[39] Para exemplificar, o Ministro citou o julgamento da ADI nº 2.979, de 19 dez. 2006.

processo de formação das leis. O Ministro também ressaltou que, caso admitido, o mandado de segurança modificaria o entendimento do STF até então prevalente a respeito do tema. Ao final, o Ministro votou no sentido de revogar a liminar e denegar a ordem (BRASIL, 2013, p. 137-138).

O Ministro Gilmar Mendes, de outro modo, concedeu parcialmente a segurança, por entender que o Projeto de Lei Complementar nº 14/2013 ofendia cláusulas pétreas da CF/88, mais especificamente a do art. 60, § 4º, relacionada aos direitos políticos, ao pluripartidarismo e ao direito à participação política, e, ainda, porque o projeto de lei buscava impor interpretação constitucional oposta à construída no julgamento da ADI nº 4.430, assim como porque ele seria casuístico e atingiria atores políticos previamente identificáveis, porque a sua aprovação significaria a possibilidade de discriminação política entre parlamentares em uma mesma legislatura, porque o projeto de lei violaria o princípio da igualdade de chances e, em consequência, o direito das minorias políticas de mobilizarem-se para a criação novas legendas; e, por fim, porque violaria a segurança jurídica (BRASIL, 2013, p. 32-134).

A controvérsia nesses dois votos pode ser observada em razão da resistência, por parte do Ministro Teori Zavaski, em entender pelo cabimento do mandado de segurança para discutir sobre questão que, para ele, tratava-se de vício de inconstitucionalidade material, enquanto Gilmar Mendes, que entendeu pela ofensa de cláusulas pétreas no caso, mostrou-se receptivo à hipótese de discussão sobre inconstitucionalidade material.

Esses casos demonstram como o STF, desde o caso em que assumiu a competência para o controle preventivo de constitucionalidade de emendas constitucionais, tem exercido esse poder: no MS nº 21.648/DF, foi indicado que no caso de aprovação de proposta de emenda questionada, o parlamentar perderia a legitimidade para discutir a constitucionalidade da proposta, visto que não figura no rol constante no art. 103 da CF/88; no MS nº 22.503/DF, prevaleceu o entendimento de que matéria relativa ao regimento interno de uma das casas do Congresso Nacional, ou seja, as matérias *interna corporis*, não são passíveis de apreciação pelo Poder Judiciário pela via do mandado de segurança, salvo se constarem no texto constitucional; no MS nº 23.047, discutiu-se sobre o poder de um Ministro, individualmente, tratar de questão sobre a qual paira controvérsia acerca de sua natureza (se regimental ou de direito público), assim como sobre se a análise de afronta à cláusula pétrea configura exame de conteúdo; por fim, no MS nº 32.033, duas questões relevantes foram colocadas em debate: da possibilidade do controle preventivo de constitucionalidade material pelo STF e de reversão de decisão do STF pelo Congresso Nacional.

Sobre isso, a literatura aponta que as decisões do STF no controle preventivo de constitucionalidade configurariam ativismo jurisdicional, tendo em vista que o próprio Tribunal passou a definir os limites de competência, de modo a atingir questões não previstas no texto constitucional. Esse ativismo também restaria configurado diante da disposição em atingir, cada vez mais, competências de revisão amplas, para atingir atos dos demais poderes (LIMA, 2016, p. 319-320).

Mas, ao mesmo tempo, verifica-se que o Tribunal tem exercido a competência por ele assumida de forma contida, sem invalidar os atos dos demais poderes. Conforme indicam Claudio Ladeira de Oliviera, Luiz Eduardo Lapolli Conti e Isaac Kofi Medeiros (2021, p. 158-169), o STF, nas ocasiões em que foi provocado a analisar, preventivamente, a inconstitucionalidade de projeto de lei ou PEC, não o fez, de modo a exercer um perfil conservador, com certa desconfiança em relação à intervenção direta em outro Poder.

Sobre isso, faz-se necessário observar que, nos votos dos Ministros nos casos anteriormente analisados, houve uma tentativa de ampliação dos poderes do Tribunal, o que ocorreu, por exemplo, nos casos em que se buscou fixar entendimento de que seria possível que um Ministro decidir individualmente sobre questões que versavam sobre matéria regimental, como também nos casos em que se discutiu sobre ser possível alcançar o controle material das proposições legislativas. Alguns desses posicionamentos são defendidos por autores nacionais, como é o caso de autores mencionados anteriormente, tais como Sebastião Tavares (2021, p. 283-285) e Bruna Borghetti Camara Ferreira Rosa (2019, p. 206-223).

Diante dessa atuação do STF no controle preventivo de ECs, Flávia Santiago Lima (2016, p. 324) indica que o Tribunal age com ativismo quanto ao instrumento processual, visto que, ao admitir mandado de segurança, acaba por definir os contornos de sua atuação pela construção de um instituto não previsto no texto constitucional, e, na racionalização dos critérios de interferência, estabelece-os com certa parcimônia, de maneira que é possível cogitar o exercício de autocontenção quanto ao mérito dos julgados.

A concepção de autorrestrição que a autora utiliza é a de Richard Posner (2012, p. 521), que aponta três significados como “mais sérios”: o primeiro ocorre quando os juízes apenas aplicam lei e não a produzem (denominado “legalismo” ou "formalismo"); o que ocorre quando juízes se submetem às decisões de outros agentes (que configura “modéstia” ou “competência institucional”); e quando são relutantes em declarar a inconstitucionalidade de atos legislativos ou ações executivas ("restrição constitucional"), noção essa construída a partir do que indica James Bradley Thayer.

Diante disso, tem-se que o STF, no que diz respeito ao controle preventivo de emendas constitucionais, adota posição ativista quando analisa os seus próprios limites de atuação, entretanto, busca agir com cautela no que diz respeito à declaração de inconstitucionalidade das propostas que lhe são submetidas à exame.

2.4 Conclusões parciais do capítulo

Neste capítulo, foram analisados aspectos relacionados ao controle preventivo de constitucionalidade de emendas constitucionais no Brasil, tais como a ausência de sua disposição no texto constitucional e infraconstitucional, o entendimento jurisprudencial construído a respeito do tema e outras.

Porém, em razão da abordagem culturalista adotada, buscou-se compreender, antes de tratar das questões anteriormente mencionadas, sobre como foram definidas a estrutura e competências do STF durante a ANC, para que fosse possível, então, indicar como mesmo sem previsão do tema na Constituição e na lei, o Tribunal conseguiu alcançar tal competência.

Nesse sentido, verificou-se o seguinte: a constituinte foi convocada em um período de transição política no país; em algumas subcomissões da constituinte, como na SPJMP e na de sistematização, os setores corporativistas se articularam e, ao final, conseguiram a rejeição das propostas que tinham o objetivo de alterar a estrutura do Judiciário, tal como a proposta de criação de um Tribunal Constitucional; os ministros do STF participaram da ANC a partir de posição distinta dos demais membros, o que lhes permitiu negociar o seu estatuto funcional e o desenho das competências do Tribunal, uma vez que podiam decidir conflitos quando constituintes insatisfeitos mobilizavam o Tribunal e, além disso, expressar suas opiniões a respeito da aplicação da nova Constituição em eventos e seminários.

Tais questões foram apontadas na pesquisa como algumas das razões que explicam o fato de o Tribunal ter a estrutura da ordem constitucional anterior mantida e, além disso, ter ganhado novas competências, de modo a alcançar um papel de destaque na nova ordem constitucional.

Em relação a essas competências, foi ressaltado que, no art. 102 do texto constitucional de 1988, restou definido que o STF pode exercer o controle repressivo de constitucionalidade pelas ações de via concentrada ou difusa, de forma que não há previsão para o controle preventivo de constitucionalidade de emendas constitucionais pelo STF.

Porém, mesmo sem tal previsão, o STF assumiu a competência do controle preventivo de ECs. Isso ocorreu no MS nº 20.257DF, de 1980. Nesse MS, a interpretação constante no voto do ex-Ministro Moreira Alves viabilizou o entendimento hoje existente de que é possível o controle preventivo pelo STF, pois, após esse voto, foi firmado o entendimento, na jurisprudência do STF, de que membros do Congresso Nacional possuem legitimidade ativa para provocar o Tribunal para analisar a constitucionalidade de projetos de lei ou de propostas de emendas à Constituição pela via do MS.

A partir disso, foram tratadas outras quatro decisões proferidas pelo STF no exercício do controle preventivo: o MS nº 21.648/DF; o MS nº 22.503/DF; o MS nº 23.047/DF; e o MS nº 32.033/DF. Os três primeiros foram impetrados para controle de constitucionalidade de PEC, enquanto o último para discussão de projeto de lei. Essas decisões foram selecionadas após a leitura de textos de autores de referência no tema, conforme indicado na página 50 e no Apêndice A desta pesquisa.

Nesses textos, os autores ressaltavam a importância desses quatro MS no que diz respeito ao tema do controle preventivo de constitucionalidade de emendas constitucionais no Brasil, pois cada um deles traz discussões a respeito dos limites (impostos por construção jurisprudencial) que o Tribunal observa no exercício dessa competência.

Ao final, após a análise desses casos, foi apontado que, na literatura brasileira, é indicado que a atuação do STF no controle preventivo de constitucionalidade de ECs é, por um ângulo, ativista, pois o próprio Tribunal define os seus limites competências e, além disso, alguns ministros tentam ampliar os poderes do tribunal, porém, por outro, pode ser considerada autocontida, visto que no exercício dessa competência, o Tribunal não invalida os atos dos demais poderes.

3 CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE DE ATOS REFORMATÓRIOS DA CONSTITUIÇÃO NA COLÔMBIA

Assim como feito no capítulo anterior, neste também se buscará compreender a maneira como o controle preventivo de constitucionalidade é disciplinado no sistema colombiano e quais sujeitos podem exercê-lo. Por isso, serão analisados dispositivos da CP/91, assim como alguns preceitos da legislação infraconstitucional colombiana.

Contudo, a análise legal será precedida do exame das questões históricas relacionadas ao processo de criação da CCC, assim como sobre a definição de suas competências durante o processo constituinte, com o fim de compreender se as competências por ela exercidas atualmente decorrem de interpretação literal do texto constitucional ou de construção jurisprudencial.

Após constatar quais discussões ocorreram, durante o processo constituinte, para definição das competências da CCC, assim como a maneira como a CP e a legislação infraconstitucional dispõem sobre o controle preventivo de constitucionalidade, passarão a ser examinadas, então, as decisões proferidas pelo Tribunal[40] no controle de constitucionalidade preventivo, para verificar a CCC atua nesse exercício.

3.1 Definição de estrutura e competências da Corte Constitucional e previsão do controle preventivo de constitucionalidade na Constituição e na Legislação Infraconstitucional

A CP de 1991 decorre de um processo de abertura política e, ao mesmo tempo, de crise institucional. Esse processo de abertura ocorreu porque embora a Colômbia não tivesse passado por um governo ditatorial logo antes da promulgação de seu texto constitucional, assim como ocorrido em outros países da América Latina durante os anos oitenta, ela ainda enfrentava as marcas do regime político fechado e excludente imposto pela Frente Nacional. Já a crise institucional enfrentada no país se deu em razão do contexto de violência política, das guerrilhas, da ineficácia do Estado e do aumento do narcotráfico (JIMÉNEZ, 2017, p. 251).

A Frente Nacional foi um acordo firmado pelas elites políticas colombianas reunidas em torno dos partidos conservador e liberal, que perdurou durante o período de 1958-1974. Esse acordo entre as elites políticas foi realizado para pôr fim ao governo militar do general

[40] As três decisões proferidas pela CCC nos casos de referendos constitucionais, quais sejam, a Sentença C-551 de 2003, a Sentença C-141 de 2010 e a Sentença C-397 de 2010, foram examinadas neste trabalho.

Gustavo Rojas Pinilla. A intenção anunciada para formalização do acordo foi a pacificação do país, que vivia um cenário de violência política (GUISAO-ÁLVAREZ, 2021, p. 235-236).

O país viveu um breve período sob governo militar, que perdurou de 1953 a 1957 e acabou em razão da renúncia do militar Rojas Pinilla como resposta a manifestações públicas de descontentamento com o governo[41] e, além disso, pela formação da Frente Nacional. Assim, o acordo constituído pelos membros dos partidos conservador e liberal, denominado Frente Nacional, pôs fim ao governo ditatorial e, após isso, permitiu a alternância desses dois grupos no poder.

Conforme indica Héctor Alonso Moreno Parra (2018, p. 170), a Frente Nacional tem entre seus méritos o fato de ter alcançado a construção de uma paz imperfeita, no período de 1957-1964, por um processo de pacificação que se iniciou por uma Junta Militar de transição, que tomou a frente do governo com a queda do general Rojas Pinilla. Esse processo de pacificação foi parte dos acordos para superar a violência política e reestabelecer o regime liberal-conservador.

Esse é o motivo que leva o autor Samuel P. Huntington (1994, p. 28), ao tratar da segunda onda de democratização, ocorrida em 1922-1942, a afirmar que a elite colombiana negociou um acordo para acabar com o governo ditatorial no país e, assim, introduzir instituições democráticas duradouras, o que se deu pela formação da Frente Nacional.

Importante destacar que, mesmo após o fim da Frente Nacional, ocorrido em 1974, o país continuou a ter presidente dos dois partidos antes mencionados, o liberal e o conservador, até a eleição de Juan Manuel Santos no ano de 2010. Por isso, Luis Alberto Restrepo (1991, p. 52) afirma que a convocação da *Asamblea Nacional Constituyente* – ANC ocorre como resultado da crise não resolvida do regime político bipartidário estabelecido pela Frente Nacional.

Porém, é possível afirmar que a convocação da ANC deriva também de fatores, dentre os quais se situa o descrédito da elite política colombiana, a crise de segurança vivenciada no país e, ainda, pelas guerras e violência que assediavam a sociedade colombiana (RESTREPO, 1991, p. 52). Néstor Raúl Correa Henao (1991, p. 27) acrescenta outro antecedente imediato à convocação da ANC: a impossibilidade de a mudança ocorrer por outras vias, tendo em vista que tanto pelas instituições vigentes, como também pela força, não se mostrava possível a reforma da Constituição então vigente, de 1886.

---

[41] A esse respeito: PEÑA, Mario Aguilera. Caída de Rojas Pinilla: 10 de mayo de 1957. **Revista Credencial**, set. de 2016. Disponível em: https://www.revistacredencial.com/historia/temas/caida-de-rojas-pinilla-10-de-mayo-de-1957. Acesso em 11 jul. 2022.

Destaca-se, em relação à impossibilidade de a mudança partir das instituições vigentes, que a ANC surge como um golpe de opinião aos políticos tradicionais e ao Congresso, visto que, em todo o período em que perdurou a Frente Nacional, generalizou-se no país um clientelismo, em que políticos liberais e conservadores ascendiam e mantinham-se no poder pelo voto popular, por meio da compra de voto com recursos do Estado, em troca de benefícios particulares aos eleitores (RESTREPO, 1991, p. 53).

Quanto à questão da força anteriormente mencionada, Henao (1991, p. 27) destaca que a violência sempre foi um problema para a Colômbia, contudo, desde 1948[42], o país passou a sofrer ainda mais com essa questão diante de uma guerra interna de mais de quarenta anos. Não se pode olvidar que, no país, imperou a lógica de guerra contra o "inimigo interno", que primeiro ocorreu em relação ao "produto da penetração cubano-soviética" e, após isso, quando já desmontado o regime da União Soviética, em relação ao narcotráfico, que representaria uma ameaça aos Estados Unidos. Internamente, a resolução de questões políticas foi delegada aos militares, o que gerou a acumulação de conflitos sociais, que têm como expressão as guerrilhas, o narcotráfico e a delinquência (RESTREPO, 1991, p. 55).

Deste modo, é possível observar que a convocação da ANC decorre do descontentamento da sociedade colombiana, que não apoiava o acordo que mantinha os membros dos partidos conservador e liberal no poder e, além disso, temia o cenário de guerras e violência que imperava no período.

A constituinte, instalada no ano de 1991, foi precedida de uma série de tentativas de reforma da Constituição que não foram exitosas. Em 1957, foi realizado plebiscito em que aprovada regra que apenas o Congresso da República poderia reformar a Constituição. Posteriormente, em 1977, sob o governo de Lópes Michelsen, considerou-se que o fim da Frente Nacional exigia mudanças, motivo pelo qual foi proposta uma "pequena constituinte" e convocada uma Assembleia Constitucional. Essa tentativa de reforma foi declarada inexequível pela Corte Suprema de Justiça no ano de 1978 (JIMÉNEZ, 2017, p. 252-253). Trata-se, portanto, de uma tentativa de reforma constitucional fracassada.

---

[42] Sobre isso, Sandra Patrícia Arenas Grisales (2013, p. 126-127) esclarece que o país passou por uma guerra civil não declarada que perdurou de 1948 e 1953, conhecida como *La Violencia*, que ocorreu em razão de enfrentamentos entre os partidos Liberal e Conservador. Por causa do conflito, diversas pessoas tiveram de fugir de suas terras e se proteger, motivo pelo qual surgiram as autodefesas, que posteriormente se denominaram Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia – FARC. Contudo, esse não foi o único conflito enfrentado no país. Desde meados de 1950, o país enfrenta um conflito armado que, embora não tenha um início claro, é marcado, atualmente, por uma baixa autonomia do Estado e o questionamento de sua legitimidade por grupos de guerrilheiros, narcotraficantes, paramilitares e grupos de justiça privada.

Após, em 1989, um projeto de reforma constitucional proposto no governo de Virgilio Barco também fracassa. Tal situação traz desesperança, mas, ao mesmo tempo, escancara a necessidade de mudanças. Em agosto desse mesmo ano, o líder liberal Luis Carlos Galán, que havia concorrido à presidência no ano de 1982 e que havia se proposto a combater a intromissão do narcotráfico na política, foi assassinado. Outros dois líderes políticos também foram mortos: Bernardo Jaramillo Ossa, da União Patriótica - UP, e Carlos Pizarro, do grupo Aliança Democrática M-19 – AD-M-19 (JIMÉNEZ, 2017, p. 252-253).

Nesse contexto de assassinato de líderes políticos e de tentativas de reformas constitucionais fracassadas, ocorreram, em março de 1990, as eleições dos *alcades* - que são as autoridades administrativas máximas nos municípios -, deputados, *concejales* (vereadores) e outras autoridades[43]. Nessa eleição, foi introduzida, após iniciativa do movimento estudantil *Todavía podemos salvar a Colombia*, uma cédula adicional nas urnas, consultiva, que ficou conhecida como a *séptima papeleta*, a favor de convocar uma Assembleia Constituinte. A votação a favor da convocação foi massiva (RESTREPO, 1991, p. 58; MEZA-LOPEHANDÍA, 2020, p. 02).

Assim, durante as eleições de março de 1990, adicionou-se às seis cédulas existentes para a escolha dos representantes políticos do país uma sétima cédula, com o fim de questionar se o povo colombiano aprovava a convocação de uma Assembleia Constituinte para reforma da Constituição de 1886.

Posteriormente, o governo do então presidente Virgilio Barco Vargas expediu o Decreto nº 927 de 03 de maio de 1990, para autorizar o Registrador Nacional a contabilizar os votos da sétima cédula, cuja votação ocorreu novamente nas eleições presidenciais de 27 de maio. Nessa ocasião, a votação a favor da convocação da Assembleia Constituinte atingiu 88% (JIMÉNEZ, 2017, p. 253).

Aqui, faz-se importante destacar que, conforme ressalta Luis Alberto Restrepo (1991, p. 58), o então presidente tratava da convocação uma "Assembleia Constitucional" e não Constituinte, ou seja, essa seria responsável apenas pela reforma da Constituição então vigente. Após votação em que os eleitores votaram de modo afirmativo, eles não notaram que aprovaram apenas uma reforma constitucional e não a convocação de uma Assembleia Constituinte.

---

[43] A eleição de março de 1990 foi realizada para a escolha de membros do Senado, da Câmara de Representantes, para a Assembleia Departamental, para *alcade*, para o Conselho e para a consulta do candidato liberal à presidência (JIMÉNEZ, p. 253). A eleição para escolha do Presidente da República ocorreria em momento posterior, em maio desse mesmo ano.

Após isso, o presidente eleito nas eleições de maio de 1991, César Augusto Gaviria Trujillo, iniciou as negociações com os principais partidos políticos do país. Chegou-se, então, a um acordo sobre a Assembleia Constitucional. Seus conteúdos foram incorporados no Decreto Legislativo nº 1926, de 24 de agosto de 1990, que estabeleceu o prazo de funcionamento da Assembleia, o quórum para aprovação das normas e outras questões. Ao final do processo, a Corte Suprema de Justiça, no exercício do controle de constitucionalidade do Decreto anteriormente citado[44], declarou inconstitucional o projeto. Contudo, também foi declarada a inconstitucionalidade da norma que estabelecia a sua própria competência para examinar a reforma proposta pela Assembleia Constitucional. Por isso, muitos consideram que essa decisão converteu a Assembleia Constitucional em Assembleia Constituinte (MEZA-LOPEHANDÍA, 2020, p. 03).

Com isso, a *Asamblea Nacional Constituyente* - ANC, que se instalou no Centro de Convenções "Gonzalo Jiménez de Quezada", situado em Bogotá, iniciou seus trabalhos em 05 de fevereiro de 1991[45] e os encerrou em 04 de julho de 1991. A ANC foi organizada em cinco comissões distintas e conduzida por três presidentes (JIMÉNEZ, 2017, p. 255), conforme se tratará de maneira mais pormenorizada a seguir. Os trabalhos constituintes foram regidos pelo *Reglamento de la Asamblea Nacional Constituyente* – RANC[46].

Destaca-se que foi declarado pela constituinte que seus atos não estavam sujeitos a controle jurisdicional algum[47] e que o Congresso eleito para o período de 1990 a 1994 foi fechado, pois em razão de seu caráter único, soberano, indivisível, imprescritível, inalienável, determinante, fático e criador da ANC, não havia a possibilidade de existir, simultaneamente, outro poder constituinte, que, no caso, seria o derivado (JIMÉNEZ, 2017, p. 255).

Observa-se, desse modo, que os constituintes buscaram assegurar a soberania da ANC, tendo em vista que declararam que os seus atos não estavam sujeitos a controle jurisdicional, e, além disso, determinaram o recesso Congresso Nacional, para que não existisse outro poder constituinte de maneira concomitante.

---

[44]Sentencia 138 de 09 de outubro de 1990 da Corte Suprema de Justiça da Colômbia.

[45] As discussões ocorridas na sessão podem ser conferidas em: ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. **La Gaceta Constitucional nº 01**. Informe de Sesión Inaugural de la Asamblea Constituyente. Bogotá, 05 de fevereiro de 1991. Disponível em: http://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3850. Acesso em 11 jul. 2022.

[46]As discussões ocorridas na sessão podem ser conferidas em: ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. **La Gaceta Constitucional nº 13.** Reglamento de la Asamblea Nacional Constituyente. Bogotá, 01 de março de 1991. Disponível em: https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3797. Acesso em 13 jun. 2022.

[47] As discussões ocorridas na sessão podem ser conferidas em: ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. **La Gaceta Constitucional nº 92**. Informe de Sesión Plenaria. Bogotá, 09 de maio de 1991. Disponível em: https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll28/id/28/rec/6. Acesso em 11 jul. 2022.

Para composição da ANC, foram eleitos 70 (setenta) delegatários. Os candidatos eram de partidos tradicionais ou, ainda, de diferentes grupos e movimentos sociais. Em momento posterior, mais quatro delegatários foram incorporados à ANC (CORREA HENAO, 1990, p. 30). Sobre a composição, observa-se que o Partido Liberal - PL ocupou 35,7% dos assentos (25 constituintes), o AD-M-19 27,1% (19 constituintes,), o Movimento de Salvação Nacional - MSN 15,7% (11 constituintes), o Partido Conservador 7,1% (5 constituintes), o Conservadores Independentes 5,7% (4 constituintes), o União Patriótica, 2,9% (2 constituintes), os Indígenas, 2,9% (2 constituintes) e Cristãos 2,9% (2 constituintes) (JIMÉNEZ, 2017, p. 254). A este respeito, Luis Alberto Restrepo (1991, p. 59) destaca que foi a primeira vez na história do país em que eleitos dois representantes indígenas e dois pastores evangélicos e que, de todos os delegatários, apenas quatro eram mulheres.

A ANC foi estruturada da seguinte maneira: Plenária, a instância máxima de decisão da ANC; Diretiva, referente à presidência da Assembleia, composta por uma direção tripartida das três forças políticas do país (PL, AD-M-19 e MSN), que se alternavam na condução da Plenária; Comissão da Mesa, que correspondia à reunião dos Presidentes da ANC com os presidentes de cada uma das comissões permanentes, cuja função era avaliar o funcionamento administrativo da ANC e das comissões; representações políticas e departamentais, que representavam as bancadas organizadas de acordo com a militância dos constituintes; e, por fim, as comissões, que se dividiram em: comissões permanentes, que somavam cinco comissões temáticas[48] e que tinham um presidente, um vice-presidente e um secretário; Comissão Codificadora, que tinha que compilar e sistematizar os textos aprovados no primeiro debate na Plenária e prepará-los para o segundo debate; Comissão de Estilo, que, após a aprovação do texto no segundo debate, tinha que realizar correções gramaticais ou de estilo que fossem necessárias, para, após, seguirem para aprovação; por fim, Comissões Acidentais, para tratar de questões que surgissem no curso do processo constituinte (RESTREPO, 1991, p. 59; MEZA-LOPEHANDÍA, 2020, p. 05-07).

No que tange à apresentação de projetos, observa-se que essas podiam ser entregues por distintos agentes. Conforme art. 27 do RANC (1991, p. 03), podiam apresentar projetos os constituintes, o Governo Nacional (o que deveria ocorrer por intermédio do Ministério do

[48] A Comissão I era responsável pelo debate sobre os princípios, direitos, deveres, garantias e liberdades fundamentais, assim como mecanismos e instituições de proteção, participação democrática, sistema eleitoral, partidos políticos, estatuto da oposição e mecanismos de reforma constitucional; a Comissão II era responsável por assuntos do ordenamento territorial do estado, autonomia regional e local; a Comissão III por governo e congresso, força pública, regime de estado de sítio e relações internacionais; a Comissão IV por administração de justiça e Ministério Público; e a Comissão V por assuntos econômicos, sociais e ecológicos (MEZA-LOPEHANDÍA, 2020, p. 07).

Governo), a Corte Suprema de Justiça, o Conselho do Estado e o Congresso Nacional por Comissões Primeiras Constitucionais Permanentes do Senado e da Câmara de Representantes. Havia a possibilidade, ainda, de representantes legais de organizações não governamentais de caráter nacional, universidades e de grupos guerrilheiros que se vinculassem a um processo de paz sob a direção do governo apresentarem propostas escritas à ANC.

Também havia a possibilidade de as organizações da sociedade civil apresentarem propostas. Nesse aspecto, destaca-se que foram convocadas Mesas de Trabalho Regionais, lideradas pelas Alcadías Municipais, organizações sociais, universidades e outras instituições, para receber as iniciativas cidadãs, provenientes tanto de particulares como também de especialistas e organizações sociais. Ao todo, 1.500 mesas foram distribuídas em 29 grupos de trabalho, que se dividiram em 10 comissões e, por fim, em subcomissões. As propostas recebidas foram sistematizadas e unificadas pelas Mesas Preparatórias, que estavam na Capital do país e alimentavam os debates ocorridos na Assembleia Constitucional. Essas propostas também serviam de insumo para as Comissões Preparatórias, que, por sua vez, eram utilizadas pelo Governo (MEZA-LOPEHANDÍA, 2020, p. 09).

Assim, as propostas dos cidadãos eram coletadas pelas Mesas de Trabalho Regionais e, posteriormente, sistematizadas pelas Mesas Preparatórias, situadas em Bogotá, capital do país, para que, então, as questões e temas sugeridos pudessem ser debatidos pelos delegatários na ANC. Além disso, aquilo que era coletado pelas Mesas de Trabalhos Regionais também servia para a elaboração das propostas pelas Comissões Preparatória, cuja apresentação era realizada pelo Governo.

Os projetos eram apresentados ao secretário da ANC, que os encaminhava para a respectiva comissão. Depois disso, o respectivo presidente da comissão nomeava de um a vários relatores, segundo a complexidade do tema, que, por sua vez, deveriam redigir um informe/relatório. O informe/relatório tinha que ser aprovado na comissão para passar ao primeiro debate na Plenária da ANC. Caso aprovado, passava, então, ao segundo debate e, depois, para a aprovação final (JIMÉNEZ, 2017, p. 255). Deste modo, é possível observar que eram realizados três debates: um nas comissões e dois na Plenária.

Os debates que interessam à presente pesquisa, de maneira similar ao analisado no tópico anterior, dizem respeito à criação da CCC e à definição de suas competências. Nesse aspecto, cumpre mencionar que a proposta de criação da CCC partiu do governo do então presidente César Gaviria (CEPEDA-ESPINOZA, 2004, p. 547).

A discussão e aprovação sobre "controle de constitucionalidade, Corte Suprema de Justiça e Conselho de Estado" foi atribuída, em razão da matéria, à Comissão IV da ANC. Essa comissão foi composta por: Fernando Carrillo Flórez (presidente), do PL, Jaime Fajardo Landaeta (vice-presidente), do Exército Popular de Liberação, Carlos Daniel Abello Roca, do MSN, María Teresa Garcés Lloreda, do AD-M–19, Álvaro Gómez Hurtado, do MSN, Armando Holguín Sarria, do PL, Hernando Londoño Jiménez, do Partido Conservador, Julio Simón Salgado, do PL, e José María Velasco Guerrero – AD M–19 (JIMÉNEZ, 2017, p. 269).

María Teresa Garcés Lloreda e José María Velasco Guerrero, encarregados de elaborar a proposta da Comissão IV, redigiram relatórios separados porque tiveram entendimento divergente a respeito da Corte Constitucional, embora tenham apresentado convergência nos demais pontos sobre controle de constitucionalidade (JIMÉNEZ, 2017, p. 270-277). A constituinte Maria Teresa defendia a criação de um Tribunal Constitucional, enquanto José María Velasco se opunha à sua criação

Os argumentos contrários ou favoráveis à criação da CCC, apresentados na Comissão, foram resumidos por William Guillermo Jiménez (2017, p. 283-284). Em relação aos opositores, o autor destacou o seguinte: eles entendiam que era melhor o sistema vigente, concentrado pela matéria, mas separado pelo órgão (entre Corte Suprema e Conselho de Estado), do que aquele proposto, em que se buscava inverter a ordem, ou seja, concentrado no órgão (que seria a CCC) e separado pela matéria; a maioria dos processos de controle de constitucionalidade tratavam sobre a inconstitucionalidade de leis ordinárias e não sobre atos reformatórios, de modo que não haveria a necessidade de magistrados especializados em direito público; a proposta de criação de uma Corte Constitucional seguia o modelo de controle de constitucionalidade austríaco, que, por sua vez, derivou-se do modelo colombo-venezuelano de 1811[49], este elogiado por sua originalidade, mas que, por outro lado, apresentava a questão da demora para tomada de decisões – para ilustrar esse ponto, foi tratado sobre o tempo de tramitação do processo no Tribunal Constitucional espanhol -, e, além disso, que esse modelo criava situação de "ressentimentos políticos" nos casos de declarações de inconstitucionalidade;

[49] O antecedente do controle de constitucionalidade concentrado na Colômbia pode ser encontrado na Constituição do Estado Soberano de Cundinamarca, de 4 de abril de 1811 (proclamada após os movimentos de independência), em que foi instituída a figura do Senado de Censura e Proteção, de natureza política, que tinha como função a proteção e integridade da Constituição. Já nas constituições nacionais promulgadas ao longo do século XIX, essa instituição não foi estabelecida, até o Ato Legislativo nº 3 de 31 de outubro de 1910, que modificou a Constituição de 1886, para introduzir o controle jurisdicional constitucionalidade a cargo da Corte Suprema de Justiça (OSORIO, 2013, p. 157). No que tange ao controle difuso, similar ao do modelo norte-americano, a Colômbia o exerce desde os princípios do século XX, pela reforma constitucional de 1910 à Constituição de 1886 (ARAGÓN REYES, 2021, p. 14).

por fim, que a adoção desse modelo reduziria a Corte Suprema de Justiça a um tribunal de cassação e, ainda, criava a possibilidade de a CCC ter de se submeter a maiorias conjunturais e de política, tendo em vista que exerceria um controle político e não jurídico.

Observa-se, assim, que os constituintes contrários à criação da CCC não desejavam que a Corte Suprema de Justiça, tida como a corte responsável pelo controle de constitucionalidade concentrado no país, perdesse seu poder e se tornasse apenas um tribunal de cassação – situação similar a que ocorreu no Brasil, em que se buscou manter a atribuição do controle de constitucionalidade ao STF, sem a criação de um Tribunal Constitucional para exercício desse poder.

Já em relação aos simpatizantes, os seguintes argumentos foram apresentados para a criação da CCC: pela especialidade dos membros, que não dizia respeito à matéria (tendo em vista que a Corte demandaria especialistas em direito público), mas sim em razão da dedicação exclusiva por parte desses; em razão da separação do Tribunal de Cassação do Tribunal Constitucional, que permitiria alcançar uma melhor eficiência jurídica pelo caráter político do controle de constitucionalidade, que permitiria uma interpretação da realidade político-social do país; por fim, em razão de um Tribunal Constitucional poder proteger dos direitos fundamentais e pelos bons resultados obtidos no sistema europeu (JIMÉNEZ, 2017, p. 284).

Em relação aos argumentos apresentados, é possível notar que os constituintes que se posicionavam de maneira favorável à criação da CCC indicavam que o caráter político da função de interpretação da Constituição seria algo benéfico, pois permitiria a Corte atuar alinhada à realidade político-social do país, enquanto os constituintes que se posicionavam de modo contrário, tal questão traria o risco de submeter o Tribunal a "maiorias conjuntais e de política".

O debate sobre a criação da CCC também ocorreu em outras comissões. Na Comissão II[50], por exemplo, o constituinte Gustavo Zafra Roldán apresentou proposta pela qual, no art. 27, a CCC poderia conhecer, de ofício ou a pedido de qualquer cidadão, sobre ações que tratassem de atos reformatórios da Constituição expedidos pelo Congresso. Na mesma comissão, Eduardo Verano de la Rosa mencionou o Tribunal Constitucional, que deveria resolver as objeções de inconstitucionalidade formuladas pelas comissões permanentes do Congresso (JIMÉNEZ, 2017, p. 286).

---

[50] As discussões ocorridas na sessão podem ser conferidas em: ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. **La Gaceta Constitucional. nº 42**. Ponencia General los Departamentos. Bogotá, 10 de abril de 1991. p. 24. Disponível em: https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3730. Acesso em 13 jul. 2022.

Na Comissão I[51], a criação da CCC também foi tema de debate. Os constituintes Jaime Arias, Darío Mejía e Juan Carlos Esguerra indicaram que a ação pública de inconstitucionalidade e o controle automático de constitucionalidade deveriam ser mantidos, fosse perante a Corte Suprema de Justiça ou perante à CCC, sendo que o último tema deveria ser definido pela Comissão IV. Já na Comissão V[52], citou-se a Corte Constitucional para tratar do tema do controle fiscal, tendo em vista que o governo nacional propôs que a Controladoria Geral fosse eleita pelo Congresso a partir de uma lista de candidatos encaminhada pelo Tribunal Constitucional, do Conselho de Estado e do Presidente da República. Por fim, na Comissão III[53], foi abordada a questão do controle de constitucionalidade sobre os tratados internacionais. Os constituintes concordaram que deveria existir esse tipo de controle, mas discordaram sobre a forma de seu exercício (JIMÉNEZ, 2017, p. 286-288).

Observa-se, portanto, que, à época da constituinte, o tema da criação da Corte Constitucional não foi discutido apenas pela Comissão IV, que estava encarregada de promover o debate sobre esse tema, mas também passaram, em algum momento, pelas discussões ocorridas nas demais comissões.

No dia 3 de maio de 1991, a Comissão IV aprovou a criação da Corte Constitucional com o poder de exercer o controle de constitucionalidade pela maioria dos membros. O artigo que confiava à CCC a guarda da integridade e supremacia da Constituição contou com 6 votos contra 3[54] (JIMÉNEZ, 2017, p. 288). Após isso, o texto aprovado pela Comissão foi submetido ao primeiro debate e aprovação na Plenária.

No primeiro debate ocorrido na Plenária, foi ratificado, de modo geral, o aprovado na Comissão IV, com alguns ajustes a respeito de pontos sobre os quais não houve acordo. Dentre eles, definiu-se que a Corte seria composta por um número ímpar e não por 9 magistrados, como definido na Comissão; que os magistrados seriam eleitos pelo Senado da República para

---

[51] As discussões ocorridas na sessão podem ser conferidas em: ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, **La Gaceta Constitucional nº 52.** Informe-Ponencia Mecanismo de Participación Democrática, 17 de abril de 1991. p. 9. Disponível em: https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3744. Acesso em 13 jul. 2022.

[52] As discussões ocorridas na sessão podem ser conferidas em: ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, **La Gaceta Constitucional nº 53**. Informe-Ponencia Control fiscal. Bogotá, 18 de abril de 1991. p. 19. Disponível em: https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3804. Acesso em 13 jul. 2022.

[53] As discussões ocorridas na sessão podem ser conferidas em: ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. **La Gaceta Constitucional nº 68.** Informe-Ponencia Relaciones Internacionales. Bogotá, 06 de maio de 1991. p. 12-16. Disponível em: https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3720. Acesso em 13 jul. 2022.

[54] As discussões ocorridas na sessão podem ser conferidas em: ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. **La Gaceta Constitucional nº 81**. Informe de Minoría. Creación de una Corte Constitucional. Bogotá, 24 de maio de 1991. p. 16-24. Disponível em: https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3798. Acesso em 13 jul. 2022.

períodos únicos de oito anos, não reelegíveis, a partir de listas tríplices encaminhadas pelo Presidente da República, pela Corte Suprema de Justiça e pelo Conselho de Estado, e não pela participação dos três ramos do poder público, conforme proposto pelo Governo. No que tange às competências da Corte, apenas foram substituídas ou alteradas palavras que constavam no texto encaminhado pela Comissão, e, além disso, foram definidas outras duas atribuições à Corte: decidir sobre as *excusas* tratadas hoje pelo art. 137 da CP; revisar as decisões judiciais sobre a tutela dos direitos constitucionais (JIMÉNEZ, 2017, p. 296-298).

Após a codificação dos artigos aprovados no primeiro debate, foi iniciado o segundo debate da Plenária. Nesse momento, ocorreram ligeiras modificações como, por exemplo, a eliminação das expressões "terão vigência imediata" e "sua parte resolutiva será publicada no Diário Oficial" do art. 243, a nova enumeração de artigos, a introdução de um novo artigo para referir-se às incapacidades dos magistrados da Corte, uma adição ao inciso I do art. 239, para que o critério de designação dos magistrados atendesse ao pertencimento a diversas especialidades do direito, e, por fim, a eliminação de expressão do art. 243. A Plenária da ANC aprovou por maioria o proposto pela Comissão Codificadora (JIMÉNEZ, 2017, p. 301). Observa-se, portanto, que poucas modificações ocorreram nas duas discussões em Plenária em relação ao projeto apresentado pela Comissão IV.

Para Cepeda-Espinoza (2004, p. 551), existe uma razão adicional para a criação da Corte Constitucional: a oposição ativa e pública da Corte Suprema de Justiça à proposta e a outras inovações pelas quais havia certo apreço por parte dos constituintes. Essa atitude, aliada à barganha, levou à aprovação da criação da CCC por voto secreto.

Desse modo, verifica-se que a criação da CCC surgiu de proposta do governo do então presidente César Gaviria e contou com certa resistência, inclusive por parte da Corte Suprema de Justiça, que, até aquele momento, era o órgão encarregado do exercício do controle de constitucionalidade no sistema colombiano.

Com a promulgação da CP/91, foi estabelecido um sistema de controle constitucional que mistura alguns elementos: a Corte Constitucional exerce o controle exclusivo sobre determinadas normas, que serão abordadas a seguir, pelo controle abstrato; o Conselho de Estado realiza o controle sobre normas de hierarquia inferior[55], também pelo controle abstrato; por fim, todos os juízes da República exercem o controle concreto para revisar casos concretos

[55] A este respeito, a CP/91 estabelece a competência do Conselho de Estado para conhecer das ações de inconstitucionalidade dos decretos expedidos pelo Governo Nacional, conforme se verifica: Artículo 237. Son atribuciones del Consejo de Estado: 2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional (COLÔMBIA, 1991).

de ação de tutela (JIMÉNEZ, 2017, p. 305). Portanto, o controle de constitucionalidade, em sua forma abstrata, pode ocorrer nos dois órgãos mencionados, e na forma concreta, pode ser exercido por todos os juízes.

Nesse aspecto, importante destacar que a CCC é considerada intérprete suprema da Constituição. Por isso, todos os órgãos judiciais estão vinculados à interpretação por ela realizada e, nos casos de sentenças anulatórias, todos os poderes públicos estarão vinculados ao seu entendimento - inclusive o poder judicial, que não pode se apartar da interpretação constitucional que a Corte tiver outorgado a uma norma (ARAGÓN REYES, 2021, p. 19). Deste modo, não é possível que um juiz aplique, em caso submetido à sua apreciação, entendimento contrário ao empregado pela CCC em uma sentença anulatória.

Diversos mecanismos permitem a defesa da Constituição e dos direitos no sistema constitucional colombiano, de modo que é possível afirmar que o país adota um complexo sistema de controle de constitucionalidade. Esses mecanismos serão tratados de forma geral a seguir, para que, depois, seja possível tratar dos procedimentos específicos que devem ser decididos pela CCC.

O primeiro mecanismo é a ação de inconstitucionalidade, de controle concentrado e abstrato, pela qual os cidadãos podem impugnar, perante a CCC, atos reformatórios da constituição[56], referendos sobre leis, consultas populares e plebiscitos de ordem nacional[57], leis[58] e, por fim, decretos com força de lei expedidos pelo governo com fundamento no art. 150, numeral 10, e 341, ambos da CP (CIFUENTES MUÑOZ, 2002, p. 284-285).

Já por meio dos mecanismos de controle preventivo, a CCC pode decidir nos seguintes casos: revisão prévia dos projetos de lei estatutária[59] aprovados pelo Congresso, em que a Corte exerce seu exame antes da sanção da lei pelo presidente e imediatamente após a aprovação do projeto pelo Congresso; revisão de tratados internacionais e das leis que os aprovam, que ocorre quando o Presidente remete à Corte, nos seis dias seguintes à sanção da lei que aprova o tratado, o diploma internacional; objeções presidenciais aos projetos de lei sustentadas em motivos de

---

[56] A CP estabelece que a CCC deve analisar apenas se existe vício de procedimento na formação desse tipo de ato, conforme art. 241, 1, da CP (COLÔMBIA, 1991).

[57] No caso dos plebiscitos, a CP estabelece que a CCC deve analisar apenas se existem vícios de procedimento na convocatória e realização desses, conforme art. 241, 3, da CP (COLÔMBIA, 1991).

[58] A CP estabelece que a CCC pode analisar tanto a existência de vícios substantivos, como também os vícios de procedimento ocorridos no processo de formação desse ato, conforme art. 241, 4, da CP (COLÔMBIA, 1991).

[59] Lei estatutária é um tipo especial de lei que se distingue das leis ordinárias por ter requisitos mais exigentes para sua elaboração e também em razão das matérias que trata. Por meio dela, podem ser tratados direitos e deveres fundamentais das pessoas e procedimentos e recursos para sua proteção, sobre a administração da justiça, sobre a organização e regime dos partidos e movimentos políticos, o estatuto da oposição e as funções eleitorais, sobre instituições e mecanismos de participação cidadã e, por fim, sobre estados de exceção (CIFUENTES MUÑOZ, 2002, p. 288).

inconstitucionalidade, que se verifica quando projetos de lei objetados pelo governo por motivo de constitucionalidade, após voltarem às Câmaras para o segundo debate, são mantidos pelas Câmaras. Já no que tange ao controle posterior, verifica-se que esse pode se dar de forma automática, quando a Corte tiver que decidir definitivamente sobre a constitucionalidade dos decretos legislativos que o governo expede com fundamento nos estados de exceção (CIFUENTES MUÑOZ, 2002, p. 288-302).

No sistema colombiano, há, ainda, as ações de controle concreto, que podem ser de três tipos: ação de tutela, pela qual, para proteção dos direitos fundamentais ante ações ou omissões das autoridades ou de particulares (nesta última hipótese, apenas nos casos em que determine a lei), quando essas os colocarem em situação de vulnerabilidade ou ameaça; *habeas corpus*, para defesa do direito de liberdade; ações populares e ações de classe, para defesa de direitos previstos no próprio texto constitucional. Há, também, o controle difuso, que ocorre no caso da exceção de inconstitucionalidade, quando uma parte solicita ao juiz que dê aplicação à Constituição sobre o preceito da norma inferior que com ela seja incompatível, que também pode ser declarada pelas autoridades administrativas competentes. Destaca-se, por fim, que a defesa da Constituição ainda pode ocorrer pela jurisdição do contencioso administrativo, nos casos em que o Conselho de Estado deverá atuar nos casos que não couberem à Corte Constitucional (CIFUENTES MUÑOZ, 2002, p. 288-302).

No que diz respeito especificamente à CCC, observa-se que a CP reservou o capítulo 4 do Título VIII, que trata da Justiça, para o tema da jurisdição constitucional. Conforme art. 241[60] da CP, foi atribuído à CCC a guarda da integridade e da supremacia da Constituição. Suas funções foram explicitadas nos 11 numerais do artigo anteriormente mencionado.

Sobre isso, Miguel Luiz Cepeda-Espinoza (2004, p. 557) indica que, segundo o art. 241 da CP/91, existem quatro mecanismos de acesso ao Tribunal, que são: a ação pública de inconstitucionalidade; o controle *ex officio* de certos tipos de dispositivos, tais como decretos presidenciais de estados de exceção, leis que convocam referendo constitucional ou assembleia constituinte e leis que aprovam tratados internacionais e leis estatutárias; revisão, nos casos em que o Congresso anular um veto presidencial em questões de constitucionalidade; e, por fim, revisão discricionária de qualquer sentença de tutela proferida por qualquer juiz do país. Os três primeiros mecanismos configuram revisão judicial abstrata, enquanto o quarto diz respeito à revisão judicial em casos concretos.

---

[60] Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Com tal fin, cumplirá las siguientes funciones: [...] (COLÔMBIA, 1991).

No que diz respeito aos legitimados para propositura das ações de controle de constitucionalidade, observa-se que, de modo distinto da Constituição brasileira, não há um rol em um artigo específico do texto constitucional. Os dois legitimados para proposituras de ações de competência da Corte, o Governo e os cidadãos, encontram-se descritos nos próprios numerais do art. 241, em que são dispostas as funções da CCC. Ressalta-se que, em alguns casos, a Corte revê, de forma automática, ou seja, de ofício, atos normativos ou decisões.

Sobre a legitimidade dos cidadãos, observa-se que esses podem propor ações nos casos já descritos (ação de inconstitucionalidade contra os atos reformatórios da Constituição, qualquer que seja sua origem, desde que seja por vício de procedimento (art. 241, 1); ações de inconstitucionalidade contra as leis, tanto por seu conteúdo material como por vícios de procedimento em sua formação (art. 241, 4); ação de inconstitucionalidade contra decretos com força de lei editados pelo governo com fundamento nos arts. 150, numeral 10, que trata da possibilidade de o Congresso revestir o Presidente da República da faculdade extraordinária para expedir normas com força de lei pelo prazo de seis meses, quando houver necessidade ou conveniência pública, e 341, da CP, que trata da elaboração de Plano Nacional de Desenvolvimento com participação das autoridades de planejamento das entidades territoriais e do Conselho Superior da Judicatura. Nesse último caso, a ação pode versar sobre o conteúdo material ou vícios de procedimento na formação do ato (art. 241, 5) (COLÔMBIA, 1991).

Interessante destacar que foi em 1910, por reforma constitucional à Constituição de 1886, que criada a ação pública de inconstitucionalidade, pela qual qualquer cidadão estaria legitimado a provocar o controle abstrato e concentrado de constitucionalidade (NUNES, 2017, p. 121). Assim, a provocação do controle concentrado e abstrato pelo cidadão não se tratou de inovação na ordem constitucional colombiana após a promulgação da CP/91, tendo em vista que, desde a reforma ocorrida em 1910 na Constituição anterior, de 1886, o cidadão encontrava-se legitimado à propositura de ação que versasse sobre a constitucionalidade de leis e decretos.

Para esta pesquisa, chama a atenção, no entanto, a hipótese de controle automático prevista no art. 241, numeral 2, da CP[61], que dispõe sobre o exame, pela CCC, da constitucionalidade das leis convocatórias de referendos ou de Assembleia Constituinte para reforma da Constituição, com anterioridade ao pronunciamento popular e só em relação a vícios de procedimento na formação do ato.

---

[61] Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Com tal fin, cumplirá las siguientes funciones: [...] 2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación (COLÔMBIA, 1991).

Sobre isso, importante destacar que nos termos do art. 374[62] da CP, o texto constitucional só pode ser reformado pelo Congresso, por uma Assembleia Constituinte ou pelo povo, mediante referendo (COLÔMBIA, 1991). Assim, nos casos de reforma do texto constitucional por meio de referendo ou Assembleia Constituinte, a CCC exercerá o controle automático de constitucionalidade sobre a lei convocatória de um deles.

No caso específico da reforma por referendo, observa-se que a CP tratou do tema em seus artigos 378 e 379. Pela leitura do artigo 378[63], é possível verificar que o referendo para alteração do texto constitucional pode ocorrer por iniciativa do governo ou dos cidadãos, os últimos nas condições do artigo 155[64], que estabelece um número igual ou superior a 5% do eleitorado como mínimo para apresentação de proposta de reforma constitucional. Após a iniciativa, o Congresso, por meio de lei que exige a aprovação da maioria dos membros de ambas as Câmaras (Senado e Câmara de Representantes), pode submeter a referendo um projeto de reforma Constituição, que deverá ser incorporado em lei – projeto esse que passa pelo controle da CCC.

O dispositivo constitucional indica também que o referendo deve ser apresentado de maneira que os eleitores possam escolher livremente a respeito daquilo que votam positiva ou negativamente, e que a aprovação das reformas por tal meio exige a aprovação da proposta por mais da metade dos eleitores, assim como que esse número supere um quarto do número total de cidadãos que compõem o censo eleitoral.

Já o artigo 379[65] da CP estabelece que os atos legislativos, a convocação de referendo, a consulta popular ou o ato de convocação da Assembleia Constituinte só poderão ser declarados inconstitucionais quando violados os requisitos estabelecidos no título XIII da

---

[62] Artículo 374. La Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, por uma Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo (COLÔMBIA, 1991).

[63] Artículo 378. Por iniciativa del Gobierno o de los ciudadanos en las condiciones del artículo 155, el Congreso, mediante ley que requiere la aprobación de la mayoría de los miembros de ambas Cámaras, podrá someter a referendo un proyecto de reforma constitucional que el mismo Congreso incorpore a la ley. El referendo será presentado de manera que los electores puedan escoger libremente en el temario o articulado que votan positivamente y que votan negativamente. La aprobación de reformas a la Constitución por vía de referendo requiere el voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes, y que el número de estos exceda de la cuarta parte del total de ciudadanos que integren el censo electoral (COLÔMBIA, 1991).

[64] Artículo 155. Podrán presentar proyectos de ley o de reforma constitucional, un numero de ciudadanos igual o superior al cinco por ciento del censo electoral existente en la fecha respectiva o el treinta por ciento de los concejales o diputados del país. La iniciativa popular será tramitada por el Congreso, de conformidad con lo establecido en el artículo 163, para los proyectos que hayan sido objeto de manifestación de urgencia. Los ciudadanos proponentes tendrán derecho a designar un vocero que será oído por las Cámaras en todas las etapas del tramite (COLÔMBIA 1991).

[65] Artículo 379. Los Actos Legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación de la Asamblea Constituyente, sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en este titulo. La acción pública contra estos actos sólo procederá dentro del año siguiente a su promulgación, con observancia de lo dispuesto en el artículo 241 numeral 2 (COLÔMBIA, 1994).

Constituição, que estabelece os requisitos para a reforma da Constituição. Importante ressaltar que eventual ação pública contra um desses atos só pode ter início no ano seguinte à sua promulgação, nos termos constantes no parágrafo desse artigo (COLÔMBIA, 1991).

Ressalta-se que a literatura aponta que, de modo diverso da assembleia constituinte, o referendo constitucional não implica em uma subordinação das instituições à decisão popular, mas sim em colaboração entre os atores envolvidos. Essa colaboração pode ser notada nas quatro fases do referendo, quais sejam: a fase de iniciativa, que pode ser governamental ou popular; a fase legislativa, em que ocorre a promulgação da lei convocatória; a fase judicial, em que a lei é analisada pela CCC; e, por fim, a fase executiva e eleitoral. Trata-se, portanto, de um ato complexo, que envolve diversas etapas. Ressalta-se que o referendo constitucional passa por um duplo controle de constitucionalidade, tendo em vista que o primeiro ocorre pelo controle automático da lei convocatória de referendo, de acordo com o art. 241, numeral 2, da CP, enquanto o segundo é posterior, quando o referendo se torna um ato legislativo, nos termos do art. 241, numeral 1. O que diferencia essas duas formas de controle é a caducidade, que ocorre para o segundo controle, em um ano após a promulgação da reforma (GARCÍA, SANTANDER; VALDELEÓN, 2017, p. 339).

Desse modo, é possível notar que há uma diferenciação do referendo constituinte em relação à Assembleia Constituinte, tendo em vista que é apontado que o primeiro não conduz à subordinação, por parte das instituições, à decisão tomada, enquanto a segundo teria essa característica.

A esse respeito, Juan F. González-Bertolomeu (2019, p. 124) aponta que a CCC considera que o controle que incide no caso de referendo se dá em relação a um exercício de poder constituinte derivado. Por isso, esse poder encontra-se sujeito a todas as limitações, substantivas e processuais, estabelecidas na Constituição, uma vez que o poder constituinte originário só poderia se manifestar em assembleia constituinte.

No que diz respeito à disciplina da matéria pela Lei nº 134 de 1994, que trata dos mecanismos de participação cidadã no país, verifica-se que essa indica que os referendos podem ser de dois tipos: derrogatório, que permite que um ato legislativo, uma lei, uma ordenança, um acordo ou uma resolução local seja colocada à consideração do povo, para que esse decidir se a derroga ou não, parcial ou totalmente; aprobatório, para que um projeto de ato legislativo, uma lei, uma ordenança, um acordo ou uma resolução local, de iniciativa popular, é colocada à decisão do povo, para que esse decidir se o aprova ou o afasta, total ou parcialmente (COLÔMBIA, 1994).

A esse respeito, Jorge Ricardo Palomares García, Javier Santander e Edgar Valdeleón (2017, p. 336) apontam que o referendo derrogatório apresenta características distintas do aprobatório. O primeiro pode ser realizado quando cinco por cento dos cidadãos que compõem o censo eleitoral assim o solicitarem perante o Registrador Nacional, só pode ocorrer após seis meses da promulgação do ato legislativo que será derrogado, apenas para atos legislativos que dizem respeito a direitos fundamentais e suas garantias, procedimentos de participação popular e questões relacionadas ao Congresso da República, passa pelo controle automático perante a Corte Constitucional e necessita, para revogação do ato legislativo, da maioria dos eleitores, com a observância da participação de rum quarto do censo eleitoral. Já o segundo deve observar as regras de iniciativa tratadas no art. 378 da CP, além do controle de constitucionalidade pela Corte Constitucional, e, ainda, exige a intervenção do Congresso da República para a elaboração da lei, assim como a participação de mais de um quarto do número total de cidadãos e o voto afirmativo de mais da metade dos eleitores para aprovação do referendo.

Observa-se, desse modo, que o referendo constitucional pode ocorrer tanto para derrogação, como também para aprovação de um ato normativo para reforma da Constituição. Essas duas formas de referendo possuem algumas diferenças relacionadas às fases anteriormente descritas – de iniciativa, legislativa, judicial, executiva e eleitoral -, que se encontram dispostas na Lei nº 134 de 1994.

O art. 33 da lei já mencionada praticamente repete o disposto no art. 378 da CP[66]. Já o artigo 34[67] dessa lei estabelece que o referendo pode ser convocado somente após a expedição das certificações sobre o número de apoios necessário, emitidos pela Registradora do Estado, bem como a decisão de controle automático da CCC, assim como que, depois dessas etapas, o governo nacional, departamental, distrital, municipal ou local correspondente convocará o referendo por decreto, no prazo de 08 (oito) dias, e adotará as demais disposições necessárias à sua execução (COLÔMBIA, 1994).

---

[66] Nesse dispositivo, estabeleceu-se que: por iniciativa do Governo ou de um grupo de cidadãos que corresponda a pelo menos de 5% do eleitorado, o Congresso, por meio de uma lei que exige a aprovação da maioria dos membros de ambas as Câmaras, pode submeter a referendo um projeto de reforma constitucional que o próprio Congresso incorpore à lei; o referendo deverá ser apresentado de forma que os eleitores possam escolher livremente a respeito do que votam positivamente ou negativamente; a aprovação de emendas à Constituição por meio de referendo exige o voto afirmativo de mais de metade dos eleitores e que o número destes ultrapasse um quarto do número total de cidadãos que compõem o eleitorado (COLÔMBIA, 1994).

[67] Artículo 34 - Convocatoria del referendo. Expedidas las certificaciones por la Registradora del Estado Civil correspondiente, sobre el número de apoyos requerido, así como el fallo de la Corte Constitucional, el Gobierno Nacional, departamental, distrital, municipal o local correspondiente, convocará el referendo mediante decreto, en el término de ocho días, y adoptará las demás disposiciones necesarias para su ejecución (COLÔMBIA, 1994).

Assim, conforme os dispositivos acima tratados, para convocação do referendo para reforma da Constituição, faz-se necessário, antes, a promulgação de uma lei convocatória. Por isso, a aprovação da lei convocatória precede a realização do referendo para alteração do texto constitucional. É essa lei convocatória que, conforme já mencionado anteriormente, deve ser submetida ao controle de constitucionalidade exercido pela CCC, para que, segundo o estabelecido na Constituição (art. 241, numeral 2), seja analisado apenas o preenchimento dos requisitos formais pode ser analisado pela CCC.

Na lei convocatória, constam as perguntas que serão feitas ao povo no referendo. Assim, sua estrutura, em regra, é composta por: epígrafe, em que consta a espécie do ato normativo com a respectiva numeração, data e ementa; tópicos nos quais são explicitados os temas que se pretende reformar (o que a CCC denomina de nota introdutória), seguidos dos questionamentos para verificar se o cidadão aprova a redação do artigo, a redação do artigo no caso de aprovação da emenda constitucional; por fim, os campos "sim" e "não[68]", para que se possa indicar concordância ou não com a alteração constitucional.

Desse modo, é possível notar que a CCC exerce controle preventivo sobre a emenda constitucional[69], tendo em vista que examina, de maneira automática, a constitucionalidade da lei que convoca o referendo para alteração do texto constitucional, em que consta a nova redação que se pretende dar a um dispositivo constitucional.

Em um dos casos de análise de lei convocatória de referendo constitucional, a CCC construiu a teoria da substituição constitucional, que, segundo entendimento da Corte, pode ser aplicada tanto nos casos de análise de convocatória, como também do ato reformatório já aprovado.

O caso anteriormente mencionado se trata da Sentença C-551 de 2003, proferida em um contexto político de grande tensão. Em 2002, o então presidente Álvaro Uribe pretendia realizar uma reforma no texto constitucional para conter os gastos públicos e a corrupção administrativa. Para essas reformas, foi convocado um referendo por meio da Lei nº 796 de 2003. No controle dessa lei, a CCC declarou a inconstitucionalidade de grande parte dos artigos com perguntas que seriam feitas ao povo (SARRIA, 2007, p. 29) e aplicou, pela primeira vez, a teoria da substituição constitucional.

---

[68] Nas leis convocatórias examinadas também havia o campo de "voto em branco", contudo, a CCC não concorda com a introdução desse campo, conforme se tratará mais adiante.

[69] Embora a CCC classifique esse controle como posterior, conforme indicado na nota de rodapé seguinte, por ocorrer posteriormente à aprovação da lei convocatória, é possível notar, na literatura, alguns autores indicam que se trata de espécie de controle preventivo, tal como Sabrina Ragone (2021, p. 106), que aponta que "(...) no abstracto, automático y preventivo como el que se da con fundamento en el artículo 241.2 de la Constitución, sino derivado de una acción de inconstitucionalidade".

Diante do exposto na primeira parte desse tópico, foi possível verificar que a CCC não teve que construir entendimento para alcançar o controle de aspectos procedimentais dos atos reformatórios da Constituição, tendo em vista que tal competência lhe foi atribuída na CP. A CCC, contudo, desenvolveu sua jurisprudência para que, durante o exercício do controle preventivo, pudesse analisar também violações aos limites materiais ao poder de emenda. Por isso, para compreender melhor o entendimento construído pela CCC sobre a teoria da substituição constitucional, a Sentença C-551 de 2003 será objeto de exame no tópico a seguir.

3.2 Sentença C-551 de 2003

No início de sua atividade como Tribunal máximo da jurisdição constitucional colombiana, a CCC atuou nos estritos termos impostos nos arts. 241 e 379 da CP, sendo que alguns até classificaram sua atuação no controle de emendas constitucionais como minimalista. Exemplo dessa atuação ocorreu na Sentença C-222 de 1997, em que a Corte utilizou de um procedimento de *check list* para verificar se a criação de um ato legislativo correspondia com o disposto nos arts. 375, complementado com o art. 150 da CP, e da Lei nº 5 de 1992. No entanto, esse cenário começou a mudar em 2003, quando, no caso da Sentença C-551, a CCC assumiu a competência de revisar substancialmente a atividade do Congresso colombiano (CAICEDO, 2020, p. 17).

O referido caso foi submetido à apreciação da CCC em razão do controle automático de constitucionalidade estabelecido no art. 241, numeral 2, da CP [70]. Por meio dele, analisou-se a constitucionalidade da Lei nº 796 de 2003, ato por meio do qual se convocava referendo para alteração do texto constitucional. A iniciativa para modificação da Constituição, nesse caso, partiu do governo.

Com essa lei convocatória, pretendia-se submeter ao povo colombiano a decisão sobre alteração a respeito dos seguintes pontos da CP: acrescer o inciso 5º ao art. 122, para tratar

[70] Conforme consta na Sentença C-551 de 2003, o controle exercido pela CCC pode ser assim caracterizado: "[...] 2- O controle exercido pela Corte sobre a referida lei é um controle posterior à sanção e promulgação da lei correspondente, como também o é o controle sobre a lei que consulta ao povo sobre se se convoca uma Assembleia Constituinte [...] 4- O controle de constitucionalidade exercido sobre a lei por meio da qual é convocado um referendo constitucional caracteriza-se por ser anterior ao pronunciamento popular; concentrado, pois está exclusivamente a cargo da Corte Constitucional; judicial, pela natureza do órgão que a realiza; automática, uma vez que opera por mandato imperativo da Carta Política; integral, uma vez que compete à Corte verificar todos os eventuais vícios processuais dessa lei; específico, uma vez que o Tribunal só pode examinar os vícios processuais da lei, uma vez que não lhe compete estudar o seu conteúdo material; participativa, uma vez que os cidadãos têm o poder de assistir ou contestar a constitucionalidade; definitivo, porque o texto submetido a controle não pode ser objeto de pronunciamento do Tribunal Constitucional; e delimitado pela própria Constituição nos artigos 379.º e 241.º e 2.º" (COLÔMBIA, 2003, tradução nossa).

sobre a perda dos direitos políticos por funcionários públicos que tivessem atentado contra o patrimônio do Estado; acrescer o inciso 2º ao art. 133, para tratar do voto nominal e permitir o acesso à informação de como votaram os representantes políticos; modificar o art. 134, para tratar das substituições dos membros de corporações públicas, e derrogar o art. 261, que impedia a existência de suplente para cargos de eleição popular em corporações públicas; acrescer ao art. 346 um inciso e um parágrafo, para que tratar das faculdades das corporações públicas de eleição popular na direção e controle da Fazenda Pública; adicionar o numeral 5º ao art. 180, para tratar dos serviços administrativos do Congresso; alterar os arts. 171, 176, 263 para tratar o tema da redução do tamanho do Congresso e modificar a eleição dos congressistas; alterar os numerais 2 e 3 do art. 183, e adicionar ao mesmo artigo os numerais 6 e 7, para tratar da matéria de perda de investidura de Congressistas, Deputados, Conselheiros e Membros de Juntas Administradoras locais; modificar o art. 187, para tratar da matéria de limitação de pensões e salários com cargo a recursos de natureza pública; alterar do art. 272, para suprimir as controladorias departamentais, distritais e municipais; modificar o art. 289 com incisos para suprimir algumas pessoas jurídicas e atribuir à Procuradoria Geral da Nação as suas funções; modificar o art. 355, com incisos, para que tratar da matéria de auxílios com dinheiro público; incluir um novo artigo à Constituição, para tratar sobre novos recursos para educação e saneamento básico; alterar do art. 361, para tratar da matéria de destinação de recursos para educação e saneamento básico; adicionar um parágrafo transitório ao art. 345, para tratar das medidas de racionalização de gasto público; alterar o art. 108, para modificar o regime dos partidos políticos; agregar ao art. 16 um segundo inciso, para tratar das punições relacionadas ao tráfico e o uso de drogas; adicionar um artigo transitório, para tratar dos mandatos de autoridades territoriais; incluir um artigo versando sobre a vigência imediata da reforma ao texto constitucional (COLÔMBIA, 2003).

Diante disso, observa-se que, a referida reforma, proposta logo após a eleição do Presidente Álvaro Uribe, em 2002[71], tinha, como principal escopo, a contenção de gastos públicos, tendo em vista que as alterações indicadas anteriormente relacionam-se com temas como, por exemplo, a diminuição da estrutura do governo e a destinação de recursos públicos.

Na sentença, a CCC iniciou a sua fundamentação com a indicação de que se fazia necessário determinar o alcance de sua competência na revisão de constitucionalidade da lei

[71] Nesse período, o país enfrentava "sua pior crise econômica desde a década de 30". Essa crise foi aprofundada após o rompimento do processo de paz com as FARC. A este respeito: Crise econômica colombiana é a pior desde os anos 30. Folha de São Paulo, 2002. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u41738.shtml. Acesso em 15 jul. 2022.

convocatória, tendo em vista que alguns intervenientes argumentaram que a apreciação deveria manter-se restrita à verificação do correto trâmite da lei, enquanto outros defenderam que a Corte poderia analisar eventual violação aos requisitos tratados no Título XIII da CP, sem adentrar na matéria referente ao Regramento do Congresso (Lei 5ª de 1992) ou à Lei Estatutária de Mecanismos de Participação – LEMP (Lei 134 de 1994), e, por fim, outros argumentavam, ainda, que cláusulas constitucionais fora do Título XIII, assim como o conteúdo da Lei, deveriam ser examinados pela CCC (COLÔMBIA, 2003).

A Corte indicou, então, que a CP, ao estabelecer em seu art. 379 que a lei convocatória de referendo só poderia ser declarada inconstitucional quando violados os requisitos previstos no Título XIII da CP, mais especificamente os previstos no art. 378, não indicava que o controle exercido pela Corte só poderia considerar tal disposição, visto que ela mesma remete a outros artigos e o trâmite do referendo não se encontra disciplinado apenas nela. Por isso, a CCC apontou que o texto constitucional deveria ser interpretado de maneira harmônica, de modo a considerar, também, os propósitos do constituinte. Ademais, a CCC apontou que a restrição imposta pelo art. 379 não significaria que a CCC deveria considerar apenas normas constitucionais, de modo que a Lei nº 134 de 1994, a LEMP e o Regramento do Congresso[72] também deveriam ser considerados quando relacionadas a princípios e valores constitucionais (COLÔMBIA, 2003).

Com isso, é possível observar que, na análise de constitucionalidade da Lei Convocatória nº 796 de 2003, a CCC considerou: o texto constitucional de maneira "sistemática" e "harmônica"; a vontade do constituinte; a legislação infraconstitucional, como a LEMP, o Regramento do Congresso e a lei que disciplina os mecanismos de participação popular na Colômbia.

Após definir quais normas serviriam de parâmetro para verificação da constitucionalidade da convocatória, a CCC passou a tratar do alcance da sua competência no caso submetido à sua apreciação. Neste ponto, a CCC indicou que sua análise estaria limitada à verificação de vícios de procedimento na formação do ato e que não caberia a análise material da lei, ou seja, verificar se o conteúdo dessa seria constitucional ou não, ou, ainda, analisar se as mudanças propostas eram politicamente oportunas (COLÔMBIA, 2003).

Contudo, a CCC, na sequência, indicou que a noção de vício de procedimento na formação de uma lei que incorpora um referendo não seria evidente, tendo em vista que existem

[72] Sobre esses diplomas, a CCC indicou que apenas os seguintes pontos seriam capazes de causar a inconstitucionalidade da convocatória: disposições do Regulamento do Congresso e da LEMP relacionadas estreita e diretamente a valores constitucionais e aos requisitos estabelecidos no Título XIII da CPC (COLÔMBIA, 2003).

diversas compreensões sobre o que configura um vício formal. Porém, em razão da diferenciação realizada na própria Constituição (que permite a análise material em relação a outros atos, como, por exemplo, decretos com força de lei e projetos e leis estatutárias), a CCC indica que a CP adotou uma classificação bipartida dos vícios dos atos jurídicos, que podem ser materiais ou procedimentais, de modo que caberia somente a análise sobre os últimos no caso examinado (COLÔMBIA, 2003).

Na sequência, a CCC indicou que um vício de competência se projeta tanto sobre o conteúdo material como também sobre o trâmite da lei, tendo em vista que configura a base de ambos. Contudo, se a Corte não verifica a competência do órgão que propõe a reforma, ela não controla o procedimento de aprovação da reforma na forma estabelecida. Por isso, seria cabível, segundo entendimento construído pela Corte, a análise de vício de procedimento, dentre o qual se enquadra o vício de competência ao exercício do poder de reforma (COLÔMBIA, 2003).

A literatura aponta, no entanto, uma contradição na construção jurisprudencial do Tribunal. Isso porque ao definir a natureza do vício de competência, a Corte indica, quando exerce a revisão de leis, que se trata de um vício material[73], enquanto para justificar sua revisão em relação a reformas ao texto da Constituição, aponta, desde a sentença examinada neste subtópico, que se trata de um vício formal. Desse modo, é possível notar que um mesmo vício detém tratamento distinto, segundo a conveniência para a CCC (JARAMILLO; ESTRADA, 2016, p. 70).

Com isso, os autores buscam indicar comportamento contraditório da CCC no exercício do controle de constitucionalidade, pois, ao examinar decretos, por exemplo, a Corte indica que o vício de competência configura vício de natureza material, enquanto no exame de atos reformatórios, é indicado que tal vício possui natureza procedimental.

Após a consideração sobre a natureza do vício de competência, a CCC ressaltou, na sentença, que poderia haver objeções em razão de o povo e o Congresso, ao exercerem o poder de reforma, não possuírem limites materiais, tendo em vista que a CP, de modo diferente de outras Constituições, não possui cláusulas pétreas, mas apenas limites formais e procedimentais. Entretanto, a Corte destacou que "importantes setores da doutrina e da jurisprudência" sustentam que toda Constituição democrática, embora não contenha de maneira expressa cláusulas pétreas, impõe limites materiais ao poder de reforma do poder constituinte derivado (COLÔMBIA, 2003). Após tal consideração, a CCC passou a analisar quais eram os

[73] Para exemplificar, o autor cita a Sentença C-219, de 22 de abril de 2015, que examina o Decreto nº 19 de 2012. Disponível em: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/c-219-15.htm. Acesso em 14 jul. 2022.

limites de competência ao poder de reforma existentes na CP, ou seja, quais temas deveriam ser excluídos do âmbito de atuação do poder de reforma.

Nesse ponto, foi destacado inicialmente pela CCC que a CP, ao dispor, em seu art. 374, que "a Constituição poderá ser reformada", autoriza apenas a reforma, mas não a substituição da Constituição. Por isso, segundo entendimento empregado na decisão pela Corte, as reformas constitucionais devem conservar a identidade da CP em seu conjunto, sem a supressão ou substituição por uma nova Constituição. Esse ponto do artigo, segundo indicado pela CCC, fora propositalmente determinado pelo constituinte, pois, caso contrário, constaria a possibilidade de mudança total ou reforma da CP, assim como admitem outros ordenamentos (para exemplificar, foi citado o exemplo da Espanha) (COLÔMBIA, 2003). Desse modo, a CCC, a partir dessa decisão, passou a empregar a doutrina da substituição constitucional, pelo entendimento de que a CP definiu um limite de competência ao poder reformador, expressamente previsto no art. 374, que não pode ser violado, sob pena de substituição da CP.

Estabelecido isso, foi apontado na sentença que, na análise da Lei nº 796 de 2003, caberia à CCC analisar se a convocatória fez com que o poder de reforma ultrapasse seus limites de competência, o que exigira examinar cada um dos numerais do art. 1º da lei convocatória, para verificar se os projetos de reforma constitucional submetidos à aprovação do povo incorrem em substituição ao estabelecido na CP/91 (COLÔMBIA, 2003). Estabelecido isso, a CCC passou a analisar, então, os componentes da lei convocatória de referendo.

Para tratar sobre como os artigos se encontravam apresentados na convocatória, a CCC indicou, primeiro, que a aprovação de um referendo constitucional relaciona distintos órgãos do Estado, tendo em vista que participa o Governo, detentor da iniciativa, o Congresso, que debate e incorpora a reforma em uma lei, e a Corte, que deve assegurar a regularidade do procedimento. Essa colaboração tem o propósito de permitir a reforma da Constituição, com a participação do povo, o que deve ocorrer, porém, de maneira que garanta a sua liberdade. Em razão disso, a lei de referendo, conforme indicado, deve proteger a supremacia da Constituição e a liberdade do eleitor, mas também favorecer o princípio democrático e a soberania popular, o que significa que o ato não pode ser irregularmente aprovado ou conter perguntas apresentadas de maneira a não garantir a liberdade do eleitor (COLÔMBIA, 2003).

A liberdade do eleitor, segundo a Corte, constitui um elemento integrante do núcleo essencial do direito fundamental ao voto. Em toda a votação deve ser assegurada a liberdade do eleitor, porém, para a CCC, o constituinte estabeleceu, de maneira clara, que essa deveria ser ainda mais protegida no caso de referendos constitucionais, preocupação essa para evitar o que

fazem alguns regimes autoritários, que utilizam do referendo para se legitimarem plebiscitariamente. Isso implica em não assegurar apenas as garantias gerais do direito ao sufrágio (como, por exemplo, em relação ao seu caráter igualitário, universal e secreto), mas também a forma de apresentação do artigo submetido à consideração do povo. Como consequência disso, a CCC indicou que o seu exame não deveria recair apenas sobre os vícios de procedimento na formação da lei convocatória de referendo, mas, também, e "de maneira inevitável, sobre o mesmo texto da lei" (COLÔMBIA, 2003).

Após tais considerações, a CCC passou a examinar as notas introdutórias da lei convocatória, parte em que o Congresso faz uma apresentação da finalidade ou do propósito do conteúdo normativo sob votação. Em análise a este ponto, a CCC indicou, inicialmente, que os arts. 42 e 43 da Lei nº 134 de 1994, ao tratarem dos conteúdos mínimos que a tarjeta eleitoral na votação de referendos deve conter, não incluíam a hipótese de notas informativas ou de perguntas introdutórias sobre a reforma constitucional. Porém, a CCC considerou que não havia oposição clara, do ponto de vista constitucional, à incorporação das notas introdutórias no texto da lei (COLÔMBIA, 2003). Assim, embora as notas introdutórias não contassem com previsão legal, a CCC entendeu que também não havia proibição relacionada à sua utilização em casos como o que era analisado.

Após essa análise preliminar, a CCC abordou a questão do tratamento legal das perguntas constantes na lei convocatória (componente esse em que o eleitor é questionado sobre a aprovação ou recusa da reforma constitucional). Nesse ponto, foi indicado que a pergunta deveria evitar possíveis induções. Assim, o uso de expressões como "racionalização", "fazer efetiva a participação", "proteger a juventude", "reduzir as desigualdades sociais" nas perguntas, por exemplo, indicaria a ausência de neutralidade, pois associaria uma situação socialmente desejável com a opção política de aceitar a aprovação do conteúdo normativo do artigo. Após a consideração a respeito das perguntas, a CCC também indicou que as notas introdutórias deveriam ser apresentadas para compreensão completa do conteúdo dos artigos que introduziam (COLÔMBIA, 2003).

Nessa análise a respeito da compreensão completa do conteúdo dos artigos, a CCC entendeu que algumas introduções assinalavam finalidades ou propósitos (como as que utilizavam expressões "com o fim de", "para que", "para fazer", e outras), de modo que haveria relação de causalidade entre a nota introdutória e a aprovação do texto do artigo. Frente a isso,

a CCC indicou que as notas introdutórias dos numerais 3[74], 4[75], 5[76], 6[77], 8[78] e 16[79] eram inconstitucionais, pois induziam uma resposta afirmativa no votante, porque davam informação incompleta do sentido do artigo a ser aprovado e não deixavam evidente o vínculo entre o que era enunciado na pergunta e o texto a ser aprovado (COLÔMBIA, 2003).

Porém, na sequência, a CCC declarou a inexequibilidade de todas as notas introdutórias constantes na lei convocatória, de modo a deixar a salvo apenas a pergunta formal (que interroga ao eleitor se aprova o texto normativo ou não), pelas seguintes razões: a nota introdutória leva a uma interpretação prévia do conteúdo normativo a que se refere, e, por isso, restringe as possíveis interpretações do texto submetido à consideração; poderia levar o eleitor a crer que está votando nas finalidades e não pela aprovação de um novo texto normativo que integrará a Constituição; geraria insegurança jurídica no futuro, pois não se saberia o que os cidadãos aprovaram como reforma da Constituição (COLÔMBIA, 2003).

A declaração de inconstitucionalidade das notas introdutórias, desse modo, deu-se sob o pretexto de que se buscava se assegurar a liberdade do eleitor, que deveria votar sem qualquer tipo de indução ou influência, tendo em vista que o enunciado exprimia a finalidade do artigo a ser aprovado por meio da reforma constitucional.

Já no exame do texto da lei convocatória de referendo, a CCC declarou inconstitucionais diversos artigos ou expressões constantes da proposta de reforma constitucional, conforme se tratará a seguir.

A esse respeito, a CCC declarou a inexequível parágrafo relativo aos distritos especiais de paz do numeral 6 da lei convocatória, pois tal preceito tratava sobre distritos especiais de

---

[74] A nota introdutória de número 3 indicava o seguinte: “3. Suplencias. Pregunta: para eliminar las suplencias de los Congresistas, Diputados Concejales y miembros de las Juntas Administradoras Locales ¿aprueba usted el siguiente articulo?” (COLÔMBIA, 2003).

[75] A nota introdutória de número 4 indicava o seguinte: “Facultades de las Corporaciones Públicas de elección popular en la dirección y control de la hacienda pública. Pregunta: para hacer efectiva la participación de la comunidad, del Congreso, de las Asambleas y los Concejos, en la formulación y control de los presupuestos de ingresos y gastos del estado, ¿aprueba usted el siguiente artículo?” (COLÔMBIA, 2003).

[76] A nota introdutória de número 5 indicava o seguinte: “5. Servicios Administrativos del Congreso. Pregunta: para separar las funciones legislativas y administrativas del congreso ¿aprueba usted el siguiente artículo?” (COLÔMBIA, 2003).

[77] A nota introdutória de número 6 indicava o seguinte: ““Reducción del Congreso. Pregunta: para reducir el tamaño del Congreso y modificar la elección de los Congresistas, Diputados Concejales y miembros de las juntas administradoras locales, ¿aprueba usted el siguiente artículo?” (COLÔMBIA, 2003).

[78] A nota introdutória de número 8 indicava o seguinte: ““Limitación de pensiones y salarios con cargo a recursos de naturaleza pública. Pregunta: como medida para reducir las desigualdades sociales y controlar el gasto público, ¿aprueba usted el siguiente artículo?” (COLÔMBIA, 2003).

[79] A nota introdutória de número 16 indicava o seguinte: ““contra el narcotráfico y la drogadicción. Pregunta: para proteger la sociedad colombiana, particularmente su infancia y su juventud, contra el uso de cocaína, heroína, marihuana, bazuco, éxtasis y cualquier otro alucinógeno, ¿aprueba usted el siguiente artículo?” (COLÔMBIA, 2003).

paz em um referendo sobre reforma eleitoral, o que violava a liberdade do eleitor, tendo em vista que não permitia os cidadãos decidirem autonomamente sobre essas duas questões independentes. Além disso, a CCC declarou inexequível também o numeral 10 da lei convocatória, sobre "supressão de personalidades", tendo em vista que, segundo o seu entendimento, a competência de uma das comissões foi extrapolada, tendo em vista que o tema havia sido negado em uma das Câmaras e, por isso, não poderia ser retomado (COLÔMBIA, 2003).

Ademais, a CCC definiu que o referendo constitucional deveria estar desprovido de conteúdo de natureza plebiscitaria, ou seja, que implicasse em apoio de políticas ou feitos de um governante específico, motivo pelo qual declarou inexequível expressões do numeral 14 da Lei nº 796 de 2003, mais especificamente "expansão da" e "democrática", pois implicavam em apoio à política específica do governo. Em relação ao numeral 16, que tratava sobre narcotráfico e uso de drogas, a CCC entendeu que o tema não estava no projeto original e, inclusive, não tinha nenhum vínculo com a finalidade ou a matéria do projeto apresentado pelo governo, motivo pelo qual violou o princípio da publicidade, por não ter sido publicado oficialmente antes de tramitar perante a comissão respectiva, e seria inexequível. A Corte entendeu também que a previsão de campo para voto em branco seria inconstitucional e inexequível, já que estaria em desacordo com o disposto no art. 378 da CP, que só prevê o voto afirmativo ou negativo, e, além disso, que o numeral 17º seria inconstitucional, pois embora tenha sido apresentado como um projeto de norma jurídica, configurava, materialmente, um ato eleitoral, o que violava o art. 38 da LEMP. Por fim, a CCC também entendeu pela inexequibilidade do voto em bloco em um referendo multitemático, tratada no numeral 19 do art. 1º da Lei, tendo em vista que esse converteria a consulta cidadã a um mecanismo plebiscitário, inidôneo para alteração do texto constitucional (COLÔMBIA, 2003).

Assim, observa-se que grande parte dos numerais da lei convocatória de referendo foram declarados inconstitucionais pela CCC. Ao final da decisão, foi exposto que a decisão da Corte não foi unânime, haja vista entendimento divergente expressado pelos Magistrados Alfredo Beltrán Sierra e Clara Inés Vargas Hernández, que indicaram que a Lei nº 796 de 2003 era inexequível em sua totalidade.

Um dos motivos de divergência foi porque a tramitação da Lei nº 796 de 2003 não terminou nas sessões ordinárias do Congresso, concluídas em 16/12/2002, tendo em vista que foram realizadas sessões extraordinárias no Senado da República e na Câmara de Representantes nos dias 19 e 20 do mesmo mês, respectivamente. Assim, o procedimento para

edição do ato adveio de sessões extraordinárias, o que estaria, portanto, em desacordo com o disposto no art. 375 da CP, que determina que o projeto deve tramitar em “dois períodos ordinários e consecutivos”.

Outro motivo ocorreu porque, para os Magistrados, a Lei nº 796 de 2003 seria, na verdade, um plebiscito, tendo em vista que os arts. 3º e 7º da Lei nº 134 de 1994 indicam que o referendo deve ser realizado para aprovar ou rejeitar projeto de norma jurídica que derrogue ou não determinada norma que se encontra vigente, enquanto o plebiscito o pronunciamento popular ocorre para que a cidadania decida de apoia ou rejeita uma determinada decisão do Executivo, e o projeto de lei indicava ter sido apresentado como consequência do resultado eleitoral que culminou na eleição do Presidente da República.

Esses foram alguns dos argumentos levantados para indicar a discordância em relação à decisão dada pelos demais Magistrados da Corte, que, por meio da Sentença C-551 de 2003, declararam a inconstitucionalidade apenas de parte da Lei nº 796 de 2003.

Diante dos diversos fundamentos constantes na Sentença C-551 de 2003, chama a atenção a seguinte questão: ao examinar a lei convocatória, a CCC construiu um conceito de limites de competência do Congresso da República para reforma da CP. Esse entendimento, embora inexistam cláusulas pétreas no texto constitucional colombiano, permite impor ao constituinte derivado limites materiais, sob o fundamento de que esse se tratar de um poder constituído e não originário (GARCÍA, SANTANDER; VALDELEÓN, 2017, p. 343).

Assim, a CCC atribuiu a si mesma o poder de examinar eventual substituição da Constituição nas reformas constitucionais. Para avaliar essa substituição, ela examina os princípios e valores contidos na CP, exame esse que, segundo defendido pela CCC, não possui fundo material, visto que os vícios de competência em que o poder reformador pode incidir dizem respeito aos pressupostos procedimentais (COLÓN-RIOS, 2012, p. 135).

Observa-se, portanto, que mesmo com disposição que indica que o controle de constitucionalidade automático sobre a lei de referendo deve se dar apenas em relação aos aspectos formais, a CCC construiu entendimento, na sentença analisada no presente subtópico, que permite o controle material dessas leis que carregam o projeto da reforma constitucional, o que lhe permite obstar reforma constitucional em curso e definir questões relevantes para a sociedade colombiana.

Nesse sentido, Jairo Lima (2018, p. 147) indica que a referida teoria permite à CCC, que já possui competência para análise de vícios procedimentais na formação do ato reformatório, estender a sua jurisdição para examinar, também, eventuais violações a limites

materiais ao poder de reforma; do mesmo modo, Carlos Bernal Pulido (2013, p. 340) aponta que a teoria da substituição busca justificar o poder do Tribunal de rever o conteúdo das emendas constitucionais, poder que, ao menos à primeira vista, não foi conferido ao Tribunal pela CP; por fm, Luís Roberto Barroso e Aline Osório (2019, p. 17) também tratam da possibilidade de análise de limites substanciais implícitos às emendas constitucionais por meio da referida teoria, o que, segundo apontam, traz o problema na definição do que é a "estrutura básica" da Constituição e da subjetividade na delimitação dos conteúdos subvertidos.

Ressalta-se que, desde a decisão C-551/03, a doutrina da substituição constitucional é exercida sob o fundamento de que não se trata de um controle de constitucionalidade substantivo, mas sim apenas de checagem dos requisitos procedimentais. A competência do poder constituinte derivado para emendar a Constituição, desse modo, é analisada pela Corte, que verifica se algum ponto da Constituição foi substituído (LIMA; CAICEDO, 2019, p. 126), o que ocorre, contudo, segundo os limites que ela entende existentes na CP, já que não expressamente previstos.

Sobre essa questão, Gonzalo A. Ramirez-Cleves (2017, p. 69) indica que a declaração de inconstitucionalidade de emendas em Constituições que não possuem cláusulas pétreas não é comum no direito comparado. Isso se deu, inicialmente, na Suprema Corte da Índia, em que primeiro foi estabelecida a doutrina da "estrutura básica" e, depois, foi tal doutrina foi introduzida em caso julgado no ano de 1973, no caso *Kesavaranda Bharati vs. Kerala*. Porém, a referida ideia tem se espalhado e atingiu países como a Colômbia, por exemplo.

Sobre a declaração de inconstitucionalidade de emendas em sistemas constitucionais que não possuem cláusulas pétreas, Sabrina Ragone (2013, p. 393) indica, ao analisar sistemas em que os Tribunais reivindicaram para si mesmos não só o controle de vícios formais, mas também de caráter substancial, que não existem indicações explícitas, por parte dos constituintes, sobre o alcance da possível participação desses órgãos nas revisões. Com isso, a autora busca ressaltar que não existem limites claros sobre a atuação dos Tribunais nesse controle.

Diante do exposto neste tópico, pretende-se analisar, no próximo tópico, a maneira como a CCC tem atuado no controle preventivo exercido sobre a lei convocatória de referendo para modificação do texto constitucional. Para isso, serão analisadas as duas decisões proferidas pelo Tribunal nesse exercício, quais sejam, Sentença C-141 de 2010 e Sentença C-397 de 2010.

3.3 Decisões proferidas pela Corte Constitucional da Colômbia no controle das leis convocatórias de referendos constitucionais

Após a Sentença C-551 de 2003, a CCC concentrou a sua argumentação para manter a tese sobre a natureza processual da doutrina da substituição constitucional. Passados anos da criação desse argumento, é possível notar que a Corte Constitucional não o abandonou até a presente data (CAICEDO, 2020, p. 22).

Por isso, serão analisados, a seguir, os dois casos de controle exercido pela CCC sobre leis convocatórias de referendos constitucionais. Esses casos trazem questões relevantes a respeito do desenvolvimento da doutrina da substituição Constitucional pela CCC. Assim como feito no tópico anterior, as sentenças proferidas nesses casos serão examinadas diretamente, com menção aos argumentos utilizados nas decisões. Além dessa análise, também serão tratadas das considerações feitas em textos e obras de autores de referência no tema[80] a respeito dessas duas decisões.

O primeiro caso a ser analisado é a Sentença C-141 de 2010. Nesse caso, a CCC analisou a constitucionalidade da Lei nº 1354 de 2009, pela qual se pretendia convocar um referendo constitucional para modificar o artigo 197 da CP[81], que estabelece regras para eleição do Presidente da República. Destaca-se que essa lei convocatória teve origem em uma iniciativa legislativa cidadã, ou seja, teve de cumprir os requisitos tratados nos artigos 24 e 27 da LEMP, mencionados anteriormente, tais como atingir o apoio de 5% do censo eleitoral vigente.

A alteração tinha o objetivo de permitir a reeleição do Presidente da República, que, à época, era Álvaro Uribe, para exercício de mais um período, após o exercício de dois mandatos

[80] As análises foram realizadas com base nos textos: "Análisis Dinámico de la línea Jurisprudencial Respecto de la Sustitución de la Constitución" (HÍGUERA-JÍMEZEZ, 2016), "La Evolución de la Doctrina Constitucional Colombiana sobre la Rigidez Constitucional" (GARCÍA, SANTANDER; VALDELEÓN, 2017), "La contribución de la jurisprudencia colombiana al debate comparadosobre el poder de reforma: la "sustitución" como paradigma formal y material" (RAGONE, 2021) e a obra "Weak constitutionalism: democratic legitimacy and the question of constituent power" (COLÓN-RIOS, 2012).

[81] Artículo 197. No podrá ser elegido Presidente de la República el ciudadano que a cualquier titulo hubiere ejercido la Presidencia. Esta prohibición no cobija al Vicepresidente cuando la ha ejercido por menos de tres meses, en forma continua o discontinua, durante el cuatrienio. Tampoco podrá ser elegido Presidente de la República quien hubiere incurrido en alguna de las causales de inhabilidad consagradas en los numerales 1, 4 y 7 del artículo 179, ni el ciudadano que un año antes de la elección haya ejercido cualquiera de los siguientes cargos: Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, o de la Corte Constitucional, Consejero de Estado o miembro del Consejo Nacional Electoral, o del Consejo Superior de la Judicatura, Ministros del Despacho, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República, Fiscal General de la Nación, Registrador Nacional del Estado Civil, Director de Departamento Administrativo, Gobernador de Departamento o Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá. (COLÔMBIA, 1991).

consecutivos (2002-2006 e 2006-2010). Assim, buscava-se reformar o texto constitucional para permitir que o então Presidente da República pudesse exercer três mandatos consecutivos.

Ao realizar o controle automático dessa lei, a Corte declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 1354 de 2009 em sua totalidade. A declaração de inconstitucionalidade da lei se deu porque a Corte entendeu que uma segunda reeleição presidencial substituiria as estruturas da CP, e, por essa razão, violaria a Carta.

Para chegar à conclusão de que a reforma substituiria os comandos da Constituição vigente, a Corte considerou que a reeleição para um terceiro mandato repercutiria profundamente no desenho institucional adotado pela ANC, assim como que teria repercussão em direitos, valores e princípios constitucionais, como, por exemplo, no que diz respeito à igualdade de tratamento e de oportunidades dos candidatos à eleição, assim como a regra da alternância no exercício do poder político, o risco de preservar por muito tempo tendências ideológicas defendidas pelo governo e da continuidade da maioria dominante, com atraso na renovação (COLÔMBIA, 2010a).

Foi considerado, ainda no que diz respeito aos direitos, princípios e valores constitucionais, que a alteração constitucional proposta na lei resultaria no aumento do poder do Presidente, assim como na perda de efetividade dos controles que recaem sobre a ação desse. Por fim, a Corte também trouxe o argumento de proteção ao direito de minorias, tendo em vista que indicou que as minorias não ligadas ao governo e à oposição, não teriam a oportunidade de liderar o Estado ou de contribuir para essa liderança no caso de aprovação da reforma constitucional proposta (COLÔMBIA, 2010a).

No que tange à estrutura da Constituição, a Corte considerou que o aumento do poder presidencial, aliado ao desaparecimento dos controles ou à sua existência apenas nominal, teria graves repercussões, tendo em vista que os controles recíprocos e os que recaem sobre o Presidente e seu governo possibilitam o funcionamento do sistema de freios e contrapesos, sem o qual o equilíbrio se perderia nas instâncias mais altas do estado, e, em consequência, haveria um colapso da separação de poderes, que impõe a moderação no exercício do poder, evita arbitrariedades e controla a tendência de transbordamento do Executivo. Com isso, verificar-se-ia uma predominância do Executivo e a pluralidade institucional, que se verifica com diferentes funções sendo exercidas por diferentes instituições (COLÔMBIA, 2010a).

Todas essas questões - enfraquecimento dos controles, falta de equilíbrio e a afetação do princípio da separação dos poderes – tenderiam a produzir, segundo exposto na sentença, ações desvinculadas das avaliações externas, assim como desequilíbrio e concentração de

poderes em um só ramo, qual seja, o Executivo, o que, na visão da Corte, seria totalmente oposto ou contrário aos elementos originalmente consagrados na Constituição[82] com o fim de evitar uma prevalência do Poder Executivo sobre os demais Poderes.

No que tange à redação da lei, cumpre destacar, ainda, que a Corte considerou que a lei introduziu campo para voto em branco, e que tal previsão deveria ser declarada inconstitucional caso não fosse declarada a inconstitucionalidade completa da lei. Ademais, foi destacado que a lei não continha um enunciado normativo que convocasse ao povo, de maneira expressa, para decidir sobre a reforma da Constituição por meio de um referendo, o que configuraria um vício material em razão da ausência de um conteúdo específico e essencial no corpo normativo da lei (COLÔMBIA, 2010a).

Dois Magistrados apresentaram *salvamento de voto* para trazer argumentos contrários àqueles que constaram na decisão: Maurício González Cuero e Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Um dos fundamentos que chama a atenção no salvamento de votos do Magistrado Maurício é de que, para ele, a Corte estaria realizando controle material frente a uma convocatória de referendo naquela oportunidade, e que isso retiraria a oportunidade do povo se pronunciar-se acerca da proposta de modificação constitucional. Outro é de que a Corte teria competência apenas para analisar a convocatória de referendo, e não os atos que a precedem, como as questões de iniciativa cidadã e trâmite junto à Registradora (COLÔMBIA, 2010a).

Sobre esse salvamento de voto, Jorge Ernesto Roa Roa (2021, p. 52-53) aponta que ambos os Magistrados que se opuseram à decisão da Sala Plena da CCC foram escolhidos por proposta do Presidente Álvaro Uribe, que tinha interesse na aprovação da reforma constitucional, tendo em vista que seria diretamente afetado por ela. Porém, o autor também cita outra questão relacionada à decisão: o Relator, Nilson Pinilla, esclareceu seu voto para indicar que não concordava com a decisão da Sala Plena do Tribunal de aplicar o teste de substituição ao caso examinado.

Desse modo, é possível observar que os próprios Magistrados da CCC entendem que a aplicação da teoria da substituição constitucional configura controle material sobre a lei convocatória de referendo constitucional, e não apenas controle procedimental, tal como tem defendido da CCC desde a prolação da Sentença C-551 de 2003.

---

[82] Segundo indicado pela CCC, o sistema de governo instituído em 1991 na CP é definido pela separação de poderes e pelo regime presidencialista. Ademais, a Constituição estabeleceu o regime político da democracia participativa e pluralista, fundada no povo formado por maiorias e minorias, e, além disso, adotou o modelo republicano. Desse modo, a concentração do poder apenas no Executivo, com o prolongamento da predominância da maioria em torno do Presidente em período de tempo superior ao máximo permitido, substituiria forma política adotada pela Constituição (COLÔMBIA, 2010a).

Importante notar que, antes da Sentença C-141 de 2010, a Corte já havia se manifestado sobre o tema da reeleição, visto que, por dezoito sentenças (Sentença C-1040 de 2005 a C-1057 de 2005), decidiu sobre recursos apresentados contra o Ato Legislativo nº 22 de 2004, que derrogava a proibição de reeleição imediata do Presidente da República – o que permitiu uma segunda candidatura consecutiva ao então Presidente Álvaro Uribe Vélez. Nessas decisões, a Corte concluiu que a reforma não havia provocado a substituição da Constituição, tendo em vista que, embora relevante, não afetava os fundamentos do Estado Social de Direito, pois permitiu ao povo escolher o Presidente por eleição direta e mantinha os pesos e contrapesos da forma de governo (RAGONE, 2021, p. 114).

Porém, é possível observar que na decisão seguinte sobre a reeleição presidencial, ora examinada, a CCC adotou posicionamento distinto em relação ao tema, pois, após apontar uma série de irregularidades no processo de emenda, indicou que alteração proposta correspondeu à substituição da CP/91, tendo em vista que conflitava com os princípios fundamentais da Carta, tais como a separação de poderes, o sistema de freios e contrapesos, a regra sobre a alternância de poder, a direito à igualdade e o caráter geral e abstrato das leis (COLÓN-RIOS, 2012, p. 138).

Nota-se, portanto, que embora os casos tratassem de hipóteses distintas (um sobre uma segunda reeleição e outro sobre uma terceira), os fundamentos utilizados pela CCC denotam mudança de entendimento a respeito do tema da reeleição, tendo em vista que, nos casos C-1040 de 2005 a C-1057 de 2005, definiu-se que a reeleição não afetaria os fundamentos do Estado Social de Direito, pois o povo ainda poderia escolher seu representante por eleição direta, enquanto no segundo (C-141 de 2010), definiu-se que a reeleição implicaria em substituição da Constituição vigente, pois afetaria uma série de valores e princípios.

Outro ponto curioso a respeito da sentença é de que, embora a proposta de reforma constitucional tenha sido apresentada por iniciativa popular (diferentemente da Sentença C-551/03) e estivesse sujeita a referendo, isso não levou a CCC à conclusão de que se tratava de um exercício do poder constituinte, visto que esses mecanismos apenas fazem parte do processo de emenda ordinário (COLÓN-RIOS, 2012, p. 138).

Com isso, tem-se que mesmo atendido os critérios estabelecidos na LEMP para apresentação de modificação do texto constitucional por meio de referendo, e mesmo com a submissão da alteração do texto constitucional ao povo mediante referendo, a CCC não enfrentou a alteração proposta como exercício do poder constituinte reformador, que, em seu exercício, encontra limitação apenas no estabelecido pelo poder constituinte originário.

Não obstante, faz-se necessário ressaltar que, para Gonzalo A. Ramírez Cleves (2017, p. 10), a sentença ora examinada foi, do seu ponto de vista, a mais importante produzida ao longo da história da CCC. Nela, foi possível verificar a independência do Tribunal em relação ao Executivo e suas maiorias no Congresso, quando tentaram se perpetuar no Poder. No caso, ficou evidenciado que a teoria da substituição constitucional pode figurar como último recurso na defesa da democracia constitucional frente à democracia de maiorias, quando se busca eliminar pilares básicos da ideia ou do conceito de Constituição.

Assim, a teoria da substituição constitucional, empregada na referida sentença, obstou, segundo aponta o autor anteriormente mencionado, um ato do Poder Executivo que prejudicaria o princípio da separação de Poderes e, em consequência, a própria CCC.

Sobre essa sentença, faz-se importante destacar, ainda, que, embora represente continuidade na linha jurisprudencial relacionada ao teste da substituição constitucional, ela também traz um ponto relevante, que consiste na demonstração de seu caráter de inacabado e em construção no que diz respeito à definição dos contornos dos limites de competência do poder da reforma constitucional. Esse contorno será delineado à medida que a Corte desenvolve o controle sobre os atos reformatórios do CP/91 (GIRALDO, 2013, p. 340).

Sobre isso, Jairo Lima (2018, p. 149) aponta que, desde a Sentença C-551 de 2003, a CCC desenvolveu metodologia de interpretação para afastar a alegação de que desempenhava o controle material sobre as emendas constitucionais. Esse teste de substituição, que compreende alguns passos[83], foi explicado pela primeira vez na Sentença C-970/2004 e aumentado na já mencionada decisão C-1040 de 2005[84]. No caso da Sentença C-141 de 2010, analisada neste subtópico, a CCC reconheceu um novo elemento essencial na ordem constitucional, qual seja, a estrutura do sistema de *check and balances* adotado na CP.

Tem-se, portanto, que o referido caso acresceu mais um elemento como essencial na ordem constitucional colombiana: a separação de poderes, que, conforme fundamentação utilizada pela CCC, seria afetada no caso de aprovação de reforma constitucional sobre uma

---

[83] De acordo com Carlos Amaya Rodríguez (2015, p. 74), o teste de Substituição se trata de um raciocínio silogismo entre a premissa maior, que enuncia os aspectos que definem a identidade da Constituição que se supõe que o ato reformatório tenha substituído; a premissa menor, que é o exame do ato que se acusa ter substituído a Constituição; e conclusão, que traz o contraste entre a premissa maior e a menor.

[84] Nessa sentença, a CCC atribuiu sete níveis ao teste de substituição: o primeiro para declarar qual é o elemento essencial da constituição que a reforma constitucional diz respeito; o segundo para explicitar como o elemento essencial sustenta diversos dispositivos constitucionais; o terceiro para explicar por que o elemento é essencial; o quarto para comprovar que o conteúdo do elemento não pode ser reduzido a um único preceito constitucional; o quinto para demonstrar que a indicação de um elemento como essencial não configura a definição de cláusulas constitucionais de eternidade; o sexto para comprovar a substituição; e o sétimo para explicar que este novo elemento contradiz o elemento essencial se distingue dele (PULIDO, 2013, p. 344).

terceira reeleição, cuja proposta era de iniciativa popular e que seria posteriormente submetida a referendo.

O segundo caso a ser analisado nesse trabalho diz respeito à Sentença C-397 de 2010, que teve por objeto a Lei nº 1327 de 2009, pela qual se pretendia convocar um referendo constitucional para submeter à consideração do povo um projeto de reforma constitucional para alteração do art. 34 da CP[85], que proíbe as penas de banimento, prisão perpétua e confisco. Nesse caso, a lei também adveio de iniciativa cidadã, e, por isso, deveria cumprir os requisitos tratados na LEMP.

Por meio da reforma, pretendia-se incluir um inciso ao art. 34, para que, nos casos dos crimes de homicídio doloso, violação e exploração sexual, lesões pessoais agravadas e sequestros cometidos contra menores de 14 (quatorze) anos e menores de idade incapazes física ou mentalmente, pudesse se impor a pena de prisão perpétua. Pretendia-se, ainda, estabelecer uma política de prevenção para evitar a prática de crimes contra menores.

A Corte declarou a proposta constante na lei convocatória de referendo inconstitucional, pela constatação de vícios de trâmite insanáveis. Por essa razão, a CCC não adentrou ao exame dos vícios de competência ou de substituição constitucional.

Para a Corte, dois vícios formais de caráter insanáveis foram praticados no trâmite da Lei nº 1327 de 2009. Tais vícios, no entendimento do Tribunal, relacionam-se com princípios substanciais consagrados na CP/91, tais como: o princípio da democracia participativa, da divisão de poderes e poderes dos órgãos de controle, deliberação e publicidade de projetos, da probidade e transparência nos mecanismos de participação cidadã e o princípio da identidade flexível e consecutividade dos projetos de referendo por iniciativa cidadã.

O primeiro vício constatado se deu porque, segundo entendimento da CCC, fora apresentado certificado expedido pelo Registrador Nacional do Estado Civil de maneira extemporânea, informal e perante apenas uma das Câmaras. Para a Corte, o certificado deveria ter sido fornecido no início do processo legislativo, e não ao final do processo de aprovação da lei (COLÔMBIA, 2010b). Ressalta-se que esse certificado tem o objetivo de demonstrar o cumprimento de todos os requisitos constitucionais e dispositivos legais nos artigos 24 e 27 da Lei nº 134 de 1994, e caracteriza, portanto, uma exigência do procedimento de formação da lei.

A este respeito, a Corte entendeu que o defeito não poderia ser corrigido por se tratar de um processo substancial e necessário, que visa salvaguardar os princípios da democracia

---

[85] Artículo 34. Se prohiben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social. (COLÔMBIA, 1991).

participativa, da liberdade do eleitor, da independência dos órgãos de controle e da transparência nos mecanismos de participação popular. A ausência dessa certificação, segundo exposto na sentença, inibiria a instauração do processo legislativo e viciaria a constitucionalidade de todo o procedimento realizado perante o Congresso da República (COLÔMBIA, 2010b).

Um segundo ponto destacado pela Corte foi de que, durante a tramitação no Congresso e na aprovação final, a Lei nº 1.327 de 2009 passou por alterações substanciais no conteúdo da proposta original[86]. Tais modificações violariam o princípio da consecutividade e da identidade[87] das propostas de referendo constitucional por iniciativa cidadã, e, por isso, seria necessário o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei.

Apresentaram *salvamento de voto* o Presidente Maurício González Cuervo, além da Magistrada Maria Victoria Calle Correa e do Magistrado Jorge Ignacio Prettelt Chaljub. Em seu voto, o Presidente Mauricio González ressaltou que faltou pronunciamento da Sala frente à existência ou não de vício de competência pela substituição da Constituição. A Magistrada Maria Victoria Calle, por sua vez, entendeu que o primeiro vício teria sido sanado o curso do trâmite legislativo, pois cumpridos os requisitos constitucionais e estatutários, que o segundo não teria se configurado, tendo em vista as mudanças não teriam sido substanciais, e, por fim, que deveria ter ocorrido a análise de substituição da Constituição; por fim, o Magistrado Jorge Ignacio Prettelt Chaljub apontou que a Corte deveria ter realizado exame sobre os vícios de competência da Lei nº 1327, para deixar claro que também se excederam os limites ao poder de reforma constitucional, tendo em vista que, na visão do Magistrado, a noção de dignidade humana teria sido anulada com a instituição da pena de prisão perpétua (COLÔMBIA, 2010b).

Embora a doutrina da substituição constitucional não tenha sido aplicada nessa sentença, Diego Mauricio Higuera-Jiménez (2016, p. 229) aponta que a referida decisão reitera a existência da doutrina da substituição da Constituição (tendo em vista que a doutrina é citada

---

[86] Segundo ressaltado na sentença, primeiro foi modificada a expressão imperativa “procederá à pena de prisão perpétua” pela facultativa para o legislador “pode ser imposta até a pena de prisão perpétua, nos termos da lei”, depois a expressão “maus-tratos graves” pela expressão “danos pessoais agravados”, e, por fim, incluiu-se um novo parágrafo que estabelecia que "Aprovada a presente Reforma Constitucional dentro do ano seguinte, o Estado, pelo Instituto Colombiano de Bem-Estar Familiar formulará e aplicará uma política de prevenção destinada a evitar o cometimento de crimes contra menores de idade”. Para a Corte, essas três mudanças possuem natureza substancial e indicam que o conteúdo da proposta aprovada pelo Congresso foi diferente em seus efeitos e em seu significado em relação à proposta estabelecida na iniciativa de cidadania, o que gerava o vício processual (COLÔMBIA, 2010b, tradução nossa.)

[87] Pelo princípio da consecutividade, nenhum projeto se tornará lei ou ato legislativo se não tiver atendido ao número de debates estabelecidos em lei. A finalidade desse princípio, portanto, é a plena realização do princípio democrático. Já o princípio da identidade relaciona-se à necessidade de que o texto aprovado guarde correspondência com o texto proposto, ou seja, corresponda às iniciativas debatidas e aprovadas nas instâncias legislativas anteriores (HERRERA HERRERA, 2012, p. 09-10).

por vezes na sentença) e, portanto, não contraria o entendimento vigente, de que aplicável a teoria para exame de constitucionalidade em lei convocatória de referendo, mas sim o ratifica. Tal sentença diferencia-se da decisão C-141 de 2010, tendo em vista que neste foram detectadas diversas irregularidades no desenvolvimento do processo legislativo, contudo, mesmo com essa evidência, foi aplicado o teste de substituição para a Constituição.

Assim, a inconstitucionalidade foi reconhecida, no caso da Sentença C-397 de 2010, em razão de vícios procedimentais relacionados a princípios substanciais constantes na CP/91. Por essa razão, a CCC deixou de aplicar a doutrina da substituição constitucional, o que não significa que tal doutrina tenha sido abandonada pela Corte a partir dessa decisão, tendo em vista que a teoria foi mencionada na sentença, além disso, também foi citada na objeção apresentada por Magistrados que entenderam que essa deveria ser aplicada ao caso.

Os dois casos examinados demonstram como a CCC tem exercido o controle preventivo sobre as propostas de reforma constitucional, que ocorrem nos casos de controle automático da lei convocatória de referendo constitucional: no primeiro, a Corte confirmou que se aplica a doutrina da substituição constitucional criada no ano de 2003 na Sentença C-551 de 2003, oportunidade em que declarou inconstitucional a lei convocatória de referendo com base em tal teste e reconheceu um limite ao poder de reforma, qual seja, o do *check and balances*; no segundo, indicou que o trâmite da lei convocatória de referendo não observou as regras de procedimento, e que, por tal razão, seria inconstitucional, motivo pelo qual não aplicou aplicação da doutrina da substituição, embora não tenha alterado seu entendimento quando à sua aplicabilidade.

Ressalta-se que, conforme expõe Sabrina Ragone (2019, p. 333), a referida doutrina tem sido aplicada a questões altamente politizadas, como a reeleição do chefe do Executivo, tratada anteriormente. Essa doutrina tem causado diversas reações, de modo que alguns endossam a atitude da CCC, enquanto outros a criticam fortemente, sob o fundamento de que a aplicação da teoria seria um exemplo de ativismo judicial, tendo em vista que concede ao Tribunal grande margem de manobra ao decidir o que é ou não constitucional.

Essa dupla face da doutrina também é tratada por Yenny Caicedo (2020, p. 27), que indica que, por meio de uma aproximação de decisões da CCC em que foi utilizada a doutrina da substituição constitucional, é possível verificar: que a doutrina tem sido aplicada para evitar os excessos em que tentaram incorrer os demais poderes públicos na Colômbia, tal como ocorrido no caso C-141, pois tanto o Poder Executivo, com iniciativa na tramitação dos atos legislativos, quanto o Poder Legislativo, buscam transpor, em benefício próprio, certos limites

constitucionais estabelecidos para configurar o princípio da separação de poderes; que a doutrina também induz o efeito contrário, pois o Poder Judiciário também pode se valer dela para ir além dos parâmetros constitucionais estabelecidos por outros poderes com a finalidade de garantir o sistema de contrapesos constitucionais.

Ante o exposto neste terceiro capítulo, é possível afirmar que a CCC possui autorização para o controle formal das propostas de reforma constitucional, o que ocorre no caso da análise da lei convocatória de referendo. Embora possua tal competência, a Corte adotou entendimento para alcançar também o controle material das propostas de reforma constitucional, o que fez pela construção da teoria da substituição constitucional no caso C-551 de 2003. Nos três casos de análise de convocatórias de referendo constitucional, a Corte, ao exercer esse controle, invalidou os atos dos demais poderes, e utilizou da doutrina da substituição constitucional para alcançar esse resultado em dois deles.

3.4 Conclusões parciais do capítulo

Neste terceiro capítulo, buscou-se seguir o mesmo caminho trilhado no capítulo anterior. Assim, foi tratado, inicialmente, sobre a constituinte colombiana e também sobre como foram definidas a estrutura e competências da CCC, hoje incumbida do controle de constitucionalidade no país.

Os debates que interessam à pesquisa foram realizados principalmente na Comissão IV da ANC colombiana, pois nela foi debatido sobre a criação, estrutura e competências da CCC. Nessa comissão, dois constituintes, que atuaram como relatores, quais sejam, Maria Teresa Lloreda e José Maria Velasco, divergiram a respeito da criação da CCC, pois ela era favorável à criação, enquanto ele, não. Ressalta-se que muitos não queriam que a CSJ, que, na vigência da Constituição colombiana anterior, era encarregada do controle concentrado de constitucionalidade, perdesse esse poder, situação similar à ocorrida no Brasil com a discussão sobre o STF e a criação de um Tribunal Constitucional.

Porém, a proposta de criação da CCC foi aprovada durante as discussões na constituinte colombiana, e, diante disso, a Corte foi criada com a promulgação do texto constitucional colombiano, sendo estabelecido, na CP/91, que a CCC detém competência para exercício do controle em momento preventivo e repressivo, a depender do ato examinado.

Nesta pesquisa, foi tratado sobre uma hipótese específica de controle de constitucionalidade exercido pela CCC: a da lei convocatória de referendo constitucional. Sobre

esse ato, faz-se importante destacar que, na Colômbia, a CP pode ser alterada pelo Congresso, por uma Assembleia Constituinte ou pelo povo, mediante referendo. Para convocar um referendo para modificação do texto constitucional, mostra-se necessário que, antes, seja aprovada uma lei convocatória. Essa lei convocatória já deve contar com as perguntas que serão feitas ao povo e a proposta de modificação do texto constitucional.

Por isso, é possível afirmar que, quando essa lei que passa por controle automático perante a CCC, a Corte pode analisar a proposta de reforma do texto constitucional, ou seja, a EC, antes mesmo de sua aprovação, o que caracteriza um controle preventivo.

Importante destacar que, nesse controle da lei convocatória de referendo, a CCC pode, de acordo com a CP/91, analisar apenas a existência de vícios de procedimento na formação do ato. Porém, na *Sentencia* C-551 de 2003, a CCC construiu a denominada "teoria da substituição constitucional", que passou a ser aplicada tanto para os casos de análise de lei convocatória de referendo, como também do ato reformatório já aprovado. Essa teoria permite que a CCC analise não só vícios procedimentais, mas também violações aos limites materiais ao poder de reforma, competência que não lhe foi atribuída na CP/91.

A partir desse caso, foram analisados os outros dois casos em que a CCC exerceu o controle sobre leis convocatórias de referendo: *Sentencia* C-141 de 2010 e *Sentencia* C-397 de 2010. No primeiro, houve a aplicação da teoria da substituição constitucional, enquanto no segundo, não, embora tal teoria também não tenha sido rechaçada.

Ao final, foi indicado que a literatura colombiana aponta que a teoria da substituição constitucional gera diversas reações, visto que há quem endosse a atuação da CCC pelo seu uso, sob o fundamento de que sua aplicação se dá para conter atos expansivos de outros Poderes, e há quem a critique e indique o ativismo do Tribunal quando a utiliza, em razão da abertura que possibilita à Corte para definir aquilo que é ou não constitucional.

4 ATIVISMO E AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL: ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS NO CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS REFORMATÓRIOS DA CONSTITUIÇÃO

Os últimos dois capítulos foram dedicados a demonstrar como o STF e a CCC agiram para assumir competências não tratadas expressamente na Constituição de seus países, relacionadas ao controle preventivo de emendas constitucionais, assim como a indicar como os tribunais exercem esse controle prévio. Tais questões foram tratadas a partir da abordagem culturalista do direito comparado, que permitiu considerar questões históricas e políticas por detrás desse ato de assunção de competência pelos tribunais.

Sobre a assunção e o exercício dessa competência, foi indicado, também nos dois últimos capítulos, que autores dos dois países analisados apontaram que, no Brasil, houve ativismo no que diz respeito à assunção de competência não prevista no texto constitucional pelo STF e autocontenção em relação ao mérito dos julgados proferidos em controle preventivo de constitucionalidade de emendas constitucionais pela via do MS; no caso da Colômbia, houve ativismo para ampliar o objeto de análise no controle preventivo permitido pela CP/91, tendo em vista que, conforme o texto constitucional, seria possível tão somente o controle formal sobre as leis convocatórias de referendo para modificação do texto constitucional.

Importante ressaltar, no entanto, que também foi apontado nesses capítulos que outros autores endossam ou entendem que seria devida a ampliação do espaço de atuação dos tribunais nessa forma de controle de constitucionalidade, de modo que não se pode afirmar que a posição daqueles que indicam que houve ativismo judicial na atuação do STF e CCC é unânime.

Por isso, neste capítulo, pretende-se tratar das atuais concepções de ativismo e autocontenção judicial, assim como de exemplos de suas ocorrências, tratadas pela literatura brasileira, colombiana e norte-americana[88], para que, assim, seja possível confirmar ou rechaçar o anteriormente indicado – que o STF agiu de forma ativista para atingir competência não prevista na CF/88 e a CCC ao alcançar forma de controle não tratada na CP/91.

Ademais, também serão retomadas algumas das questões metodológicas tratadas no primeiro capítulo, com o fim de indicar quais foram as principais diferenças constatadas, em

[88] A discussão sobre ativismo judicial foi iniciada nos Estados Unidos e, além disso, algumas das concepções de ativismo e autocontenção judicial desenvolvidas por autores norte-americanos influenciaram as discussões sobre o tema em diversos países. Por isso, não é possível tratar desses conceitos sem abordar a literatura norte-americana. Porém, a pesquisa tratará da literatura norte-americana apenas em relação ao mencionado pelos autores brasileiros e colombianos, para não estender demasiadamente este capítulo, tendo em vista que a discussão sobre a concepção atual dos dois termos é bastante farta.

relação aos dois países, por meio deste estudo comparado, e de que maneira a abordagem culturalista permitiu a localização e a análise de tais diferenças.

4.1 Concepções atuais de ativismo e autocontenção judicial

4.1.1 Ativismo judicial

O debate sobre o que o ativismo e a autocontenção judicial representam não é recente. Não se ignora, nesta pesquisa, que tais expressões são estudadas ao menos desde 1940, quando se iniciou o debate sobre a atuação ativista da Suprema Corte estadunidense. Contudo, para fins de delimitação desta pesquisa, será tratado, a seguir, apenas sobre o debate atual acerca das concepções empregadas a essas duas expressões.

Júlio Grostein trata das atuais concepções de ativismo judicial[89]. O autor indica que, em pesquisa em que comparou o uso da expressão "ativismo judicial" na literatura nacional e na literatura norte-americana, localizou quatro concepções consistentes[90] para a expressão: a de julgamento com base em posições políticas e axiológicas do juiz (*result-oriented judging*); a de criação do direito (*judicial legislation*); a de usos de métodos não ortodoxos de interpretação; por fim, a de indevida superação de precedentes. As duas primeiras, conforme ressaltado por ele, são comumente tratadas pela literatura brasileira e norte-americana; já as duas últimas, apenas nos Estados Unidos (GROSTEIN, 2016, p. 41-46).

Diante do mapeamento realizado pelo autor sobre o uso da expressão "ativismo judicial", serão tratadas, a seguir: sobre as concepções de ativismo judicial comuns no Brasil e nos Estados Unidos; sobre as concepções que não são comuns aos dois países, ou seja, que, segundo apontado pelo autor anteriormente mencionado, são utilizadas apenas nos Estados Unidos; sobre como essas mesmas concepções foram ou não identificadas e tratadas na literatura colombiana; sobre casos que representam essas concepções de ativismo judicial[91].

---

[89] O autor ressalta que entende que o ativismo judicial não é uma expressão de cunho normativo, mas sim uma categoria doutrinária, formada a partir da análise de precedentes judiciais, e que configura um adjetivo, que confere característica a uma decisão judicial (GROSTEIN, 2016, p. 15)

[90] Diz-se "consistente" porque Grostein (2016, p. 29-30; 42-44) identificou, também, outras duas concepções para ativismo na literatura norte-americana, mas que não contam com a mesma adesão que as demais: a de controle de constitucionalidade como sinônimo de ativismo judicial, que não é considerada pelo autor porque ele entende que, para a caracterização da segunda, deve-se vincular à jurisdição constitucional outro fator adicional – a análise dos efeitos da decisão ou dos métodos nela utilizados, por exemplo; a de ativismo como elogio ao juiz que salvaguarda direitos, sobre a qual ele localizou apenas dois estudos, e que, portanto, não contava com recorrência necessária para análise.

[91] No que diz respeito à obra de Júlio Grostein (2016), serão tratados apenas alguns dos casos por ele mencionados como representativos de ativismo judicial da Suprema Corte dos Estados Unidos e do STF.

A primeira concepção de ativismo judicial por ele tratada é a do julgamento orientado pelo resultado, que ocorre quando o julgador profere decisão judicial com base em convicções políticas, valorativas ou ideológicas. Essa concepção, conforme aponta o autor, é a mais "natural" do ativismo judicial, pois em qualquer das concepções, ao se falar em juiz ativista, trata-se, de maneira geral, um juiz que não desempenha sua atividade de forma isenta e que o faz pautado por valores particulares. Essa concepção, conforme indicado, também possui outro significado: o de politização da justiça, termo que ganhou destaque a partir de artigo de autoria de Manoel Gonçalves Ferreira Filho[92] (GROSTEIN, 2016, p. 48-54).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1994, p. 15-16) trata tanto da justicialização da política como também da politização da justiça. A primeira se verifica pela transferência do poder de veto de sua arena própria, em razão de o Judiciário ter passado a exercer um papel político, quando o controle por ele exercido passou a ser utilizado no sentido forte do termo, pelo "veto" dos atos dos demais poderes, e não apenas pela fiscalização ou verificação, que seriam os sentidos fracos desse mesmo termo. Essa faculdade hoje exercida pelo Judiciário, de vetar, espalha-se por todo o campo político, desde o processo eleitoral até o exercício do Poder. Já a segunda, a politização da justiça, é uma consequência da justicialização anteriormente mencionada, e ocorre quando juízes decidem e agem de modo político. O aspecto visível disso pode ser verificado por magistrados que direcionam seus votos pela opinião pública e são movidos pelo desejo de agradar ou de apresentar justificativas perante os "donos da comunicação".

Por isso, é afirmado que a concepção de ativismo como julgamento orientado pelo resultado relaciona-se à ideia de politização da justiça, pois a ideia de julgar com base em convicções pessoais está ligada com o agir de modo político, que pode, por exemplo, ser orientado a atender à opinião pública. Sobre essa relação, Grostein (2016, p. 52) ressalta, no entanto, que, no Brasil, há uma fraca associação entre as concepções de ativismo judicial e politização da justiça, enquanto nos Estados Unidos há um farto debate sobre a politização da justiça e a sua identidade com a politização e o *result-oriented judging*, em razão de precedentes judiciais do país.

Como exemplos de ativismo pela concepção do julgamento orientado pelo resultado, Grostein cita, em relação ao direito norte-americano, os casos *Lochner v. New York*[93], *Dred*

---

[92] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Poder Judiciário na Constituição de 1988 - Judicialização da política e politização da Justiça. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 198, p. 01-17, out./dez. 1994.

[93] André Karam Trindade e Fausto Santos Morais esclarecem que, nesse caso, de 1905, a Suprema Corte dos Estados Unidos invalidou uma lei estadual do estado de New York, que impunha uma limitação na jornada de trabalho dos empregados de uma padaria, por entender que essa lei era intrusiva em relação à política econômica

Scott v. Sandford[94] e *Marbury v. Madison*[95] (GROSTEIN, 2016, p. 54; 96-113). O primeiro caso foi considerado ativista porque a Corte derrubou política social estabelecida em detrimento do poder econômico, instituída por meio de legislação estadual, em um momento em que a política econômica estava centrada no intervencionismo estatal, e, com isso, afastou a possibilidade de o legislador promover proteção diferenciada a certa classe de trabalhadores. Por isso, *Lochner* permitiu que prevalecessem as preferências de magistrados em discussões que não necessariamente diziam respeito a problemas legais. Já o segundo caso é apontado como ativista porque, nele, a Corte poderia ter solucionado a demanda com questões pontuais (como o reconhecimento da própria incompetência, por exemplo), porém, optou por avançar em temas mais largos e, com isso, declarou sua opinião sobre a escravidão, tema que dividia os Estados Unidos naquele momento. Por fim, o terceiro caso é apontado como ativista pela concepção ora analisada porque, nele, antes de se pronunciar sobre a incompetência da Corte para julgamento da contenda, o *Chief Justice* John Marhsall, que já havia participado do partido federalista, avançou sobre o mérito da causa, por fins políticos, ao criticar a administração do então Presidente Thomas Jefferson, do partido republicano (GROSTEIN, 2016, p. 96-112).

No Brasil, um dos exemplos de ativismo pela concepção do julgamento orientado pelo resultado, tratados por Grostein (2016, p. 150-155), é o caso da edição da Súmula Vinculante nº 13[96], pelo STF. Nesse caso, a acusação de ativismo se dá pela seguinte razão: houve um

---

do Estado (TRINDADE; MORAIS, 2011, p. 139). A lei declarada inconstitucional pela Corte proibia que os empregados trabalhassem mais de 60 horas semanais ou 10 horas diárias (GROSTEIN, 2016, p. 97).

[94]Sobre esse caso, Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2012, p. 41-42) esclarece que Dred Scott foi escravo de John Emerson, e, nas oportunidades em que Emerson foi remanejado para diferentes postos militares, Scott o acompanhou. Em alguns momentos, eles residiram em Territórios e Estados em que a escravidão era proibida. Após a morte de Emerson, Scott inicialmente demandou sua liberdade perante a Corte estadual do Missouri, sob o fundamento de que teria adquirido sua liberdade quando residiu nos estados em que a escravidão era proibida, e a questão chegou à Suprema Corte. A Suprema Corte dos Estados Unidos, então, decidiu que era inconstitucional a lei federal que havia proibido a escravidão no território de Wisconsin (o Compromisso do Missouri), e, na decisão, fez afirmações de caráter moralmente odioso contra negros.

[95] Sobre o caso, Miguel Gualano de Godoy e Vera Karam de Chueri destacam que após derrota nas eleições presidenciais de 1800, o partido federalista aprovou o *Judiciary Act*, que criou dezesseis cortes federais. Por essa razão, caberia ao partido, no "apagar das luzes de seu governo", nomear juízes para essas cortes. Contudo, nesse período de saída de um partido do poder e entrada de um novo, a entrega do diploma – um dos atos da nomeação de juízes – ficou a encargo do novo governo republicano, de Thomas Jefferson. Jefferson determinou, então, que seu secretário de Estado, James Madison, não encaminhasse o diploma requerido por Willian Marbury. Por tal razão, ele ingressou com um *writ of mandamus* junto à Suprema Corte dos Estados Unidos, para obter uma ordem para que o diploma lhe fosse enviado (GODOY; CHUERI, 2017, p. 41-45). Destaca-se que um importante aspecto da decisão se relaciona ao *Chief Justice John Marshall*, pois ele se tratava de um federalista que integrou a Suprema Corte (LIMA, 2014, p. 16), e, ainda, havia atuado como secretário de Estado sob o governo de Adams.

[96] A Súmula Vinculante nº 13 apresenta o seguinte enunciado: "Súmula Vinculante 13 - A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal" (BRASIL, 2008).

descompasso entre a premissa, representada pelo que foi definido na ADC nº 12/DF[97], de que proveio a súmula, e a conclusão adotada na súmula, pois a ADC proibia o nepotismo apenas no âmbito do Judiciário, enquanto a súmula ampliou essa proibição para todos os Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Nesse descompasso, o STF fez valer, por meio da súmula, a vontade e posição de seus membros a respeito do nepotismo. Ademais, é apontado que essa proibição imposta pelo Judiciário deveria ser regulada pelo Legislativo, no entanto, o Tribunal impôs sua posição aos demais Poderes e entes federativos.

Os casos anteriormente mencionados demonstram, portanto, que os tribunais avançaram no âmbito de atuação dos demais poderes, seja pela derrubada dos atos do Legislativo, seja por regulamentar temas cuja regulamentação caberia aos poderes representativos, como o Legislativo e o Executivo. Com esse avanço, a posição defendida por membros das cortes, permeadas por questões políticas ou ideológicas, prevaleceu sobre a dos demais ramos.

No que tange à literatura colombiana sobre o tema, foi identificada crítica a respeito dessa concepção de ativismo judicial. Para Pablo Rivas-Robledo (2022, p. 83-89), a abordagem do ativismo pela ideologia orientada para o resultado não tem capacidade explicativa para identificar casos de ativismo judicial, ou seja, com base nessa tese, não é possível identificar se um ato judicial é ativista ou não. Isso porque, para o autor, o ativismo não pode ser entendido a partir da descrição dos resultados do ato judicial, nem pelos efeitos que produz, de modo que, para compreender esse fenômeno, faz-se necessário partir de bases não moralizadas, que não dependam de os resultados alcançados pelo ato parecerem bons ou ruins. O ativismo judicial, para o autor, trata-se de uma forma de descrever decisões judiciais que possuem características que as diferenciam das decisões judiciais não ativistas[98].

Nota-se, portanto, que o ativismo pela concepção de julgamento orientado pelo resultado é criticado na literatura colombiana, visto que, na visão do autor anteriormente mencionado, essa concepção de ativismo judicial considera os resultados produzidos pelo ato

---

[97] A súmula decorreu da ADC nº 12/DF, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB para obter a declaração de compatibilidade constitucional da Resolução nº 07/2005 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Os autos da ADC podem ser acessados por meio do link: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2358461. Acesso em 11 out. 2022.

[98] Para o autor, a definição adequada de ativismo deve: partir do sentido originalmente dado ao termo ou não o contradizer; dar prioridade ao conceito de ativismo e depois explicar quais são suas possíveis manifestações, para que, assim, não fique atrelada ao contexto em que é formulada; separar a definição de ativismo das considerações ideológicas ou morais do juiz; por fim, explicar o ativismo judicial baseado no uso dos poderes do juiz (RIVAS-ROBLEDO, 2022, p. 83-89).

judicial, e, com isso, torna-se difícil a identificação desse ato como ativista ou não de maneira isenta.

A segunda concepção de ativismo judicial, da criação judicial do direito, não segue, para Grostein (2016, p. 55-57), uma racionalidade, pois variados autores nacionais selecionam critérios para tratar dela de maneira livre. Contudo, é possível apontar que a criação judicial do direito, no Brasil, pode ser caracterizada como "toda e qualquer decisão, emanada do Judiciário pátrio, que efetivamente dispõe sobre o caso concreto, porém inovando na ordem jurídica, fora das balizas impostas pelo próprio constituinte ou pelo legislador" (GROSTEIN, 2016, p. 55). Já no direito norte-americano, o ativismo sob a concepção da criação judicial do direito só se configura quando o judiciário interfere na política, pois a função criadora do direito é uma prática mais facilmente aceita no país, por se filiar à tradição da *common law*, e porque a atividade criadora da jurisprudência geralmente ocorre nas áreas de direito privado (GROSTEIN, 2016, p. 55-57).

Para exemplificar o ativismo a partir dessa concepção nos Estados Unidos, Grostein (2016, p. 126-128) trata do caso *Miranda v. Arizona*[99]. Nesse caso, a Corte norte-americana estabeleceu procedimentos a serem observados pelas autoridades em processos criminais, sob pena de não se proteger o direito previsto na Quinta Emenda, que institui direitos contra o abuso de autoridade estatal. Esse rol de procedimentos, criado pela Corte, é alvo de críticas sob a concepção de ativismo ora analisada, pois é indicado que, por meio dele, o Tribunal criou norma processual penal.

Já no Brasil, um dos exemplos de ativismo pela criação judicial do direito mencionados Grostein (2016, p. 163-172) é o do julgamento da Reclamação nº 4.335 pelo STF[100], ajuizada pela alegação de descumprimento do que restou fixado pelo STF no HC nº 82.959. No caso, houve discussão sobre a mutação constitucional[101] do art. 52, inciso X, da CF, que trata da

---

[99] Nesse caso, os interessados, acusados em processos criminais, foram submetidos a interrogatórios em salas fechadas, sem qualquer contato com o mundo externo e enquanto estavam sob custódia de policiais ou órgãos acusatórios. A nenhum deles foi dada ciência sobre os seus direitos, o que levou à confissão por parte de todos eles, considerada, posteriormente, para condenação (GROSTEIN, 2016, p. 126-128).

[100] A reclamação foi promovida pela Defensoria Pública do Estado do Acre frente à decisão do juízo de execução penal de Rio Branco/AC, que indeferiu pedido de progressão de regime para sentenciados, o que, para a Defensoria, violaria o que restou definido no Habeas Corpus - HC nº 82.959/SP, em que o STF declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos), que definia que a pena por crime previsto no artigo deveria ser cumprida inicialmente em regime fechado (GROSTEIN, 2016, p. 163-172).

[101] A mutação constitucional, conforme esclarece Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986, p. 09), diferencia-se da reforma constitucional porque consiste na modificação do significado, alcance e sentido das disposições constitucionais, através da interpretação constitucional, enquanto a primeira consiste em mudança no próprio texto, que segue o procedimento previsto no texto constitucional. Para a autora, existem duas espécies de mutação constitucional: as que se operam de acordo com a Constituição e as que contrariam a Constituição e que, por isso, não podem existir. A segunda é denominada, pela autora, como "mutação inconstitucional".

competência do Senado para suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão do STF em controle difuso de constitucionalidade. A discussão de mutação se deu pelo voto dos Ministros Gilmar Mendes, que atuou como relator no caso, e Eros Graus, que acompanhou o relator. Ao final, a posição defendida por eles não prevaleceu, mas a reclamação foi julgada procedente, nos termos do voto do Ministro Teori Zavascki, que defendeu a aproximação da cultural do *civil law* ao *stare decisis* da *common law*, com a citação de casos em que decisões passaram a ter efeitos *ultra partes*, para aplicar tal entendimento ao HC nº 82.959, e a aplicação da Súmula Vinculante nº 26, editada após a propositura da reclamação, mas que consolidava o entendimento do HC.

Em relação ao caso anteriormente mencionado, Grostein indica que os seguintes pontos são apontados como ativistas pela doutrina: o de abstrativização do controle difuso, defendido nos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, que sofre da crítica de buscar mudar o papel do STF de legislador negativo para poder constituinte reformador, pois caso fosse acolhida a tese por eles defendida, restaria suprimida a competência privativa do Senado de suspender a execução da lei declarada inconstitucional em controle incidental de constitucionalidade, pois essa passaria a ser exercida pelo próprio Tribunal, com ofensa à separação e poderes; a tentativa de moldar um *stare decisis* brasileiro, observável pela fundamentação do voto que prevaleceu; pelo caráter contramajoritário, visto que a vinculação de precedentes do controle difuso se tratava de questão rejeitada pelos órgãos políticos majoritários, pois propostas anteriores nesse sentido, discutidas na Constituinte de 1946 e no processo de elaboração da EC nº 16/1965, já tinham sido reprovadas (GROSTEIN, 2016, p. 163-164).

Assim, é possível observar a criação judicial do direito nos casos do direito norte-americano e brasileiro, mencionados anteriormente, pois, no primeiro, foi criada norma processual penal em razão do entendimento empregado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, enquanto no segundo, houve uma discussão sobre a supressão de competência estabelecida pelo poder constituinte originário, assim como a tentativa de aplicar princípio próprio de países com tradição da *common law*, distinta da nossa, e também pelo exercício do papel contramajoritário pelo Tribunal, por tratar de questão discutida e rejeitada na arena política.

Essa concepção de ativismo judicial pela criação do direito também é tratada pela literatura colombiana. Sobre isso, Jorge Mejia Turizo e Roberto Pérez Caballero (2015, p. 33) indicam que “o ativismo judicial pressupõe que o juiz desempenhe, dentre outras, uma função

que em princípio corresponde apenas ao corpo legislativo: criar normas". Essa norma por eles tratada, contudo, não é considerada no sentido formal e estrito da palavra, mas sim como uma regra de regulação para determinados casos e, ainda, para conceder ou ampliar direitos que o ordenamento jurídico não contempla. Sobre isso, os autores ressaltam que existe o risco de uma atuação arbitrária quando a criação de direito: diz respeito a problemas políticos; nos casos sem delimitação clara em torno da separação entre direito e moral; nos casos em que não há certeza sobre os critérios para a aplicação da norma. Por isso, a criação judicial do direito deve ter limites, que, conforme defendem os autores, podem ser colocados na própria jurisprudência.

Essa mesma concepção foi tratada sob outra ótica no texto de outro autor colombiano, Pablo Rivas-Robledo (2022, p. 75-76): a partir das "normas de competência". As normas de competência estabelecem os poderes e faculdades que os órgãos possuem. São elas que permitem verificar a validade de um ato, ou seja, se foi emanado de autoridade competente. O ativismo judicial, desse modo, está atrelado às normas de competência, e pode ser verificado quando um juiz modifica suas faculdades ou competências, pela ampliação ou reforma dessas.

Com isso, observa-se que se o juiz amplia ou modifica suas competências, ele legisla, ou seja, incorre na criação do direito em relação às próprias faculdades ou poderes. Por isso, é possível apontar que, também nesse caso, a atuação judicial pode ser classificada como ativista pela concepção da criação judicial do direito.

Exemplo dessa forma de ativismo na Colômbia é tratada por Pablo Rivas-Robledo (2022, p.12-13). O autor indica que a principal norma de competência para a CCC é o art. 241 da CP/91, em que são citadas as doze competências atribuídas à Corte. Uma dessas competências é o controle de constitucionalidade exercido sobre as leis, tanto por seu conteúdo, como por vícios de procedimento (art. 241, numeral 4, da CP/91[102]). Em 1998, no entanto, foi ajuizada ação em que foram questionados dispositivos do *Código Sustantivo del Trabajo*, dentre eles um que estabelecia que trabalhadores domésticos estavam excluídos da jornada máxima legal, ou seja, poderiam trabalhar mais do que a jornada máxima legalmente definida aos demais trabalhadores. A CCC definiu, então, que a jornada dos trabalhadores domésticos deveria observar o máximo de 10 horas diárias caso residissem na casa do empregador. O autor ressalta que, embora pareça justo o limite para quantidade de horas de trabalho, a fixação não se deu

[102] Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Com tal fin, cumplirá las siguientes funciones: (...) 4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. (COLÔMBIA, 1991).

por ordem legal ou constitucional, mas sim por decisão da CCC, que o estabeleceu sem maiores argumentações.

Desse modo, é possível observar que o ativismo judicial configurado pela criação judicial do direito também é estudado pela literatura colombiana, e há exemplo de sua ocorrência, conforme mencionado acima, verificado em caso em que a CCC definiu limite de tempo de trabalho para trabalhadores domésticos.

A terceira concepção de ativismo judicial abordada por Grostein não é tratada no Brasil, mas é pela doutrina norte-americana. Essa concepção diz respeito ao uso de métodos não ortodoxos de interpretação. Nos Estados Unidos, há um embate entre originalistas – que buscam se manter fiéis à literalidade do texto constitucional e às intenções daqueles que aprovaram esse texto e as emendas posteriores – e não originalistas – dentre os quais o autor destaca aqueles que defendem uma interpretação dinâmica ou evolutiva da constituição. Um grupo acusa o outro de atuar com ativismo (GROSTEIN, 2016, p. 58-61).

Um caso utilizado como exemplo de ativismo pela concepção do uso de método não ortodoxo de interpretação nos Estados Unidos é *Brown v. Board of Education*[103]. Isso porque ele é acusado tanto de abandonar a intenção dos criadores da Décima Quarta Emenda, como também por buscar retornar à vontade presumida daqueles que aprovaram essa emenda. Na decisão, a Corte, inicialmente, parecia disposta a extinguir a jurisprudência segregacionista então existente com base em considerações originalistas, mas isso exigiria a demonstração, pelos recorrentes, de qual era a intenção do Congresso ao aprovar a Décima Quarta Emenda. Essa posição é acusada de ser ativista porque se discute se há, efetivamente, como identificar a intenção de quem elaborou o texto constitucional. Porém, posteriormente, a Corte apontou que a discussão histórica inicialmente realizada no caso iluminou alguns pontos, mas não se mostrou suficiente para elucidação do problema discutido, motivo pelo qual decidiu em favor da desagregação racial pela violação da emenda, sob o fundamento de que a doutrina do "separados, mas iguais" não teria mais espaço na sociedade norte-americana. Assim, a decisão deixou de considerar a intenção dos criadores da Décima Quarta Emenda (GROSTEIN, 2016, p. 88-93).

---

[103] André Karam Trindade e Fausto Santos de Morais (2011, p. 141) esclarecem que, nesse caso, foi declarada a inconstitucionalidade da segregação racial predominante nas escolas públicas do sul dos Estados Unidos, em razão do princípio da igualdade (*equal protection of the law*), inserido na Constituição norte-americana no ano de 1868 através da Décima Quarta Emenda. Este precedente revogou o famoso caso *Plessy v. Ferguson*, em que a Suprema Corte utilizou a doutrina do *separated but equal*, com a declaração da constitucionalidade de lei do Estado da Louisiana que estabelecia que brancos e negros deveriam ter acomodações iguais, porém separadas, no transporte ferroviário.

Desse modo, a acusação de ativismo, no caso, ocorre tanto por parte de originalistas, que acusam a Suprema Corte dos Estados Unidos de não ter investigado a real vontade instituída por meio da Décima Quarta Emenda, como também dos não originalistas, que indicam que a Corte buscou essa vontade no início da decisão, contudo, que essa não seria alcançável, pois não se pode presumir qual teria sido a intenção do constituinte ao estabelecer a emenda.

A discussão sobre essa concepção de ativismo judicial também foi identificada na literatura colombiana. Para Manuel Aragón Reyes (2021, p. 22), o ativismo se caracteriza pela "frouxidão interpretativa" dos textos legais e pela substituição, por parte do órgão jurisdicional, das faculdades de outros poderes do Estado. Sobre a primeira forma de caracterização de ativismo, o autor destaca que tanto na interpretação da Constituição, como na interpretação constitucional da lei, a atividade interpretativa deve ter limites, pois caso contrário seria possível que os órgãos de justiça constitucional suplantassem não apenas o constituinte, mas também o legislador. O autor também aponta que a Constituição colombiana possui amplo grau de abstração e generalidade em muitas de suas prescrições, o que acarreta em uma alta dose de recriação e adaptação da norma às novas circunstâncias, mas que deve haver um limite para isso, derivado do significado unívoco que alguns dos termos normativos podem ter. Quando se ignora esse limite, para que se considere que a Constituição diz o oposto do que diz literalmente, não se pode afirmar que há interpretação da Constituição, mas sim uma modificação, ocorrida de forma imprópria, porque não seguiu o próprio procedimento de reforma. Essa modificação deve ser evitada, o que se mostra importante para que a própria legitimidade dos órgãos de justiça constitucional não seja ameaçada (ARAGÓN REYES, 2021, p. 22).

Exemplo de como isso poderia ser verificado na atuação da CCC é pelas sentenças interpretativas. Por meio delas, a Corte pode estabelecer quais significados de uma disposição acusada como inconstitucional são válidos dentro do ordenamento jurídico e quais não são constitucionalmente legítimos. Assim, nessas sentenças, a Corte pode fixar o sentido constitucional de uma lei (MARTÍNEZ CABALLERO, 2000, p. 14-17). Desse modo, é possível que a Corte, pelo uso de uma sentença interpretativa, dê sentido distinto a dispositivo constitucional do que o literal, o que, caso verificado, faria com que ela incorresse em ativismo judicial.

Observa-se, desse modo, que a discussão a respeito da configuração do ativismo pela concepção do uso de métodos não ortodoxos de interpretação, embora não tenha sido identificada na literatura brasileira por Júlio Grostein, foi identificada, por ele, na literatura norte-americana, e, nesta pesquisa, na literatura colombiana. Nos Estados Unidos, são acusados

de ativismo, por essa concepção, tanto aqueles que buscam atuar de forma vinculada ao sentido da Constituição, como os que defendem uma interpretação evolutiva. Já na Colômbia, o ativismo por essa concepção é encarado como possibilidade de interpretação descolada ou distante da Constituição, que pode ser prejudicial para a legitimidade dos órgãos judiciais.

A quarta concepção de ativismo judicial apontada por Júlio Grostein (2016, p. 61-67) é a de indevida superação de precedentes, particular dos Estados Unidos. No país, o direito legislado concorre com o direito formado por precedentes, e, por isso, mostra-se importante a manutenção da segurança jurídica por meio de mecanismos para a previsibilidade do direito, tais como a "deferência ao precedente" – *stare decisis et non quieta movere* -, a "desconsideração de precedentes" – *disregarding precedente* - e outros. A inobservância a esses mecanismos, que asseguram a estabilidade ao ordenamento, deflagra a indevida superação de precedentes.

Sobre essa concepção, Keenan Kmiec (2004, p. 1466) aponta que algumas distinções devem ser feitas para que seja possível identificar a atuação como ativista. Essas distinções dependem de o precedente superado ser vertical ou horizontal e das diferenças da interpretação, ou seja, se constitucional, legal ou da *common law*. Sobre a primeira distinção, o autor destaca haver boa aceitação em considerar que configura ativismo judicial o ato de desrespeitar precedentes verticais (ou seja, de instâncias superiores), enquanto o mesmo não ocorre com os precedentes horizontais (para seguir as próprias decisões do Tribunal em casos similares), pois a hipótese de não uso do precedente é aceita quando, por exemplo, dá-se preferência ao disposto no texto constitucional e não à decisão anterior da Corte. Quanto à segunda distinção, os precedentes do *common law* e constitucionais podem ser superados com mais facilidade sem que isso seja visto como ativismo judicial, pois a superação dos primeiros é vista como evolução, uma forma de revogação da lei, e a dos segundos é admitida em razão das dificuldades enfrentadas para se emendar uma constituição, porém, a mesma situação não é verificada com os precedentes legais, que possuem uma presunção forte de correção e, por isso, sua superação é mais facilmente vista como ativismo judicial.

Como exemplo dessa concepção de ativismo, Grostein (2016, p. 113-121) trata do já citado caso *Brown v. Board of Education,* em que a Suprema Corte superou um precedente com uma argumentação frágil. O precedente superado foi formado no ano de 1896, no caso *Plessy v. Ferguson,* em que se afirmou que a segregação racial não caracterizava discriminação, com a aplicação da doutrina do "separados, mas iguais" (conforme indicado na nota de rodapé anterior). Já em *Brown,* julgado em 1954, a Corte concluiu pela incorreção da teoria "separados,

mas iguais", conclusão que, embora carregue correição moral, é criticada pelas seguintes questões metodológicas: porque a superação de *Plessy* demandaria a indicação do fato objeto da decisão, do resultado da decisão, ou, ainda, de que a regra anterior era imprópria, o que não foi observado; porque houve insuficiência da fundamentação jurídica, pois a Corte não se desincumbiu de motivar as razões para deixar de lado o *stare decisis* e a regra do precedente horizontal para revogar precedente anterior; além disso, porque seria necessária uma apreciação sobre a amplitude da Décima Quarta Emenda para superar *Plessy*, o que não foi feito.

Ressalta-se que essa concepção também não foi localizada na literatura colombiana, que, assim como o Brasil, possui tradição jurídica do *civil law*. Por essa razão, não foi abordada a concepção de ativismo pela indevida superação de precedentes a partir de textos de autores colombianos e nem de exemplos de sua ocorrência no país.

Deste modo, ao agrupar as concepções comuns de ativismo judicial a partir da obra de Júlio Grostein e de textos de autores colombianos, foi possível notar que: a conduta de julgar orientado pelo resultado é considerada ativista na literatura norte-americana e brasileira, sendo que, em relação à colombiana, foi identificada crítica a essa concepção; nos três países, o ato de criar judicialmente direito é considerada ativista; nos Estados Unidos e na Colômbia, o uso de métodos não ortodoxos de interpretação caracteriza o ativismo, enquanto no Brasil, essa concepção não foi identificada na literatura por Júlio Grostein; por fim, a conduta de superar precedentes de forma indevida, segundo aponta Grostein, é considerada ativista pela literatura norte-americana e não pela brasileira, e não foi identificado o emprego dessa concepção na literatura colombiana.

Ainda sobre o ativismo judicial, observa-se que Flávia Santiago Lima (2014, p. 212) propõe a análise da expressão por via diversa de Grostein, o que faz sob dois eixos: o metodológico e o institucional. Para a autora, a expressão, em seu sentindo prescritivo ou normativo, demonstra aprovação ou crítica da academia jurídica às decisões judiciais. Por isso, ela defende que a definição dessa expressão deve passar tanto pela compreensão do papel a ser desempenhado pelo judiciário frente às decisões tomadas nas outras instâncias estatais (plano institucional), como pela análise das decisões judiciais em seus aspectos metodológicos.

Pelo eixo institucional, deve-se analisar tanto o plano externo, referente às interações do Judiciário com o Legislativo e Executivo, como o plano interno, pelo exercício das competências e possíveis tensões entre os órgãos jurisdicionais. Já pelo eixo metodológico, devem ser analisadas as relações entre os tribunais e a doutrina. O ativismo, nesse sentido, caracteriza-se, pelo primeiro eixo mencionado, quando, na apreciação de questão submetida ao

Tribunal, houver a anulação ou substituição do ato da outra instância de poder ou, ainda, for imposta a obrigação negativa ou positiva aos seus agentes. Já pelo segundo eixo, o ativismo se caracteriza quando há reprovação posterior de um determinado julgado, pela não adequação aos parâmetros e recomendações estabelecidos pela doutrina para atuação judicial (LIMA, 2014, p. 212).

Essa análise do plano institucional deve ser realizada por pesquisa empírica, pela constatação da quantidade de declarações de inconstitucionalidade dos atos de outras instâncias, assim como pela verificação de quais circunstâncias a atuação do Tribunal se mostra mais habitual, pela análise de quais são os temas de predileção, de quais são os demandantes com maior possibilidade de êxito, de quais são os interesses que contam com maior ou menor concessão, do tempo decorrido entre propositura da ação e apreciação da liminar e/ou julgamento meritório, do modo como determinados juízes influem nos julgamentos colegiados e de quais as repercussões das regras procedimentais para o resultado da deliberação. Já a análise do eixo metodológico se faz pelo exame do discurso jurídico, que confere sentido jurídico-metodológico à questão (LIMA, 2014, p. 213).

Sobre o último ponto tratado anteriormente, qual seja, a análise do discurso jurídico, faz-se necessário ressaltar que é possível que uma decisão do STF se situe entre a declaração de nulidade da lei e a declaração de constitucionalidade, por meio de técnicas de decisões intermediárias, com natureza de decisão interpretativa ou construtivas ou manipulativas (MEYER, 2021, p. 15-113). Tanto a decisão interpretativa, como também a manipulativa[104], abarcam diversas técnicas de decisão[105] que podem ser examinadas pelo pesquisador que busca enquadrar a atuação do Tribunal como ativista ou autocontida.

Observa-se, assim, que o enquadramento da atuação de um Tribunal como ativista, para a autora anteriormente mencionada, demanda tanto a análise empírica, de questões que indiquem como a Corte interage externa (com os demais ramos do Poder) e internamente (com os demais órgãos jurisdicionais), como também do discurso jurídico empregado pelos julgadores nas decisões.

---

[104] A decisão interpretativa, conforme já explicitado anteriormente, ocorre quando a Corte estabelece quais significados de uma disposição acusada como inconstitucional são válidos dentro do ordenamento jurídico, enquanto a construtiva ou manipulativa atribui a um dispositivo significado que "(...) não pode ser diretamente extraído do programa normativo da lei" (BARROSO; MELLO, 2019, p. 301).

[105] Sobre isso, Barroso (2019, p. 106-113) indica que constituem espécies do gênero "decisão interpretativa" a interpretação conforme à Constituição; a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto; a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade e o apelo ao legislador; e a declaração de lei ainda constitucional em trânsito para a inconstitucionalidade. Em relação ao gênero "decisão manipulativa", constituem espécies as técnicas de decisão manipulativa aditiva e de decisão manipulativa substitutiva.

Ao analisar julgados[106] em que o STF exerceu controle de constitucionalidade concentrado ou difuso, Flávia Santiago Lima, para tratar do ativismo judicial no Tribunal, realiza uma classificação dos casos por três critérios: pela intervenção do Tribunal em relação aos demais poderes; pela concentração de competências jurisdicionais; pela apreciação de questões morais sensíveis, antecedidas ou não de deliberação perante os poderes majoritários. São verificados, também, três aspectos nas decisões: pronúncia da inconstitucionalidade; fixação de critérios para legislação futura ou atuação administrativa, para prevenir futura declaração de inconstitucionalidade, e afirmação ou não da cláusula de supremacia judicial (LIMA, 2014, p. 279-280).

O primeiro caso analisado pela autora é o MS nº 26.603/DF[107], relacionado ao tema da fidelidade partidária, representativo de um avanço sobre o Legislativo. Nesse caso, entendeu-se que dentre os efeitos da desfiliação partidária, incluía-se a perda do direito de continuar a exercer o mandato eletivo, que configura uma nova causa de perda do mandato parlamentar, diferente daquelas previstas no art. 55 da CF/88. Por isso, é indicado que esse caso representa a intervenção na arena política e, além disso, exemplo de atuação do Judiciário como "poder constituinte reformador". Em relação aos aspectos de classificação anteriormente mencionados, a autora ressalta que, no caso, houve a aplicação de situação não prevista na norma constitucional e, ainda, a afirmação da supremacia judicial, que se deu em razão da afirmação do monopólio da última palavra pelo STF em matéria de interpretação constitucional (LIMA, 2014, p. 280-285).

Outro caso analisado pela autora foi o da Suspensão de Tutela Antecipada – STA nº 175[108], mas, desta vez, para tratar do avanço sobre o Executivo. No caso, foi confirmada a sindicabilidade judicial sobre o tema da prestação da saúde e a possibilidade de concessão de prestações materiais pela via judicial. Esse caso revisita a discussão sobre a intervenção judicial nas políticas públicas, que, pelo desenho institucional definido na CF, têm no Executivo o local

---

[106] Conforme apontado pela autora, os julgados foram selecionados ou em razão da sua repercussão na academia jurídica, ou porque representam um debate jurídico a respeito das possibilidades e critérios de interferência do Tribunal, ou, ainda, por receberem ampla crítica (LIMA, 2014, p. 279-280). Nesta pesquisa, serão tratados apenas alguns dos exemplos mencionados pela autora.

[107] O mandado de segurança foi impetrado pelo Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB contra o Presidente da Câmara dos Deputados. Os impetrantes, conforme consta no acórdão, sustentavam o direito de reaver as cadeiras ocupadas por parlamentares que mudaram de partido durante o exercício de seus mandatos. O acórdão pode ser acessado por meio do link: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570121. Acesso em 11 out. 2022.

[108] Nessa STA, em que a União figurou como requerente e o Tribunal Regional Federal da 5ª Região como requerido, o pedido de suspensão foi indeferido. Os autos podem ser acessados por meio do seguinte link: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2570693. Acesso em 11 out. 2022.

específico para sua concepção. Por ele, nota-se clara centralização da atividade interpretativa na Corte (LIMA, 2014, p. 296-299).

Para tratar do ativismo pela concentração de competências no STF, a autora aborda a tendência de abstrativização do controle difuso e a edição de súmulas vinculantes. Nesse sentido, o caso da Súmula Vinculante nº 13, editada após decisão no julgamento da ADC nº 12/DF, já mencionado, é representativo. A súmula, que versa sobre nepotismo público, inseriu, conforme já indicado, uma vedação aos Poderes Executivo e Legislativo que não se encontrava disposta em qualquer regra constitucional ou infraconstitucional, nem contava com os necessários precedentes. Porém, além do anteriormente indicado, a súmula foi editada desacompanhada de um amplo debate e sem ser antecedida de interpretação consolidada em diversos julgados, o que a converteu em uma forma de "atividade normativa" pelo Tribunal. Com isso, o caso representa a centralização de competência no STF. Outro caso mencionado pela autora para tratar dessa centralização é o do RE nº 197.917/SP[109], em que houve a objetivação do controle de constitucionalidade difuso. Nesse caso, processado pelo controle difuso, foi aplicado o art. 27 da Lei nº 9.868/1999, que dispõe sobre o processo e julgamento de ADI e ADC perante o STF (ações de controle concentrado de constitucionalidade) (LIMA, 2014, p. 304-307).

Os casos anteriormente mencionados demonstram a concentração de competências no Tribunal, seja pela edição de súmulas vinculantes, seja pela tendência de aplicar regras do controle concentrado (que se processa perante o Tribunal) a caso de controle difuso de constitucionalidade (que pode ser exercido por outros juízes ou tribunais).

Por fim, no que diz respeito à atuação do Tribunal em questões morais controvertidas, a autora trata do caso da ADI nº 3.510/DF[110], que trata de pesquisas com células-tronco embrionárias. A decisão da Corte, de 6 votos contra 5, foi pela improcedência da ação. As críticas são dirigidas ao voto da minoria, que não atuou com deferência à opção legislativa e optou por avaliar a escolha política do legislador ordinário de permitir a pesquisa em determinadas condições. No caso, também é possível notar que o STF afirmou que possui a

---

[109] Nesse RE, discutia-se sobre a redução do número de vereadores no Município de Mira Estrela/SP. O recurso foi parcialmente provido, com a determinação de que a Câmara de Vereadores do referido município adotasse as medidas para adequar sua composição aos parâmetros fixados naquele recurso. Os autos podem ser acessados por meio do link: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1631538. Acesso em 11 out. 2022.

[110] A ADI foi proposta pelo Procurador-Geral da República, para requerer a declaração de inconstitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/05), que permitia pesquisas científicas com embriões humanos de procedimentos de fertilização *in vitro*, caso congelados há mais de três anos. Alegava-se a violação do direito à vida e contrariedade ao princípio da dignidade da pessoa humana. Os autos podem ser acessados através do link: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2299631. Acesso em 20 out. 2022.

prerrogativa de “dar a última palavra” sobre o sentido da Constituição, o que indica que o Tribunal se afasta de um engajamento em um diálogo institucional (LIMA, 2014, p. 312-318).

Portanto, os dois primeiros casos tratados pela autora representam um avanço do Tribunal sobre os demais Poderes, enquanto o terceiro o avanço sobre as competências dos demais órgãos judiciais e/ou concentração de competências no Tribunal e, o último, a análise de questões morais sensíveis, que, em tese, demandariam um amplo debate junto à sociedade.

Em relação a essas decisões, a autora destaca que elas comprovam algumas das hipóteses aventadas por ela, como, por exemplo, a de que ativismo judicial não se limita à declaração de inconstitucionalidade ou à substituição da decisão tomada por outro poder, pois, por vezes, o Tribunal manteve a decisão tomada por outro ramo ou, quando interveio na questão, concedeu-lhe solução e apontou ser sua atribuição dar a “última palavra” a respeito do tema ou até mesmo escolher a possibilidade constitucional mais adequada dentre as existentes. Assim, a expressão ativismo representa, segundo a autora, “(...) uma inegável crítica metodológica à atuação judicial e reverbera uma preocupação institucional, numa interferência na atividade das demais instâncias de poder” (LIMA, 2014, p. 325-326).

Observa-se, desse modo, que o ativismo judicial, para a autora anteriormente mencionada, caracteriza um juízo crítico acerca da metodologia empregada por magistrados nas decisões judiciais, assim como revela, também, atenção ao aspecto institucional, relacionado à intervenção do Poder Judiciário nas demais esferas.

Outro autor que trata do ativismo judicial é Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2012, p. 152-153). Para o autor, cinco diretrizes devem ser consideradas para a construção de um conceito abrangente de ativismo judicial: a primeira é a de que o ativismo judicial está relacionado a uma postura de expansão do poder político-normativo por parte de juízes e das cortes em suas decisões; a segunda é de que o ativismo judicial não é, em princípio, legítimo ou ilegítimo; a terceira relaciona-se ao caráter dinâmico e contextual da identificação e do ativismo judicial; a quarta diz respeito à pluralidade das variáveis contextuais que limitam, favorecem e moldam o ativismo judicial; por fim, a quinta explica o ativismo judicial como uma estrutura adjudicatória multidimensional[111].

---

[111] Com isso, o autor busca indicar que existem diferentes “fronteiras objetivas” que permitem identificar uma decisão como ativista ou não, de modo que uma definição singular não permitiria identificar a variedade de dimensões do ativismo. São exemplos dessas dimensões: a interpretação da Constituição, que possui princípios vagos e, por vezes, imprecisos, assim como direitos implícitos; a criação “legislativa” por juízes; a falta de deferência aos demais poderes; a afirmação de questões essenciais, relacionados a direitos humanos; o avanço sobre políticas públicas e sociais; a autoexpansão da jurisdição e dos poderes decisórios; a superação de precedentes; as decisões maximalistas, que utilizam de construções teóricas ambiciosas; o partidarismo, ou seja, avanço sobre interesses políticos; a afirmação da soberania judicial (CAMPOS, 2012, p. 152-161).

Com base nessas diretrizes, o autor compreende o ativismo judicial como "(...) o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos. Esse exercício, para o autor, deve ser identificado e avaliado conforme os desenhos institucionais tratados nas constituições e leis locais; responder a fatores institucionais variados, tais como políticos, sociais e jurídico-culturais, que se encontrem presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; por fim, pode manifestar-se por múltiplas dimensões de práticas decisórias (CAMPOS, 2012, p. 152-153).

Sobre esse conceito, importa destacar o seguinte aspecto: para o autor anteriormente mencionado, o ativismo judicial não necessariamente implica em uma decisão que possa ser considerada legítima ou ilegítima. Trata-se, a decisão ativista, de uma decisão expansiva, em que o julgador busca remarcar o âmbito de sua atuação frente aos demais Poderes, e que deve ser identificada a partir do contexto no qual está inserida.

Por fim, Elival da Silva Ramos (2015, p. 112-113), ao tratar da caracterização do ativismo judicial, aborda, antes, algumas questões. A primeira é sobre a conceituação ampla de ativismo judicial que se verifica nos sistemas de *common law*. Conforme indicado pelo autor, nesse sistema, a conceituação da expressão abarca desde o uso da interpretação teleológica, para abarcar novos sentidos ao texto constitucional, em razão de questões históricas [112], assim como a integração de lacunas pelo Judiciário. Assim, não há, nesse sistema, a atribuição de um sentido negativo na expressão "ativismo", pois, em tese, ele garantiria a adaptação do direito frente a novas realidades, de modo a se contrapor ao "passivismo", caracterizado por estratificar padrões de conduta normativamente consagrados sob o pretexto de respeitar as opções do legislador ou dos precedentes passados. Deste modo, como no *common law* se concede ao Judiciário uma atuação ativa, isso dificulta a identificação de parâmetros que indiquem eventuais abusos da jurisdição em detrimento do Poder Legislativo.

Outra questão tratada pelo autor é a de que a identificação da postura ativista, de modo geral, advém de sistemas que adotam, em suas Constituições, o dogma da independência e harmonia entre os Poderes, embora isso não seja regra. Por isso, ele ressalta que, nos Estados democráticos, há identificação da postura ativista pela deterioração do exercício da função jurisdicional, que ocorre quando são ultrapassados os limites à criatividade jurisprudencial, com

---

[112] A explicação sobre a inclusão de novos sentidos ao texto constitucional, por uma interpretação evolutiva, é tratada por Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986, p. 45-48) em: FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986.

desdobramentos nas demais funções estatais, sobretudo nas do Legislativo, e agressão ao princípio da separação dos Poderes (RAMOS, 2015, p. 123).

Mais uma das questões por ele tratadas diz respeito à discricionariedade. Segundo aponta o autor, o legislador, em sua atuação, encontra limites nas normas constitucionais, enquanto o juiz, ao compor litígios ou conflitos normativos, depara-se com condicionamentos jurídicos mais intensos, que dizem respeito tanto à totalidade do sistema que opera, como também em relação ao texto. Por isso, há pouca liberdade para o julgador caso o texto de lei seja preciso e objetivo, mas grande se houver a necessidade de preencher uma lacuna. Assim, há, no campo da discricionariedade judicial, relação íntima entre discricionariedade e interpretação. Por isso, faz-se relevante, conforme aponta o autor, que a doutrina indique os limites normativos da discricionariedade judicial (RAMOS, 2015, p. 123-131).

Diante disso, o autor indica que todas as questões indicadas anteriormente permitem definir o ativismo judicial, de modo amplo, ou seja, sem considerar um sistema jurídico específico, embora o conceito indicado por ele, qual seja, do ativismo como o exercício da função jurisdicional que ultrapassa os limites impostos pelo próprio ordenamento, que atribuiu ao Judiciário a atuação para solução de litígios de feições subjetivas e de controvérsias jurídicas de natureza objetiva, aproxime-se mais dos sistemas de família romano-germânica (RAMOS, 2015, p. 131).

Nota-se, mais uma vez, que o conceito de ativismo está ligado à atuação judicial: que ultrapassa as barreiras legalmente previstas; que é expansiva, ou seja, busca remarcar o espaço de atuação frente aos demais Poderes.

As concepções e critérios caracterizadores de ativismo judicial anteriormente tratados, extraídos da obra de constitucionalistas brasileiros e também de autores colombianos, nortearão, no próximo tópico, a discussão sobre como pode ser caracterizada a atuação do STF e da CCC no controle preventivo de constitucionalidade de emendas constitucionais ou de leis convocatórias de referendo. Ressalta-se que a caracterização partirá das concepções e noções tratadas pelos autores Júlio Grostein, Flávia Santiago Lima, Manuel Aragón Reyes, Pablo Rivas-Robledo, Jorge Mejia Turizo e Alejandro Martinez Caballero, visto que essas permitem vislumbrar melhor, nesta pesquisa comparada, questões específicas relacionadas à atuação do STF e da CCC, como, por exemplo, a interpretação conferida a um determinado dispositivo constitucional e a inovação em relação ao já disposto no ordenamento jurídico e a interação com os demais Poderes.

No entanto, antes de tratar da atuação do STF e da CCC, serão abordadas as definições ou concepções da expressão “autocontenção judicial”, também denominada de autorrestrição, autocomedimento ou autolimitação na literatura.

4.1.2 Autocontenção judicial

Júlio Grostein (2021, p. 44) aborda os traços caracterizadores de uma postura judicial autocontida. Para o autor, a conduta autocontida se trata de um comportamento que acarreta uma restrição, uma abstenção, e pode se dar pela escolha por não ir além, por agir com redução do poder normativamente permitido pelo ordenamento jurídico aos órgãos judiciais. Assim, o primeiro traço distintivo da autocontenção pode ser verificado pela opção, por parte do julgador, de não atingir todas as potencialidades que lhe são permitidas.

Mas, além disso, Grostein (2021, p. 44-46) indica que a autocontenção também qualifica comportamentos judiciais ligados às noções de “(...) humildade, respeito, tolerância, cautela, parcimônia, prudência, modéstia, desconfiança quanto à própria capacidade, moderação, desprendimento e sobriedade”, e que pode estar relacionada às seguintes ideias sobre o juiz: daquele que preza pelos valores do governo representativo e do *rule of law;* do atento à figura do legislador negativo de Hans Kelsen; do que adia a decisão ou evita criar o direito; do que promove uma abordagem nos estritos termos do caso concreto; por fim, do que se conforma com seu papel secundário em uma democracia. Assim, o segundo traço distintivo da autocontenção diz respeito à condição unilateral da postura do juiz, para limitar ou reduzir a sua atuação.

Por isso, para o autor, a autocontenção judicial relaciona-se à “(...) opção autônoma da autoridade ou órgão judicial por não exercer em sua plenitude as potencialidades de atuação que lhes conferem a Constituição e o ordenamento legal” (GROSTEIN, 2021, p. 49). Com isso, restam excluídos do conceito de autocontenção as circunstâncias normativas externas que colocam limites à atuação judicial, assim como interpretações de disposições normativas. O ponto central na definição da autocontenção, segundo o autor, trata-se da própria vontade dos juízes, e possui, portanto, um caráter endógeno (GROSTEIN, 2021, p. 49).

Nota-se, portanto, que, caso se adotem os critérios apontados pelo autor anteriormente mencionado, interessa, para identificação da postura judicial autocomedida, apenas os aspectos relacionados à própria opção do órgão julgador, e não circunstâncias externas a essa vontade, como limitações impostas por normas, por exemplo.

Noção semelhante foi localizada na literatura colombiana. Sobre isso, Manuel Cepeda-Espinosa (2004, p. 674) aborda forma de autocontenção utilizada pela CCC, que ocorre quando a própria Corte impõe limites ao seu *status* institucional. Quando isso ocorre, suas decisões ou poderes ficam com o alcance limitado. Exemplo disso pode ser verificado quando a CCC não atribui efeitos obrigatórios de suas opiniões a outros juízes, ou no caso da doutrina de *vías de hecho*, em que a CCC estabeleceu que só poderia reformar decisões judiciais, por meio de ação de tutela, nos casos em que as decisões estivessem em total oposição à lei, o que limitou o poder do Tribunal de revisar o trabalho de outros juízes em processos criminais, trabalhistas, civis ou administrativos.

Observa-se, desse modo, que os exemplos anteriormente mencionados, relacionados à CCC, indicam uma atuação contida, verificada diante da opção de não utilizar de todo o espaço de atuação que lhe é conferido pelo ordenamento jurídico.

Existem conceitos e expressões que, embora próximos, distinguem-se da autocontenção judicial. Sobre isso, Júlio Grostein (2021, p. 49-50) indica que deve ser excluído da noção de autoconteção judicial algumas expressões que lhe são afins. Uma delas é a de "virtudes passivas", cunhada pelo autor Alexander Bickel. Pela noção de "virtudes passivas", propõe-se a adoção de comportamentos restritivos, para que a Corte não se pronuncie acerca de uma questão quando ela ainda não estiver suficientemente madura junto à sociedade.

Para Alexander Bickel, a Corte, caso enfrente uma questão sobre a qual ainda não tenha ocorrido um debate na sociedade, deve adiar o julgamento da ação até que a questão seja amadurecida. Para isso, o autor defendia o uso de alguns mecanismos pela Corte, tais como *ripness* (reconhecimento da falta de maturidade da causa para seu julgamento), *motness* (reconhecimento da perda do objeto da ação) e outros (BICKEL, 1986, p. 111-198).

Assim, segundo aponta Grostein, não há coincidência entre as "virtudes passivas", tratadas por Bickel, com a autocontenção judicial, pois as primeiras atuam como causa, enquanto a segunda como efeito (GROSTEIN, 2021, p. 51). Com isso, o autor busca demonstrar que a escolha do agir estratégico do Tribunal, que adota as "virtudes passivas", é o que daria causa à autocontenção judicial.

Grostein também ressalta não haver identidade entre autocontenção e a noção de "minimalismo judicial", de Cass Sunstein (GROSTEIN, 2021, p. 52-55). Pela perspectiva minimalista de Sunstein, a Corte, nos casos em que deve tomar uma decisão difícil, deve optar por "passos modestos". Isso significa que o Tribunal deve proceder, em seus julgamentos, de

forma superficial, sem tratar das questões com profundidade, e de forma estreita, sem abordar questões amplas, gerais (SUNSTEIN, 2008, p. 02-03).

Por isso, para Grostein (2021, p. 55), o minimalismo configura causa da autocontenção, assim como ocorre com as virtudes passivas. Isso porque a busca por maior segurança na decisão, defendida pela perspectiva minimalista, aproxima-se de uma razão subjetiva que leva à adoção de algum critério de autolimitação judicial.

Observa-se, desse modo, que o autor anteriormente mencionado defende que, ao adotar a perspectiva minimalista e decidir um caso de forma superficial e estreita, o julgador o faz para agir de acordo com algum dos critérios da autocontenção anteriormente tratados (prudência, cautela, moderação etc). Assim, a adoção do minimalismo configura causa da autocontenção judicial, motivo pelo qual as expressões não são sinônimas.

Por fim, Grostein trata de uma terceira expressão afim à autocontenção judicial, mas que com ela não se confunde: o passivismo judicial. Há diferentes conceituações para passivismo judicial. Algumas delas são: a proteção inadequada e insuficiente do processo legislativo; a omissão do Judiciário em efetivar políticas públicas; a ausência de assertividade judicial no que diz respeito à "neutralidade" e "quietismo"; a decisão que se baseia apenas na interpretação de perfil positivista liberal; por fim, a categoria extrema daquilo que seria o oposto do ativismo judicial, ou seja, da autocontenção. Caso se adote a descrição de passivismo sob a perspectiva de um juiz "quieto", é possível adotá-la como sinônimo de autocontenção, pois isso estaria relacionado a um agir restrito não determinado por norma jurídica. Contudo, o passivismo, quando compreendido como posição extrema da autocontenção, representa uma crítica ao juiz autocontido, com um caráter negativo da noção de autocontenção judicial (GROSTEIN, 2021, p. 59-62).

Diante de tais diferenciações, é possível observar que a autocontenção está relacionada à própria opção do julgador ou do Tribunal em não atuar em toda a extensão que a Constituição e o ordenamento legal lhe permitem. A partir dessa definição, é possível verificar que diversas ideias que se aproximam da autocontenção judicial – tais como de limites externos à atuação judicial impostos por lei, as noções de "virtudes passivas" e de "minimalismo judicial", que figuram como causas para adoção da postura autocontida, e, ainda, de "passivismo judicial", que, em uma de suas formas, pode representar uma crítica a uma postura extremamente autocontida – passam a ser distinguidas da concepção.

Para retratar as posturas de autocontenção, Grostein (2021, p. 89-94) menciona algumas criações jurisprudenciais e critérios processuais utilizados pelas cortes do Brasil e dos

Estados Unidos. A primeira criação jurisprudencial por ele mencionada é a teoria das questões políticas[113], pela qual o Judiciário deve evitar casos que tratem de questões sensíveis, em que os impactos de sua decisão sejam elevados. Segundo aponta o autor, a Suprema Corte estadunidense utiliza essa teoria há bastante tempo, para não interferir em questões que versem sobre a validade dos atos do Congresso. O STF também utiliza desse expediente desde os primeiros anos de sua atuação, por influência do direito norte-americano. Importante destacar que as questões políticas chegaram a figurar como limite à atuação judicial nas Constituições brasileiras de 1934[114] e 1937[115], contudo, esse limite foi suprimido nos textos constitucionais posteriores e, hoje, figura apenas como limite endógeno à função judicial.

Como exemplo do uso dessa teoria, é citado, a respeito do direito norte-americano, o caso *Oetjen v. Central Leather Compan*[116], julgado em 1918, em que a Corte indicou que não poderia apreciar a demanda, pois teria que se manifestar sobre quem seria soberano em um território estrangeiro, localizado no México, o que seria uma questão política. Em relação ao Brasil, é mencionado o HC nº 72.851[117], em que o STF decidiu que a decisão sobre a expulsão de estrangeiro, após prisão pelo crime de tráfico de drogas, configura ato de competência exclusiva do Presidente da República, de modo que não a revogação desse ato não cabe ao Tribunal (GROSTEIN, 2021, p. 101-106).

Não foi identificada, nesta pesquisa, discussão na literatura colombiana acerca do uso das "questões políticas" pela CCC. Foi localizado, entretanto, na *Sentencia* C-332/17[118],

---

[113] Embora o autor mencione a referida teoria, ele destaca que nem sempre o uso das questões políticas configura autocontenção. É possível que, para o seu uso, concorra alguma norma positivada, de forma que não haveria, então, apenas a opção do julgador por uma postura contida (GROSTEIN, 2021, p. 137).

[114] No texto constitucional de 1934, constava o seguinte dispositivo: "Art 68 - É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas" (BRASIL, 1934).

[115] Na Constituição de 1937, houve repetição do limite imposto na Constituição anterior, de 1934, no que tange ao julgamento de questões políticas: "Art 94 - É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas" (BRASIL, 1937).

[116] A referida ação, conforme pontuado por Grostein (2021, p. 102-103), envolvia disputa comercial entre cidadãos mexicanos e norte-americanos e demandara o reexame do ato de um estado soberano por outro, o que causaria tensão entre os dois governos.

[117] Nesse HC, impetrado por Cristiano de Freitas Fernandes em favor do paciente Jorge Camilo Monroy Cubillos em face do Presidente da República, apontado como autoridade coatora, o Tribunal indeferiu o pedido de expulsão e cassou a liminar concedida. Os autos podem ser acessados por meio do link: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1618765. Acesso em 11 out. 2022.

[118] Na decisão, foi indicado o seguinte: "As tensões decorrentes da divisão de poderes entre o legislador, e neste caso, o constituinte derivado, e os Tribunais Constitucionais, têm sido resolvidas pela jurisprudência estrangeira recorrendo a princípios como a autocontenção judicial, "questões políticas" (questões políticas), entre outros. Este conceito refere-se ao fato de que os membros dos Tribunais Constitucionais devem restringir o poder das corporações a que pertencem, quando não existem limites externos". Tradução livre desta autora. No original: "Las tensiones derivadas del reparto de competencias entre el legislador, y en este caso el constituyente derivado, y los Tribunales Constitucionales, han sido resueltas por la jurisprudencia foránea acudiendo a principios tales como la autocontención judicial (judicial self-restraint), las "cuestiones políticas" (political questions), entre otras. Ese concepto hace referencia a que los miembros de las Cortes Constitucionales deben restringir el poder de las corporaciones a las que pertenecen, cuando son inexistentes los límites externos" (COLÔMBIA, 2017).

proferida pela Corte, menção às questões políticas. Na sentença, a construção foi mencionada como princípio tratado pela jurisprudência estrangeira para solucionar questões de tensão na repartição de competências entre o legislador ou constituinte derivado e os Tribunais Constitucionais (COLÔMBIA, 2017).

Observa-se, desse modo, que a teoria das questões políticas se trata de criação jurisprudencial que permite o exercício da autocontenção pelos Tribunais. Nota-se que a Suprema Corte dos Estados Unidos e o STF fazem uso dessa doutrina, e que durante esta pesquisa, foi localizada decisão da CCC que faz menção às questões políticas como princípio abordado na jurisprudência estrangeira.

Outra construção utilizada para não exercer em plenitude a jurisdição é a presunção de constitucionalidade. A esse respeito, observa-se que o autor norte-americano James Thayer elaborou texto apontado como central no estudo do tema[119]. Nesse texto, o autor indica que, para que se declare a inconstitucionalidade de uma lei, é necessária a presença de um erro tão claro na decisão do legislador a ponto de não deixar espaços para dúvidas ou questionamentos acerca da sua existência (THAYER, 1983, p. 143-144).

Grostein aponta que esse instrumento foi utilizado no caso *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*[120], julgado perante a Suprema Corte dos Estados Unidos. Nele, foi indicado, por meio do voto concorrente do *justice* Brandeis, que a invalidade do acordo firmado com uma agência do governo federal deveria ser clara, em razão da presunção de constitucionalidade operada em favor de uma lei. Já no direito brasileiro, também é possível notar o uso dessa construção. Exemplo desses usos de deram no Agravo Regimental em RE nº 1.083.955[121], em que o STF adotou posição deferente à Administração Pública ao indicar que sanções aplicadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE eram legítimas, com a indicação que o Judiciário possui reduzida *expertise* para controle das escolhas políticas relacionadas à regulamentação econômica; e na ADI nº 4.066[122], em que o Ministro Luiz Fux aplicou a noção, em seu voto, ao reconhecer a falta de *expertise* do Tribunal para julgar sobre a exploração

---

[119] THAYER, James Bradley. **The origin and scope of the American doctrine of constitutional law**. Harvard Law Review, v. 7, n. 3, p. 129-156, 1893.

[120] Nesse caso, conforme pontuado por Grostein (2021, p. 154), acionistas minoritários de uma empresa, com poder de voto, buscavam impedir a execução de um contrato celebrado com uma agência do governo federal norte-americano. Para impedir essa execução, era alegada a inconstitucionalidade da avença.

[121] Nesse caso, Cacol Combustíveis para Veículos Ltda. figurou como agravante e o CADE como agravado. Os autos podem ser acessados por meio do link: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5287514. Acesso em 11 out. 2022.

[122] A ADI foi proposta pela Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho – ANPT e Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA. Os autos podem ser acessados por meio do link: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2607856. Acesso em 11 out. 2022.

comercial de produto que oferecia riscos à saúde humana, com a indicação, inclusive, da obra de Thayer (GROSTEIN, 2021, p. 169-173).

No que tange à Colômbia, verifica-se que havia, no próprio ordenamento jurídico, dispositivo legal que tratava da presunção de constitucionalidade das leis posteriores à Constituição: a *Ley* 153 de 1887[123]. Contudo, o referido ato foi derrogado pelo art. 40 do *Acto legislativo* 3 de 1910[124], que estabelece que, em caso de incompatibilidade entre a Constituição e a lei, a preferência será dada à primeira. Embora não haja mais disposição legal nesse sentido, verifica-se que a presunção de constitucionalidade é tratada pela literatura colombiana e mencionada, em alguns casos, pela CCC.

Nesse sentido, observa-se que David Mendieta González e Mary Luz Tobón Tobón (2018, p. 78) indicam que a não aplicação de uma norma considerada inconstitucional trata-se de medida de caráter excepcional, pois isso contradiz a presunção de constitucionalidade das normas jurídicas. Como exemplo da aplicação da teoria na CCC, os autores citam o caso da *Sentencia* T 808 de 2007[125], pois, nele, foi indicado que, para que haja declaração de inconstitucionalidade, a contradição entre as normas constitucionais e legais deve ser evidente e, além disso, devem existir decisões anteriores no sentido da declaração de inconstitucionalidade (MENDIETA, 2017, p. 188-189).

Assim, o uso da noção de presunção de constitucionalidade permite ao julgador alcançar uma postura contida. Tal noção encontra-se presente tanto nos Estados Unidos como no Brasil, conforme indicado por Grostein, e também na Colômbia, conforme apontado anteriormente, e é utilizada pelos tribunais dos três países.

Por fim, Grostein trata de mecanismos que limitam o acesso à jurisdição das Cortes, e que, portanto, permitem a autocontenção judicial. Nos Estados Unidos, tais mecanismos podem ser verificados pelas barreiras impostas à apreciação do mérito das demandas criados pela

---

[123] ARTÍCULO 6. Derogado por el Art. 40, Acto legislativo 3 de 1910. El texto original del artículo es el siguiente: Una disposición expresa de ley posterior á la Constitución se reputa constitucional, y se aplicará aun cuando parezca contraria á la Constitución. Pero si no fuere disposición terminante, sino oscura ó deficiente, se aplicará en el sentido más conforme con lo que la Constitución preceptúe (COLÔMBIA, 1887).

[124] Artículo 40. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán preferencia las disposiciones constitucionales (COLÔMBIA, 1910).

[125] Trata-se de ação de tutela proposta por Jame Adolgo García para discutir sua demissão de um órgão público. A tutela requerida foi negada. A decisão pode ser acessada através do link: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-808-07.htm. Acesso em 21 out. 2022.

própria Corte. Exemplos desses mecanismos são a *ripeness*[126], *mootness*[127] *e standing*[128]. Já no Brasil, é possível mencionar os seguintes instrumentos processuais utilizados pelo STF para limitar o acesso à Corte: a exigência de pertinência temática para aferição de legitimidade na propositura das ações de controle de constitucionalidade concentrado e abstrato; a necessidade de prequestionamento para admissibilidade do RE; a vedação de análise de matéria de fato e de rediscussão de provas por meio do RE; e o pressuposto de existência de controvérsia judicial relevante na ação declaratória de constitucionalidade (GROSTEIN, 2021, p. 209-260).

Nesse mesmo sentido, ainda em relação ao Brasil, verifica-se que Flávia Santiago Lima e José Mário Wanderley Gomes Neto (2018, p. 223) indicam outros argumentos jurídicos que podem auxiliar a Corte a justificar a sua conduta, seja ela ativista ou autocontida. Alguns desses argumentos são: a discussão sobre o âmbito de competência originária da Corte, em que a Corte repele as tentativas de ampliação de sua competência originária estabelecida pelo art. 102, incisos I, alíneas "a" a "r", II, "a" e "b", e III, "a" a "d"; o requisito da subsidiariedade para a ADPF, firmado em jurisprudência do STF, pelo qual só são admitidas ADPFs quando não for possível sanar a lesividade do preceito fundamental por outro meio; o reconhecimento da perda de objeto quando, no controle concentrado abstrato de constitucionalidade, a norma é revogada ou ocorre a alteração no texto constitucional durante a tramitação do processo; o reconhecimento de ilegitimidade superveniente nos casos em que, após o ajuizamento de procedimento de controle concentrado de constitucionalidade, houve perda do mandato parlamentar.

No que tange à Colômbia, Vicente F. Benítez-R (2021, p. 04) indica que, nas *actio popularis*, que permitem que qualquer cidadão tenha acesso à Corte para obter a declaração de inconstitucionalidade de uma legislação ou emenda constitucional, a CCC utiliza do controle do tempo para proferir decisões, o que lhe confere a possibilidade de mitigar tensões, adiar decisões e julgar apenas quando a controvérsia estiver melhor resolvida fora do Tribunal[129].

---

[126] *Ripeness* relaciona-se à ideia de que a causa já está madura para julgamento. Trata-se de requisito criado para garantir que os pedidos levados ao Judiciário não tratem de contingências especulativas futuras, mas sim digam respeito a litígios concretos (GROSTEIN, 2021, p. 216).

[127] *Mootness* é uma técnica utilizada para rechaçar ações sem controvérsias atuais, ou seja, que tratem de questões já prejudicadas (GROSTEIN, 2021, p. 219).

[128] *Standing* é utilizada pela Suprema Corte para verificar se uma parte possui interesse suficiente em uma demanda para obter a resolução judicial dela (GROSTEIN, 2021, p. 224).

[129] O autor ressalta, no entanto, que, de modo geral, a CCC assumiu postura centralizadora nas *actio popularis*, pois, de modo geral, não impôs barreiras a essa forma de controle, tais como arquivamento de casos em que julgasse não ter competência para decidir sobre o assunto, assim como pelo não preenchimento dos requisitos previstos em lei ou, ainda, pelo reconhecimento da inexistência de litígio anterior para acessar a Corte (BENÍTEZ-R, 2021, p. 04).

Observa-se, desse modo, que algumas construções permitem às cortes uma atuação autocontida. Exemplos dessas construções são a doutrina das questões políticas, aplicada pela Suprema Corte dos Estados Unidos e STF e mencionada pela CCC; a presunção de constitucionalidade, aplicada pelos tribunais dos três países ora tratados; e, por fim, instrumentos processuais e argumentos jurídicos, que existem nos três países tratados, mas diferem quanto aos nomes e forma de aplicação.

Outra autora que trata da autocontenção judicial é Flávia Santiago Lima (2014, p. 212), que entende que, assim como o ativismo, a autorrestrição deve ser analisada pelos eixos institucional e metodológico, mencionados anteriormente. Segundo aponta a autora, a autocontenção se configura, pelo eixo institucional, quando há o reconhecimento, por parte do Judiciário, da competência das demais agências estatais. Já pelo eixo metodológico, essa se configura quando há adequação aos parâmetros de atuação estabelecidos pela teoria jurídica aos tribunais, embora isso não signifique aprovação da decisão.

Por isso, é possível apontar que, de acordo com o indicado pela autora anteriormente mencionada, a compreensão sobre a noção de autocontenção judicial, tal como a de ativismo judicial, necessita que sejam investigados o discurso jurídico e as metodologias nele empregadas, assim como os aspectos relacionados ao plano institucional. Exemplos desses aspectos institucionais são, por exemplo, o tempo decorrido entre propositura da ação e apreciação da liminar e/ou o julgamento meritório, a influência das regras procedimentais no resultado da deliberação, dentre outros.

Por fim, menciona-se, ainda, a noção de autorrestrição tratada por Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2012, p. 164-165): trata-se de um conceito com diversas dimensões[130], pois diversas condutas das cortes podem ser consideradas restritivas de seus poderes decisórios; em seu sentido clássico, tem como núcleo uma postura de deferência aos demais Poderes; com a ampliação do sentido clássico, relaciona-se, também, a hipóteses de retração do poder judicial como estratégia, para preservar prestígio institucional das cortes ou assegurar a sua funcionalidade.

Deste modo, a partir das concepções de ativismo e autocontenção judicial anteriormente tratadas, assim como dos exemplos de suas manifestações, o tópico a seguir será dedicado a classificar como tem se dado a atuação das cortes brasileira e colombiana no exercício do controle preventivo de constitucionalidade dos atos reformatórios dos textos

[130] Pode ser verificada a natureza da restrição utilizada, ou seja, se procedimental ou substantiva, e, ainda, o propósito da conduta judicial autocontida (CAMPOS, 2012, p.165).

constitucionais de seus países, para indicar se, nesse exercício, os tribunais atuam de forma ativista ou autocontida.

Destaca-se, no entanto, que a noção de autocontenção judicial tratada pela autora Flávia Santiago Lima, que indica a necessidade de analisar aspectos relacionados aos eixos institucional e metodológico para caracterização da autorrestrição, guiará, no próximo tópico, a classificação anteriormente mencionada, por ser a que, neste estudo comparado, melhor permite vislumbrar questões que levam à confirmação (ou não) da atuação autocontida dos tribunais, tais como a interação com os demais Poderes, a interpretação empregada na decisão e outras.

4.2 Atuação dos Tribunais no controle preventivo dos atos reformatórios da Constituição

Neste tópico, a atuação do STF e da CCC no controle preventivo de constitucionalidade de atos reformatórios da Constituição, representada pelo exposto nos capítulos “2” e “3” desta pesquisa, será examinada frente às concepções de ativismo e autocontenção judicial tratadas no tópico anterior deste capítulo.

Em relação à atuação do STF no controle preventivo de emendas constitucional, observa-se que, no segundo capítulo desta pesquisa, foi indicado que o Tribunal assumiu essa forma de controle por meio de construção constante no voto de um ministro. Essa construção se deu no MS nº 20.257/DF, pelo voto do ministro Moreira Alves, que não atuou como relator no caso. Desde então, o Tribunal tem exercido essa competência, criada de forma individual, pelo voto de um ministro, de modo a reafirmar sua competência para analisar a constitucionalidade de PECs e projetos de lei.

Sobre o exercício desse controle, foi possível verificar também que o Tribunal nunca invalidou as propostas de modificação do texto constitucional. Embora não tenha invalidado nenhuma PEC, foi possível observar que, em alguns dos casos analisados nesta pesquisa, ministros apresentaram votos com tendências expansivas, para que questões hoje não apreciadas pelo STF nesse controle, tais como matérias *interna corporis* e o exame de conteúdo das propostas, passassem a ser examinadas pelo Tribunal.

Diante disso, é possível notar que tanto a assunção de competência não prevista no texto constitucional, como a não invalidação das propostas submetidas à análise do Tribunal, são questões centrais no que diz respeito ao controle de constitucionalidade preventivo exercido no Brasil. Por isso, essas duas questões serão analisadas, a seguir, para classificação da atuação do STF, no controle preventivo de ECs, como ativista ou autocontida. As manifestações

individuais com tendências de ampliação do poder da Corte não serão objeto de exame, pois tal análise estenderia demasiadamente esta pesquisa.

Em relação à primeira questão, de o STF ter assumido competência não prevista no texto constitucional para controle preventivo de emendas constitucionais, verifica-se que, ao permitir a impetração de mandado de segurança por parlamentar para impedir ou obstaculizar o trâmite de proposta de emenda constitucional, um ministro, individualmente, criou modalidade de controle de constitucionalidade não prevista na Constituição, conduta posteriormente ratificada pelo Tribunal, que continuou a exercer o controle preventivo de emendas pela via do MS.

É possível relacionar esse ato a uma das concepções de ativismo judicial mencionadas anteriormente, da criação do direito. Tal concepção é tratada na literatura brasileira por Júlio Grostein (2016, p. 55-57), que indica que o ativismo judicial por essa concepção ocorre quando há inovação no direito, por parte do julgador, fora daquilo estabelecido pelo constituinte ou legislador. Assim, a conduta do juiz que cria direito pode ser considerada ativista.

Essa concepção de ativismo judicial também foi identificada na literatura colombiana, tratada nos textos dos autores Jorge Mejia Turizo e Roberto Pérez Caballero (2015), que alertam sobre hipóteses em que há abertura para uma atuação arbitrária por meio da criação do direito, como em temas políticos, por exemplo. Além dos autores mencionados, Pablo Rivas-Robledo (2022) também trata dessa concepção de ativismo em relação às “normas de competência”.

Diante dessas concepções, é possível apontar que o STF incorreu na criação do direito no MS nº 20.257/DF, ao assumir o controle preventivo de constitucionalidade de emendas constitucionais. Isso porque o STF, por meio de construção jurisprudencial, passou a admitir que a constitucionalidade de propostas de emendas constitucionais fosse examinada não perante as CCJC, local estabelecido pelo legislador, no RICD e RISF, como próprio para esse tipo de exame, mas sim perante o próprio Tribunal. Com isso, o Tribunal criou forma de controle de constitucionalidade distinta daquelas estabelecidas pelo constituinte e reguladas pelo legislador.

Mas, além disso, a criação judicial do direito também se nota em relação às normas de competência anteriormente tratadas, visto que é possível verificar que, por meio do caso, houve a ampliação do disposto no art. 102 da CF/88, que estabelece as competências do Tribunal, por construção jurisprudencial.

Deste modo, é possível classificar a atuação do Tribunal no MS nº 20.257/DF, em relação à assunção de competência não prevista no texto constitucional brasileiro, como ativista,

a partir da concepção de criação judicial do direito, tratada tanto pela literatura brasileira, como pela colombiana.

Porém, convém destacar, ainda, que a noção de ativismo sob os eixos jurisdicional e metodológico, tratadas por Flávia Santiago Lima (2014, p. 273-279), também permite a classificação da conduta de assumir competência não prevista no texto constitucional para controle preventivo de emendas, por parte do STF, como ativista.

A caracterização do ativismo pelo eixo jurisdicional, conforme mencionado anteriormente, ocorre quando os tribunais não se mantêm dentro dos limites jurisdicionais e buscam, com isso, concentrar poder decisório. Para que o ativismo pelo eixo jurisdicional reste caracterizado, a declaração de inconstitucionalidade não se mostra imprescindível, pois outros atos podem caracterizá-lo, tais como a substituição de um ato de outra instância de poder pelo Judiciário.

Por isso, nota-se que, ao permitir o questionamento de proposta de emenda constitucional, com a criação de nova forma de controle de constitucionalidade, o Tribunal, para além de não atuar dentro dos limites legal e constitucionalmente impostos, conseguiu alcançar uma nova competência que pertenceria a outro ramo do Poder. Com isso, o STF incrementou seu poder decisório, pois alcançou mais uma hipótese em que pode exercer o controle de constitucionalidade.

Faz-se necessário destacar ainda que, no voto do Ministro Moreira Alves no MS nº 20.257/DF, foi afirmada a supremacia judicial, aspecto que Flávia Santiago Lima destaca como relevante para classificação da atuação judicial como ativista. Nota-se que o Ministro indicou que o Judiciário se encontra “acima dos demais Poderes” no que diz respeito à guarda e à preservação da CF. Por isso, também sob tal aspecto, é possível observar o ativismo judicial na atuação do STF em relação ao controle de PECs.

Já sobre o eixo metodológico, convém destacar que “(...) o uso seletivo – dentre as diversas ‘metodologias disponíveis’ – apenas dos aspectos que incrementam o poder decisório da corte, em prejuízo da efetiva apreciação dos casos, é objeto de censura” (LIMA, 2014, p. 274). Assim, o ativismo pelo eixo metodológico ocorre quando o Tribunal elege um método interpretativo para que, com isso, consiga aumentar o seu próprio poder.

Esse uso seletivo de aspectos que incrementam o poder decisório do STF pode ser observado no MS nº 20.257/DF. No caso, o Ministro Moreira Alves indicou, em seu voto, que a palavra “deliberação”, constante em dispositivo da Constituição de 1967, deveria ser interpretada como sinônimo de “votação”, para que, assim, fosse possível conferir ao Tribunal

a oportunidade de exercer o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais previamente.

Destaca-se que, nesse mesmo caso, os demais ministros entenderam que o controle deveria incidir apenas em momento posterior, quando aprovada a emenda, ou, ainda, que teria de ser reconhecida a prejudicialidade do pedido, pois a PEC já tinha sido deliberada e promulgada perante o Congresso Nacional. Tem-se, portanto, que o Ministro Moreira Alves empregou método interpretativo distinto dos demais Ministros, com a intenção de ampliar os poderes da Corte.

Observa-se assim que, a partir das concepções e exemplos de ativismo judicial anteriormente tratados, o STF, ao assumir o controle preventivo de constitucionalidade de emendas constitucionais no MS nº 20.257/DF, teve uma atuação ativista, visando a aumentar seu poder decisório.

Já a segunda questão apontada como principal no que diz respeito ao controle de constitucionalidade preventivo exercido pelo STF, qual seja, a não invalidação das PEC, pode ser analisada a partir da noção de autocontenção judicial sob os eixos institucional e metodológico, tratada por Flávia Santiago Lima.

Sobre isso, observa-se o seguinte: o Tribunal, em seus próprios julgados, reconhece que a invalidação da PEC seria providência que implicaria em uma excessiva intervenção na esfera de outros ramos. Esse reconhecimento por parte do Tribunal traz à tona a noção de autocontenção sob o eixo institucional, pelo respeito à competência dos demais poderes, especificamente no que diz respeito ao aperfeiçoamento e deliberação acerca das propostas de emendas constitucionais.

Além do anteriormente indicado, verifica-se que, ao não invalidar os atos dos demais poderes, especificamente do poder constituinte reformador, o STF também se adéqua aos parâmetros estabelecidos pela teoria jurídica para a atuação judicial em relação aos demais ramos do Poder, de modo que também é possível identificar a autocontenção sob o eixo metodológico.

Assim, observa-se que a atuação do STF, no controle preventivo de emendas constitucionais, pode ser classificada como ativista em relação à assunção de competência não prevista no texto constitucional, tanto pela concepção de ativismo pela criação de direito, tratada por Júlio Grostein e pelo autor colombiano Pablo Rivas-Robledo, como pela noção de ativismo pelos eixos metodológico e institucional, tratada por Flávia Santiago Lima, como também autocontida no que diz respeito a não invalidação das PECs, o que pode ser verificado

pela noção de autocontenção judicial pelo eixos institucional como metodológico, tratada pela autora anteriormente mencionada.

Em relação à atuação da CCC, verifica-se que, no terceiro capítulo desta pesquisa, foi indicado que a Corte não precisou assumir o controle de constitucionalidade preventivo de emendas constitucionais, pois a CP/91 prevê que ela pode exercer o controle de constitucionalidade dos atos reformatórios da Constituição antes de sua aprovação, o que ocorre no caso de controle da lei convocatória de referendo para modificação do texto constitucional.

Sobre esse controle, estabelecido no art. 241, numeral 2, da CP/91, foi destacado que o constituinte estabeleceu que a CCC pode examinar apenas vícios de procedimento na formação da lei convocatória de referendo, e que restou afastado, portanto, conforme o texto constitucional, a possibilidade de a CCC analisar a existência de vícios materiais na formação desse ato.

Porém, também foi indicado, no terceiro capítulo, que a CCC desenvolveu teoria que, conforme apontado pela literatura, permite o controle material dos atos reformatórios: a teoria da substituição constitucional. Destacou-se, ainda, que a CCC aponta que tal teoria não é utilizada para controle do conteúdo do ato reformatório da Constituição, mas sim de um vício formal, qual seja, o vício de competência em que pode incidir o poder constituinte reformador.

Por isso, o uso da referida teoria será considerado, nesta pesquisa, como questão central no que diz respeito ao controle de constitucionalidade preventivo das leis convocatórias de referendo exercido na Colômbia, e será analisado, a seguir, para classificação da atuação da CCC como ativista ou autocontida.

O uso da teoria da substituição constitucional no controle das leis convocatórias de referendo pode ser associado à concepção de ativismo judicial pela criação do direito, abordada por Júlio Grostein na literatura brasileira e por Jorge Mejia Turizo, Roberto Pérez Caballero e Pablo Rivas-Robledo na literatura colombiana.

A criação judicial do direito se verifica em relação à teoria da substituição constitucional porque, por meio dessa construção jurisprudencial, a Corte conseguiu alcançar o exame do conteúdo das leis convocatórias de referendo, exame esse que, pela leitura literal da CP/91, não é permitido.

Observa-se, portanto, que com essa teoria, a Corte conseguiu ultrapassar o limite inicialmente estabelecido pelo constituinte originário para o controle das leis convocatórias de referendo, qual seja, o do exame de vícios de procedimento. Com isso, a Corte, ao alcançar o exame dos limites materiais ao poder reformador, não tratado na CP/91, incorreu na criação

judicial do direito, e, por isso, sua atuação pode ser classificada como ativista em razão do uso dessa teoria.

Porém, é possível apontar, ainda, que o ativismo também se configura pela concepção do uso de métodos não ortodoxos de interpretação, identificada na literatura norte-americana por Grostein (2021) e também na literatura colombiana, no texto de Manuel Aragón Reyes (2021).

O ativismo sob essa concepção se verifica porque, caso a Corte realizasse uma interpretação estritamente atrelada ao disposto na CP/91, não seria possível que ela examinasse o conteúdo da lei convocatória de referendo para modificação da Constituição, pois a CP/91 permite apenas a análise dos vícios de procedimento nesse controle.

Sobre isso, Manuel Aragón Reyes (2021, p. 22) aponta o risco de, por meio de interpretação constitucional, ser suplantada a vontade do constituinte. Isso, segundo o autor, pode ocorrer nos casos em que se considera que a Constituição estabelece o oposto do que literalmente estipula.

Nota-se que, com a teoria da substituição constitucional, a CCC empregou interpretação ao art. 241, numeral 2, da CP, para passar a considerar a análise de conteúdo sobre lei convocatória de referendo como um "vício de competência" que o poder constituinte reformador pode incidir. Com essa interpretação, a Corte conseguiu alcançar exatamente aquilo que a CP deixou de fora de seu alcance.

Diante disso, é possível classificar a atuação da CCC, no controle preventivo de constitucionalidade das leis convocatórias em que há o uso da teoria da substituição constitucional, como ativista, o que pode ocorrer tanto pela concepção de criação do direito como também pela do uso de métodos não ortodoxos de interpretação, anteriormente abordadas.

Ressalta-se que a atuação da CCC também pode ser classificada como ativista quando analisada a partir da noção de ativismo pelos eixos institucional e metodológico tratada por Flávia Santiago Lima. A esse respeito, observa-se, em relação ao primeiro eixo, que a partir do momento em que passou a utilizar da teoria da substituição constitucional, o Tribunal deixou de atuar dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos na CP/91, e, com isso, passou a acumular poder decisório no que diz respeito aos atos reformatórios da Constituição.

Sobre o indicado anteriormente, cumpre destacar que: nos três casos de controle de lei convocatória de referendo perante a CCC analisados nesta pesquisa, houve a anulação dos atos de outra instância de Poder, em dois deles, pela utilização da teoria a substituição constitucional; nesses casos, a CCC se colocou como protagonista no debate sobre a constitucionalidade das

leis convocatórias, para dar a última palavra sobre o sentido do texto constitucional, sem se engajar em um processo deliberativo com os demais Poderes.

Já em relação ao eixo metodológico, verifica-se que, dentre as diversas metodologias disponíveis, a CCC definiu, por meio da *Sentencia* C-551 de 2003, que o controle de lei convocatória de referendo para modificação da Constituição demandaria uma "interpretação harmônica" e "sistemática", para considerar não apenas o art. 379 da CP/91 no controle de constitucionalidade, mas também a vontade do constituinte, a legislação infraconstitucional, o Regramento do Congresso e a lei que trata dos mecanismos de participação popular no país.

Mas, além do exposto anteriormente, importante rememorar que, conforme alertam Santiago García-Jaramillo e Francisco Gnecco-Estrada (2016, p. 70), a CCC conferiu natureza distinta ao vício de competência para justificar o controle de conteúdo dos atos reformatórios da CP, pois, quando exerceu a revisão de leis, tratou do vício de competência como um vício material, e quando exerceu o controle dos atos reformatórios, indicou que esse se tratava de um vício de natureza procedimental.

Diante disso, nota-se que, ao utilizar dessas metodologias, a CCC tem o intuito de justificar a revisão que exerce sobre o conteúdo das leis convocatórias de referendo para modificação do texto constitucional. Por isso, o ativismo se configura também pelo eixo metodológico, uma vez que a CCC utiliza de aspectos, nas suas decisões, que incrementam seu poder decisório.

Observa-se, desse modo, que é possível classificar a atuação da CCC no controle das leis convocatórias de referendo para modificação do texto constitucional, em relação ao uso da teoria da substituição constitucional, como ativista.

Tal classificação, no entanto, não tem sentido negativo - aqui, rememora-se apontado pelo autor Carlos Alexandre Azevedo Campos (2012, p. 152-153), que foca na questão de que a decisão judicial ativista não necessariamente pode ser enquadrada como legítima ou ilegítima - nem ignora que a referida teoria, conforme indica Yenny C. Caicedo (2021, p. 32), permite materializar o princípio de freios e contrapesos ao reverter atos com excesso de poder por parte do Executivo e do Legislativo.

No que diz respeito à materialização do princípio de freios e contrapesos, Gonçalo A. Ramírez Cleves (2017, p. 40-41) indica que a doutrina da substituição constitucional é uma boa forma de proteger a democracia constitucional contra a democracia majoritária, quando, por exemplo, se quer usar de maiorias no Congresso para se perpetuar no poder (como ocorreu no caso de reeleição, da *Sentencia* C-141 de 2010) ou para burlar a eficácia das decisões de

constitucionalidade ou favorecer um grupo especial de pessoas sem qualquer justificação constitucional.

Porém, mesmo diante de tal questão, o autor ressalta que se faz necessário utilizar de ferramentas teóricas que limitem o uso da referida doutrina, para implementá-la apenas como *ultima ratio* que protege a democracia constitucional dos abusos da democracia majoritária. O estabelecimento desses novos parâmetros, segundo apontado o autor, pode se dar pela via jurisprudencial, para que, assim, a referida doutrina seja aplicada de forma razoável e ponderada (RAMIREZ-CLEVES, 2017, p. 40-41).

Nota-se que, conforme aponta González-Bertolomeu (2019, p. 140), a CCC, até o momento, conseguiu resistir às críticas ao bloquear reformas baseadas na doutrina da substituição constitucional, porém, ainda assim, na visão do autor, está se colocando em risco, pois pode sofrer com a perda de legitimidade. Nesse cenário, há piora da situação porque a CCC utiliza a doutrina quando as reformas trataram de questões que lhe eram próximas, ou seja, envolviam, ao menos indiretamente, seus próprios poderes ou do Judiciário. Por isso, é necessário que a CCC demonstre que suas decisões não são baseadas em resultados, e a doutrina da substituição dificilmente permite isso.

Assim, diante das questões expostas nos dois capítulos anteriores e das concepções tratadas no primeiro tópico deste capítulo, é possível apontar o seguinte: a atuação do STF no controle preventivo de emendas constitucionais pode ser classificada como ativista em relação à assunção de competência não prevista na CF/88 e contida no que diz respeito a não invalidação das propostas, de modo a confirmar o indicado pela autora Flávia Santiago Lima[131] (2016); já a atuação da CCC, no controle preventivo exercido em relação às leis convocatórias de referendo para modificação do texto constitucional, pode ser classificada como ativista quando utilizada a teoria da substituição constitucional, conforme indicado por autores como Fabio Pulido Ortiz (2011) e Carlos Bernal Pulido (2013).

4.3 Diferenças constatadas no estudo comparado culturalista

No último tópico, as concepções e noções de ativismo e autocontenção judicial tratadas na literatura brasileira e colombiana foram utilizadas para analisar a atuação do STF e da CCC no controle preventivo de constitucionalidade dos atos reformatórios da Constituição. Por essa

[131] Conforme mencionado ao final do segundo capítulo desta pesquisa, Flávia Santiago Lima (2016, p. 324) indica que o STF age com ativismo quanto ao instrumento processual, porém, é possível cogitar de um exercício autocontido em relação ao mérito dos julgados.

análise, foi possível notar as seguintes diferenças em relação aos dois tribunais: a atuação do STF foi caracterizada como ativista em relação a um aspecto e autocontida quanto ao outro, enquanto a da CCC, por ser ativista no uso da teoria da substituição constitucional.

Neste tópico, serão retomados alguns pontos relacionados aos procedimentos metodológicos tratados no primeiro capítulo, para que, assim, seja possível indicar no que a abordagem culturalista contribuiu na consecução desta pesquisa. Após, também será indicado como a abordagem culturalista permitiu identificar e analisar as diferenças em relação à atuação dos dois tribunais estudados.

Um dos primeiros direcionamentos metodológicos de Pierre Legrand, tratado nesta pesquisa, foi o de buscar trabalhar com materiais do país estrangeiro estudado, escritos no idioma do país analisado, pois isso permitiria compreender o que os autores nacionais pensam sobre o direito no outro país.

Por isso, nesta pesquisa, buscou-se ter contato direto com autores colombianos, tanto na área do direito constitucional (RIVAS ROBLEDO, 2022; ARAGÓN REYES, 2021; RAGONE, 2021; BENÍTEZ-R., 2021; CAICEDO, 2020; RAMÍREZ, 2020; APONTE; RODELO, 2021; RAGONE, 2019; VARGAS; ORTIZ, 2018; CÁNDANO PÉREZ, 2018; MENDIETA GONZÁLEZ; TOBÓN TOBÓN, 2018; AMAYA RODRÍGEZ, 2017; JÍMENEZ, 2017; GÁRCIA; SANTANDER; VALDELEÓN, 2017; MENDIETA GONZÁLEZ, 2017; GARCÍA-JARAMILLO; GNECCO-ESTRADA 2016; HIGUERA-JIMÉNEZ, 2016; TURIZO; CABALLERO, 2015; PULIDO, 2013; OSORIO, 2013; HERRERA HERRERA, 2012; PULIDO ORTIZ, 2011; SARRIA, 2007; CEPEDA-ESPINOSA, 2004; CIFUENTES MUÑOZ, 2002; MARTÍNEZ CABALLERO, 2000; CORREA HENAO, 1990), como também de outras áreas, como história (GUISAO-ÁLVAREZ, 2022; PEÑA, 2016), sociologia (GRISALES, 2013; GARRETÓN, 1997) e ciências políticas (MORENO-PARRA, 2018; GIRALDO, 2013; RESTREPO, 1991; CORREA HENAO, 1990).

Com isso, foi possível compreender: a partir dos textos de história, ciência política e ciências sociais, algumas das questões do contexto vivido antes, durante e após a convocação da ANC na Colômbia; pelos textos de autores da área do direito, sobre como foi decidido pela criação da CCC, bem como a forma como a Corte passou a ser vista como “intérprete suprema” da CP/91, a maneira como foi criada a teoria da substituição constitucional, e, por fim, sobre o entendimento dos autores nacionais acerca da aplicação da teoria anteriormente mencionada nos casos de controle dos atos de reforma constitucional.

Nota-se, portanto, que o contato com materiais estrangeiros, não só da área do direito, mas também de outras áreas, permitiu compreender como as questões anteriormente mencionadas foram encaradas pelos atores nacionais à época de sua ocorrência, assim como entender as questões atuais relacionadas ao controle preventivo de constitucionalidade dos atos reformatórios da CP/91, mais especificamente das leis convocatórias de referendo, sem incorrer no problema de adotar a visão de um autor nacional (brasileiro) a respeito desses temas.

Outro direcionamento metodológico tratado na pesquisa foi de que o estudo comparado realizado pela abordagem culturalista deve partir da do texto da lei e das decisões judiciais para, depois disso, tratar de aspectos históricos, sociais, culturais e outros, que lhe sejam relacionados, de modo que, então, seja possível encontrar aquilo que está oculto na lei, ou seja, aquilo que não é dito.

A presente pesquisa, conforme indicado na introdução, partiu das seguintes questões: o controle preventivo de constitucionalidade de emendas constitucionais não é previsto na CF/88, embora seja realizado pelo STF; já na Colômbia, essa forma de controle é prevista na CP/91, porém, é estipulada apenas para que a CCC verifique a existência de vícios formais, o que não tem ocorrido na prática. A investigação, portanto, partiu da letra da lei, ou seja, tratou das competências que (não) estão dispostas nas Constituições.

Após esse ponto de partida, foram tratadas sobre questões externas à lei: como se deu o processo de definição do desenho institucional e das competências do STF e da CCC nos processos constituintes do Brasil e da Colômbia; a construção jurisprudencial dos tribunais brasileiro e colombiano que permitiu a assunção de competências não previstas nos textos constitucionais dos dois países; por fim, sobre as decisões oriundas desses tribunais que reafirmaram essas competências.

O caminho percorrido, descrito acima, permitiu demonstrar como mesmo sem previsão do controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade na CF/88, o STF assumiu e exerce o controle de constitucionalidade de PECs por meio de MS, assim como mesmo diante de expressa previsão que permite apenas o controle procedimental da lei convocatória de referendo pela CCC na CP/91, a Corte assumiu realiza o exame de conteúdo do ato. Além disso, esse mesmo caminho permitiu trazer conclusões a respeito da caracterização do ativismo ou de autocontenção dos dois tribunais nesse exercício.

Outro direcionamento metodológico abordado no primeiro capítulo foi de que nenhuma similaridade ou “fundo comum” precisa ser invocado para se realizar a pesquisa comparada. Esse direcionamento da abordagem culturalista possibilitou, na presente pesquisa,

identificar e tratar das diferenças que os dois países apresentam em relação ao controle preventivo de constitucionalidade de seus atos reformatórios, sem que similaridades fossem forjadas para se chegar em um ponto em comum entre eles.

Por fim, outros dois direcionamentos metodológicos tratados no primeiro capítulo foram empregados e podem ser observados nesta pesquisa. O primeiro é o de respeito à lei estrangeira e do compromisso constitutivo na atribuição de sentido ao direito estrangeiro. Isso, nesta pesquisa, envolveu buscar o contato direto com diversos materiais – como, por exemplo, das Constituições, legislações infraconstitucionais, decisões dos tribunais dos dois países, textos dos autores dos dois países e, ainda, de documentos, como Relatórios, Anteprojetos e Informes produzidos nas ANCs – e a interpretação de todos eles em conjunto. O segundo é o da necessidade de se reconhecer que o comparatista carrega, consigo, uma bagagem ideológica, que influenciará na compreensão das questões do país estrangeiro. Sobre esse direcionamento, ressalta-se que a presente pesquisa se encontra atrelada aos materiais examinados – legislação, textos, decisões, dentre outros –, mas que isso não indica neutralidade da análise realizada, tendo em vista que a autora atribuiu sentindo aos textos de acordo com suas experiências e conhecimentos prévios.

Assim, os pontos anteriormente destacados permitem compreender de que maneira os direcionamentos metodológicos tratados no primeiro capítulo foram utilizados e guiaram a elaboração desta pesquisa. Na sequência, pretende-se indicar de que maneira a abordagem culturalista contribuiu para localizar e analisar a(s) principal(is) diferença(s) na atuação dos dois tribunais estudados em relação ao controle preventivo dos atos reformatórios da Constituição. Para isso, será tratado, inicialmente, sobre as diferenças constatadas, para, depois, indicar a contribuição da abordagem culturalista.

Em relação ao Brasil, verificou-se, nesta pesquisa, que o STF assumiu o controle preventivo de emendas constitucionais ainda no ano de 1980, ou seja, na vigência da Constituição de 1967, em razão do voto do Ministro Moreira Alves do MS nº 20.257/DF, e que a assunção dessa competência caracterizou ativismo judicial, pelas razões expostas no tópico anterior. Porém, mesmo após promulgada a CF/88, a referida forma de controle foi mantida na jurisprudência do Tribunal. No exercício da competência assumida, o STF não invalidou os atos do poder constituinte reformador, de modo a adotar uma postura de contenção no julgamento dos MS postos à sua análise, conforme indicado no segundo tópico deste capítulo.

Sobre o país, foi tratado também sobre a ANC, realizada de 1987-1988 e convocada durante a transição de um governo ditatorial para um democrático, e sobre como, naquele

momento, foi decidido pela manutenção do STF como órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, encarregado do controle concentrado de constitucionalidade, assim como sobre como foram conferidas amplas competências ao STF, com fortalecimento do sistema de jurisdição constitucional e a possibilidade de mover o debate político de sua arena própria, qual seja, o Legislativo, para o Tribunal.

Já em relação à Colômbia, constatou-se que a CCC assumiu o controle de conteúdo das leis convocatórias de referendo, que não lhe foi atribuído pela CP/91, em razão da construção da teoria da substituição constitucional. O uso dessa teoria, conforme destacado no segundo tópico deste capítulo, caracteriza o ativismo judicial. Ressalta-se, em relação às três decisões analisadas nesta pesquisa, que houve a declaração de inconstitucionalidade da lei convocatória de referendo nos três casos, sendo que em dois deles houve a aplicação da doutrina da substituição constitucional.

Também foi tradado sobre a ANC do país, de 1991, convocada como resposta aos problemas enfrentados no país, dentre os quais se encontra o descontentamento com o regime bipartidário instaurado pela Frente Nacional, e da decisão de criar a CCC, a quem foi conferida a qualidade de intérprete suprema da Constituição. No processo constituinte colombiano, tal como ocorrido no brasileiro, também houve o depósito de confiança no Tribunal encarregado do controle de constitucionalidade.

Assim, as principais diferenças localizadas neste estudo são as seguintes: embora os tribunais dos dois países tenham assumido competências não previstas no texto constitucional de seus países, fizeram isso de formas distintas, pois no caso do Brasil não havia nenhuma previsão que permitisse o controle preventivo de constitucionalidade de emendas constitucionais pelo STF, enquanto na Colômbia, havia a possibilidade de o controle ser realizado pela CCC em relação a vícios formais da lei convocatória de referendo; houve a caracterização de ativismo judicial na atuação dos dois países em relação a essa forma de controle, entretanto, por motivos distintos, pois, no caso do Brasil, o STF assumiu controle não definido pelo constituinte, enquanto no da Colômbia, a CCC criou teoria para controlar o conteúdo das propostas, de modo a expandir o controle inicial estabelecido pelo constituinte; houve a caracterização de autocontenção apenas na atuação do STF no controle preventivo de constitucionalidade de ECs.

Em relação a essas diferenças, observa-se que a abordagem culturalista permitiu tratar de todo o caminho percorrido pelos tribunais até essa atuação ativista ou autocontida, ou seja, abordar desde a decisão pela manutenção ou criação dos tribunais durante os processos

constituintes (os quais, para serem analisados, demandaram a análise de questões históricas, políticas e sociais, conforme já mencionado), até a assunção e o exercício da competência não prevista na CF/88 ou na CP/91.

Sobre isso, ressalta-se que foi indicado que, no Brasil, a convocação da ANC de 87-88 ocorreu em um período de transição, de um governo militar, que perdurou de 1964 a 1985, até a normalização democrática e a conquista do Estado social de direito, enquanto na Colômbia, a ANC de 91 também ocorreu em um período de transição, em que houve, pela primeira vez, união para superar questões como o combate ao tráfico de drogas, diminuir a crise política gerada pelo monopólio político bipartidário (pela já mencionada Frente Nacional) e, ainda, a intensificação do conflito armado interno que envolveu uma multiplicidade de atores (guerrilheiros, agentes do Estado e grupos paramilitares) (APONTE; RODELO, 2020, p. 277-278).

Por isso, é possível afirmar que a convocação das constituintes se deu em um período de transição nos dois países, visto que embora a transição para a democracia, neles, tenha se dado em períodos distintos, pois a Colômbia passou pela segunda onda de democratização, enquanto o Brasil tanto pela segunda onda de democratização, pela segunda onda reversa e, posteriormente, pela terceira (HUNTINGTON, 1994, p. 23-34), havia, antes e durante as constituintes, o desejo, em ambos, de romper com um passado que não permitia a plena participação política por parte dos cidadãos, o que, no caso da Colômbia, ocorria em razão das marcas do regime bipartidarista deixado pela Frente Nacional, enquanto no Brasil, pelas marcas da ditadura militar.

A esse respeito, observa-se, inclusive, que, em relação à Colômbia, Héctor Alonso Moreno-Parra (2018, p. 171) indica que a Frente Nacional, como acordo entre os líderes dos partidos tradicionais na Colômbia, foi uma aliança política que, posteriormente, conduziu a uma fase de transição, que embora não se possa identificar como *consociacionalista*[132], teve as características próprias desse tipo de pacto, pois foi concebida para superar uma grave situação de crise, sectarismo político e violência.

A fase de transição anteriormente mencionada também é tratada por Manuel Antônio Garretón (1997, p. 03), que aponta que, naquele momento, operou-se, na sociedade colombiana, um processo de extensão ou profundização democrática de um regime que, antes, era restringido ou semiautoritário. Essa extensão ou profundização, conforme aponta Héctor

[132] Conforme indicado pelo autor, na ciência política, são chamadas de "democracias consociacionais" ou pactos das elites os momentos em que os setores políticos dominantes de um país utilizam para superar suas crises (MORENO-PARRA, 2018, p. 168).

Alonso Moreno Parra (2018, p. 171), deu-se porque a constituinte colombiana foi um acordo politicamente inclusivo, que permitiu a expressão de setores da sociedade civil que até então não tinham presença política e eleitoral, assim como de partidos de oposição e de representantes dos movimentos guerrilheiros desmobilizados, que gerou um texto como produto de diálogos e acordos entre grandes setores da sociedade colombiana na busca da paz (MORENO-PARRA, 2018, p. 171).

Já no Brasil, a transição se nota porque a Constituição surge em contraposição a um regime arbitrário, guiado por atos institucionais e fundamentado na Constituição de 1967 e EC de 1969. Ressalta-se que a ANC de 87-88 produziu um texto que: foi fruto de amplo e intenso processo de conciliação entre as forças políticas que desestruturaram o regime militar e aquelas que o apoiaram e que não foram banidas das estruturas de poder no processo de transição; que, assim como o colombiano, também é elogiado por ter garantido a participação dos múltiplos setores da sociedade. Por isso, é apontado que a constituinte brasileira, ocorrida em um período de transição, teve natureza conciliatória, negociada e compromissária, e que, nela, houve uma grande fragmentação político-partidária, o que exigiu grande esforço de coordenação, que envolveu múltiplos setores com poderes e influência assimétricos (VIEIRA, 2018, p. 126; 107-122).

Nota-se, portanto, que os dois processos constituintes ocorreram em um período de transição nos dois países. Em ambos, decidiu-se, conforme indicado na pesquisa, pelo fortalecimento do sistema de jurisdição constitucional, o que, no Brasil, ocorreu com a criação de mecanismos para acesso à Corte e com a ampliação do rol de legitimados à propositura de ações para discutir a constitucionalidade de leis e atos normativos, e, na Colômbia, pela criação da CCC e estabelecimento de um grande rol de competências.

Deste modo, a abordagem culturalista adotada na pesquisa permitiu tratar dos processos constituintes do Brasil e da Colômbia e, com isso, compreender o distinto caminho que os tribunais seguiram do momento de seu estabelecimento nas ordens constitucionais até a atuação ativista ou autocontida relacionada ao controle preventivo dos atos reformatórios dos textos constitucionais de seus países.

4.4 Conclusões parciais do capítulo

Neste último capítulo, foram abordadas, inicialmente, as concepções empregadas aos termos “ativismo” e “autocontenção judicial”. A discussão a respeito desses termos se deu com base nos textos de autores brasileiros e colombianos e considerou, ainda, algumas questões do

direito norte-americano, que inaugurou e influenciou a discussão a respeito do tema nos demais países.

A partir das concepções, foi apontado o seguinte em relação à atuação dos dois Tribunais analisados nesta pesquisa: a classificação dada pela literatura brasileira a respeito da atuação do STF no controle preventivo de constitucionalidade de ECs, como ativista em razão do exercício de competência não prevista no texto constitucional pelo Tribunal, pode ser confirmada quando examinadas as concepções de ativismo judicial pela criação judicial do direito, tratadas pelos autores Júlio Grostein, Pablo Rivas Robledo, Jorge Mejia Turizo e Roberto Pérez Caballero ou, ainda, pela análise de questões dos eixos metodológico e institucional, tratadas por Flávia Santiago Lima. Porém, também é possível confirmar a classificação do Tribunal como autocontido pela não invalidação das PECs quando se vislumbram aspectos relacionados aos dois eixos citados anteriormente, quais sejam, institucional e metodológico.

Já a classificação da Colômbia como ativista no uso da teoria da substituição constitucional pode ser confirmada pela concepção de ativismo pela criação judicial do direito, tratada pelos autores mencionados no parágrafo anterior, assim como pelo uso de métodos não ortodoxos de interpretação, abordada por Júlio Grostein, Manuel Aragón Reyes e Martínez Caballero ou, ainda, pela análise de aspectos dos eixos metodológico e institucional, abordados por Flávia Santiago Lima.

Diante disso, é possível apontar que algumas diferenças foram localizadas em relação ao controle preventivo dos atos reformatórios nos dois países, dentre as quais se destaca: a ausência da previsão dessa competência no texto constitucional brasileiro fez com que o STF atuasse para alcançar o controle preventivo de ECs por meio de construção jurisprudencial; já a previsão dessa competência no texto constitucional colombiano, para análise da existência de vícios formais na lei convocatória de referendo, fez com que a CCC atuasse para alcançar também a análise de vícios materiais; a atuação do STF pode ser considerada ativista em relação à assunção da competência, mas não em relação ao mérito dos julgados, pela não invalidação das PECs; a atuação da CCC pode ser considerada ativista pelo uso da teoria da substituição constitucional, que lhe permite a análise de conteúdo do ato reformatório.

Em relação às diferenças constatadas, apontadas anteriormente, foi indicado que a abordagem culturalista do direito comparado, por exigir a análise de questões para além da letra da lei, permitiu compreender o caminho que os dois tribunais, STF e CCC, percorreram desde

a sua criação ou estabelecimento até a atuação ativista ou autocontida anteriormente mencionada.

CONCLUSÕES

Os sistemas constitucionais lidam com a questão do controle jurisdicional de constitucionalidade, em seus dois momentos, quais sejam, preventivo e repressivo, de diferentes formas. Nesta pesquisa comparada realizada pela abordagem culturalista, verificou-se que o controle de constitucionalidade jurisdicional preventivo não é tratado pelo texto constitucional brasileiro, embora seja exercido pelo STF, assim como que não há previsão de controle material das leis convocatórias de referendo na Colômbia, embora esse seja exercido pela CCC.

A esse respeito, notou-se que, no caso do Brasil, essa competência foi assumida por construção jurisprudencial. Tal construção iniciou-se com o voto de um só ministro em caso julgado no ano de 1980, o MS nº 20.257/DF, e ganhou novos contornos nos MS que lhe sucederam. Além da questão da assunção da competência, verificou-se nesta pesquisa que, no exercício dessa forma de controle, o STF nunca invalidou uma PEC.

No que diz respeito à Colômbia, foi possível observar que a CCC assumiu a competência do controle material das leis convocatórias de referendo em razão de construção elaborada em sentença proferida no ano de 2003. Essa construção, denominada "teoria da substituição constitucional", foi desenvolvida nos casos posteriores, e, pelo seu uso, a Corte invalidou, por mais de uma vez, atos que tinham o objetivo de reformar a CP/91.

Após constatado como se deu a assunção de competências e o exercício do controle preventivo de constitucionalidade nos dois países, foi possível verificar como as concepções de ativismo ou autocontenção judicial, tratadas nesta pesquisa a partir do indicado em textos de autores brasileiros e colombianos, estão relacionadas com o exercício dessa competência.

Uma das concepções de ativismo judicial tratadas na pesquisa foi a de criação judicial do direito, que, no Brasil, está relacionada à noção de decisão judicial que inova da ordem jurídica, ou seja, vai além daquilo previsto na Constituição ou na legislação infraconstitucional, enquanto na Colômbia, diz respeito à possibilidade de conceder ou ampliar direitos que o ordenamento não contempla ou, ainda, modificar regras de competência.

A referida concepção permitiu confirmar que a atuação do STF, no controle preventivo de constitucionalidade de ECs, é ativista, pois: o Tribunal, por construção jurisprudencial, criou forma de controle de constitucionalidade preventivo, que difere daquela estabelecida na Constituição e regulada em legislação infraconstitucional, exercida internamente no âmbito do Poder Legislativo; o Tribunal também ampliou as suas próprias competências, dispostas expressamente no art. 102 da CF/88.

Essa concepção de ativismo judicial também permitiu confirmar que atuação da CCC, no controle de constitucionalidade das leis convocatórias de referendo, é ativista quando usa da teoria da substituição constitucional, pois, com essa teoria, a Corte consegue realizar a análise substancial das leis convocatórias de referendo, e, em consequência, da própria proposta de reforma constitucional, o que ultrapassa o limite expressamente previsto na CP/91.

Porém, outra concepção de ativismo judicial foi tratada na pesquisa: a do uso de métodos não ortodoxos de interpretação, abordada na literatura colombiana. Tal concepção pode ser verificada quando, diante de temas com amplo grau de abstração ou generalidade, os juízes decidem que o texto da Constituição diz exatamente o oposto do que realmente diz.

Essa concepção também permitiu confirmar que a atuação da CCC no controle de leis convocatórias de referendo, no uso da teoria da substituição constitucional, pode ser considerada ativista. Isso porque, por meio da leitura literal do texto constitucional de 1991, verifica-se que é permitida apenas a análise de vícios formais na lei convocatória, e não materiais, embora a Corte realize o último quando emprega a referida teoria.

Por fim, a confirmação de que as Cortes atuaram com ativismo também se deu pela análise do ativismo judicial pelos eixos metodológico e institucional. Isso porque, no caso do Brasil, o STF: atuou para além dos limites constitucional e legalmente estabelecidos e, com isso, alcançou competência incumbida a outro Poder, para incrementar seu próprio poder decisório; afirmou a supremacia judicial no MS nº 20.257. Já na Colômbia, porque a CCC: empregou interpretação de dispositivos constitucionais que incrementava o seu próprio poder decisório; atuou fora dos limites estabelecidos pela CP/91, com o acumulo de poder decisório no caso do controle dos atos reformatórios; invalidou atos dos demais Poderes; colocou-se como protagonista no debate acerca da constitucionalidade das leis convocatórias de referendo, ao não buscar promover um debate junto aos demais ramos do Poder.

Desse modo, a classificação dada pela literatura brasileira e colombiana à atuação do STF e da CCC no controle preventivo de constitucionalidade dos atos reformatórios da Constituição como ativista pôde ser confirmada a partir das concepções de ativismo judicial indicadas anteriormente.

Porém, foi ressaltado que a atuação do STF no controle preventivo de ECs possui um duplo aspecto: embora o Tribunal afirme essa competência não prevista na CF/88, ele a exerce sem invalidar os atos dos demais Poderes (o que não se notou no caso da Colômbia). Por isso, também foi possível confirmar o apontado na literatura brasileira a respeito da configuração de autocontenção judicial no exercício do controle preventivo de constitucionalidade, a partir da

constatação de aspectos relacionados aos eixos institucional e metodológico, pois: o próprio Tribunal reconheceu que a invalidação de PECs seria providência que implicaria em uma intervenção excessiva na esfera dos demais Poderes; houve adequação aos parâmetros estabelecidos pela teoria jurídica para a atuação judicial, que recomenda uma postura cautelosa no controle de atos que possuem alta carga democrática, como as PECs.

Assim, diante das concepções empregadas às expressões “ativismo” e “autocontenção judicial”, expostas acima, foi possível confirmar que a atuação do STF é ativista pela assunção de competência não prevista no texto constitucional, mas contida em razão da não invalidação das PECs, enquanto a da CCC é ativista pelo uso da doutrina da substituição constitucional.

Com essa constatação, torna-se possível concluir que as duas Cortes agem, pelo menos em relação a algum aspecto do controle preventivo de constitucionalidade, de maneira expansiva. Essa atuação expansiva, conforme observado no decorrer da pesquisa, pode ser explicada pelo papel assumido pelo STF e pela CCC após a decisão tomada no âmbito das constituintes brasileira e colombiana, qual seja, de fortalecer as Cortes que viriam a exercer o controle de constitucionalidade.

Sobre as constituintes, este estudo comparado culturalista ressaltou que ambas ocorreram em um momento de transição política, que, no caso brasileiro, deu-se em razão da transição de um regime ditatorial para um democrático, enquanto no colombiano, pela tentativa de romper com questões do passado, como o regime fechado bipartidarista, que não permitia a ampla participação política. Com isso, foi possível vislumbrar, portanto, que no momento constituinte, em ambos os países, decidiu-se por reforçar o papel das cortes que viriam a exercer o controle de constitucionalidade, e que esse fortalecimento foi um dos fatores que levou a uma atuação mais expansiva, observado, nesta pesquisa, especificamente em relação ao controle preventivo de constitucionalidade dos atos reformatórios.

Portanto, dentre as contribuições apresentadas por esta pesquisa na área do Direito Constitucional Comparado, é possível apontar: a) a comparação entre as constituintes brasileira e colombiana permitiu compreender que ambas se situaram em um período de transição política, a partir da noção advinda da ciência política, e que a análise de tal momento histórico mostra-se indispensável para compreender como o STF e a CCC assumiram papel de destaque na nova ordem constitucional; b) no que diz respeito ao desenvolvimento da jurisprudência para assumir o controle preventivo de constitucionalidade, isso ocorreu, no Brasil, em razão de construção que, primeiro, deu-se de forma individual, e, posteriormente, foi reafirmada pelo Tribunal; c) no que diz respeito à Colômbia, o desenvolvimento da jurisprudência para assunção da

competência se deu por construção feita pela Corte enquanto órgão colegiado; d) no que tange ao exercício dessa competência, o STF a exerce sem que haja previsão na Constituição, porém, não invalida os atos do Legislativo enquanto constituinte reformador; e) a CCC a exerce essa competência fora dos limites constitucionais impostos e já invalidou atos que poderiam levar à reforma do texto constitucional; f) no controle preventivo de constitucionalidade de PECs, a atuação do STF pode ser classificada como ativista, pela assunção de competência não prevista no texto constitucional, a partir da concepção de criação judicial do direito e quando observados aspectos dos eixos metodológico e institucional, porém, autocontida pela não invalidação das propostas, também pela observância de aspectos relacionados aos dois eixos anteriormente tratados; g) a atuação da CCC pode ser classificada como ativista pelo uso da teoria da substituição constitucional, tanto pelas concepções de criação judicial do direito e de uso de métodos não ortodoxos de interpretação, como pela observação de aspectos relacionados aos eixos institucional e metodológico.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito. Democracia e Desconfiança. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho, n. 16, p. 267-281, fev. 2013.

ALVES, Fernando de Brito; BREGA FILHO, Vladimir. Termidorizar a deliberação: o papel das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 11, n. 1, p. 124-134, ago. 2015.

AMAYA RODRÍGUEZ, Carlos. El control constitucional a las reformas constitucionales: El juicio de sustitución constitucional. **Revista de Derecho**, v. 8, p. 65–82, 2017.

ARAGÓN REYES, Manuel. Significado y función de la Corte Constitucional en los 30 años de vigência de la Constitución de Colombia. **Revista Derecho del Estado**, n. 50, p. 11-41, set./dez. 2021.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou Criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 405-440, mai./ago. 2016.

ARRUDA, Ana Luiza Gajardoni de Mattos. **Emendas Constitucionais em Pontos de Veto:** uma Análise do Controle de Constitucionalidade na CCJC e no STF. Dissertação (Mestrado). Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. 105 f. 2021.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, **La Gaceta Constitucional nº 52.** Informe-Ponencia Mecanismo de Participación Democrática, 17 de abril de 1991. p. 9. Disponível em: https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3744. Acesso em 13 jul. 2022.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, **La Gaceta Constitucional nº 53**. Informe-Ponencia Control fiscal. Bogotá, 18 de abril de 1991. p. 19. Disponível em: https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3804. Acesso em 13 jul. 2022.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. **La Gaceta Constitucional nº 01**. Informe de Sesión Inaugural de la Asamblea Constituyente. Bogotá, 05 de fevereiro de 1991. Disponível em: http://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3850. Acesso em 11 jul. 2022.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. **La Gaceta Constitucional nº 13.** Reglamento de la Asamblea Nacional Constituyente. Bogotá, 01 de março de 1991. Disponível em: https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3797. Acesso em 13 jun. 2022.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. **La Gaceta Constitucional nº 68.** Informe-Ponencia Relaciones Internacionales. Bogotá, 06 de maio de 1991. p. 12-16. Disponível em: https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3720. Acesso em 13 jul. 2022.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. **La Gaceta Constitucional nº 81**. Informe de Minoría. Creación de una Corte Constitucional. Bogotá, 24 de maio de 1991. p. 16-24. Disponível em: https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3798. Acesso em 13 jul. 2022.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. **La Gaceta Constitucional nº 92**. Informe de Sesión Plenaria. Bogotá, 09 de maio de 1991. Disponível em: https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll28/id/28/rec/6. Acesso em 11 jul. 2022.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. **La Gaceta Constitucional. nº 42.** Ponencia General los Departamentos. Bogotá, 10 de abril de 1991. p. 24. Disponível em: https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3730. Acesso em 13 jul. 2022.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. Atas das Comissões. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987a. Disponível em: https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup53anc01mai1987.pdf#page=94. Acesso em 12 mai. 2022.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo da Assembleia Nacional**. Subcomissão do Poder Judiciário.** Relatório sobre a Organização do Poder Judiciário e do Ministério Público e Anteprojeto. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987b. Disponível em: https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-114.pdf. Acesso em 30 mai. 2022.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo da Assembleia Nacional**. Subcomissão do Poder Judiciário.** Anteprojeto da subcomissão**.** Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987c. Disponível em: https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-119.pdf. Acesso em 30 mai. 2022.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. **Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias.** Relatório e Anteprojeto. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987d. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade legislativa/legislacao/ConstituicoesBrasileiras/constituicao-cidada/o-processo constituinte/panorama-do-funcionamento/subcomissoes-tematicas/AnteprojetoRelatorv74.pdf. Acesso em 30 mai. 2022.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. **Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias.** Anteprojeto da subcomissão. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987e. Disponível em: https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-77.pdf. Acesso em 30 mai. 2022.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia; NUNES, Dierle; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Controle de Constitucionalidade é Judicial, não Político. In*:*

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia; NUNES, Dierle; BACHA E SILVA, Diogo; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Controle Jurisdicional do Devido Processo Legislativo**: História e Teoria Constitucional Brasileira. Belo Horizonte: Conhecimento, 2018.

BARBOSA, Leon Victor de Queiroz. **O silêncio dos incumbentes:** fragmentação partidária e empoderamento judicial no Brasil. Tese (Doutorado em Ciência Política). Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BARROSO, Luis Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Papel Criativo dos Tribunais: Técnicas de Decisão em Controle de Constitucionalidade. **Revista da AJURIS**, v. 46, n. 146, 2019.

BARROSO, Luís Roberto; OSORIO, Aline. As constituições latino-americanas entre a vida e a morte: possibilidades e limites do poder de emenda. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 19-52, ago. 2019.

BENÍTEZ-R., Vicente F. With a little help from the people: Actio popularis and the politics of judicial review of constitutional amendments in Colombia 1955–90. **International Journal of Constitutional Law**, v. 19, n. 3, p. 1020–1041, jul. 2021.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch:** the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Yale University Press, 1968.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Regimento Interno, estabelecido pela Resolução n. 17, de 1989**. Disponível em: http://www2.camara.gov.br/legislacao/regimentointerno.html. Acesso em: 30 mai. 2022.

BRASIL, Senado Federal. **Regimento Interno, estabelecido pela Resolução n. 93, de 1970.** Disponível em: www.senado.gov.br/sf/legislacao/regsf/RegSFVolI.pdf. Acesso em: 30 mai. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12**. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros. Requerido: Conselho Nacional de Justiça. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 18 dez. 2009. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2358461. Acesso em 11 out. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 3.510**. Requerente: Procurador Geral da República. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 28 mai. 2010. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2299631. Acesso em 20 out. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 72851.** Paciente: Jorge Camilo Monroy Cubillos. Impetrante: Cristiano De Freitas Fernandes. Coator: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 28 nov. 2008. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1618765. Acesso em 11 out. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 20.257/DF**. Impetrante: Itamar Augusto Catiero Franco e Antônio Mendes Canale. Impetrado: Mesa do Congresso Nacional. Relator: Min. Décio Miranda. Brasília, 08 out. 1980. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85046. Acesso em 25 abr. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 21.311/DF.** Impetrante: Jose Genoino Neto e outros. Impetrado: Mesa da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Néri da Silva. Brasília, 29 mai. 1991. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1518396. Acesso em 25 mai. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 21.648/DF**. Impetrante: José Maria Eymael. Impetrado: Presidente da Mesa da Câmara dos Deputados e Presidente da Mesa do Senado Federal. Relator: Min. Octavio Galotti. Brasília, 05 mai. 1993. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22MS%2021648%2&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em 23 mai. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 22.503/DF.** Impetrante: Jandira Feghali e outros. Impetrado: Presidente da Mesa da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Marco Aurelio. Brasília, 08 mai. 1996. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22MS%2022503%2&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em 23 mai. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 23.047/DF.** Impetrante: Miro Teixeira e outros. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 08 jul. 2003. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1695077. Acesso em 25 mai. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 24.616/DF.** Impetrante: Arnaldo Faria de Sá. Impetrado: Presidente da Mesa da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 28 de nov. 2003. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2151483. Acesso em 25 mai. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 26.603.** Impetrante: Partido da Social Democracia Brasileira. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 19 dez. 2008. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2513846. Acesso em 11 out. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 32.033/DF.** Impetrante: Rodrigo Sobral Rollemberg. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 20 de jun. 2013. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22MS%2032033%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em 25 mai. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 197.917**. Recorrente: Ministério Público Estadual. Recorrido: Câmara Municipal de Mira Estrela e outros. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 07 mai. 2004. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1631538. Acesso em 11 out. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 13. A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal. **Diário Oficial da União.** Brasília, 29 ago. 2008. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula761/false. Acesso em 10 out. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada nº 175**. Requerente: União. Requerido: Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 28 set. 2009. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2570693. Acesso em 11 out. 2022.

BRASIL. **Resolução nº 2 de 1987.** Dispõe sobre o Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/regimentointerno-da-assembleia-nacional/resolucao-2-1987. Acesso em 11 mai. 2022.

BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934).** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 29 set. 2022.

BRASIL. [Constituição (1937)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937).** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 29 set. 2022.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em 20 mai. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 25 abr. 2022.

CAICEDO, Yenny Andrea Celemín. Sustitución Constitucional: reflexiones a partir del principio de pesos y contrapesos. **Revista Prolegómenos**, v. 23, n. 46, p. 13-31, jul./dez. 2020.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

CÁNDANO PÉREZ, Mabel. La unificación del derecho comercial internacional: nueva lex mercatoria como alternativa al derecho estatal. **Prolegómenos**, v. 21, n. 41, p. 149-162, 22 fev. 2018.

CARVALHO NETO, Ernani Rodrigues de. Ampliação dos Legitimados Ativos na Constituinte De 1988: Revisão judicial e judicalização da política. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 96, p. 293-326, 2007.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. Juscorporativismo: os juízes e o judiciário na Assembleia Nacional Constituinte**. Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 114, pp. 31-77, jan./jun. 2017.

CASSEB, Paulo Adib. Controle preventivo de constitucionalidade no Brasil. **Revista Nomos,** Fortaleza, v. 29, n. 2, 2009.

CEPEDA-ESPINOZA, Miguel Luiz. Judicial Activism in a Violent Context: the Origin, Role and Impact of the Colombian Constitutiontal Court. **Washington University Glogal Studies Law Review**, v. 03, n. 01, p. 530-700, 2004.

CHOUDHRY, Sujit. Migration as new metaphor in comparative constitutional. In*:* CHOUDHRY, Sujit. (org.). **The migration of constitutional ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. Jurisdicción Constitucional en Colombia. **Ius et Praxis**, n. 8, vol. 1, p. 283-317, 2002.

COLÔMBIA. [Constitución (1991)]. **Constituição Política de Colombia 1991**. Bogotá, BOG. Presidencia de la República. Disponível em: https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/constitucion-politica. Acesso em: 07 abr. 2022.

COLÔMBIA. **Acto Legislativo 3 de 1910**. Poder Ejecutivo, Bogotá, BOG, 31 de out. 1910. Disponível em: https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1825559. Acesso em: 21 out. 2022.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia C-141/2010.** Bogotá, 26 de fevereiro de 2010a. Disponível em: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-141-10.htm. Acesso em 15 jul. 2022.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia C-219/2015.** Bogotá, 22 de abril de 2015. Disponível em: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/c-219-15.htm. Acesso em 14 jul. 2022

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia C-332/2017**; Bogotá, 17 de maio de 2017. Disponível em: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-332-17.htm. Acesso em 21 out. 2022.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia C-397/2010.** Bogotá, 25 de maio de 2010b. Disponível em: https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-397-10.htm. Acesso em 15 jul. 2022.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia C-551/2003**; Bogotá, 09 de julho de 2003. Disponível em: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-551-03.htm. Acesso em 15 jul. 2022.

COLÔMBIA. El Congreso de Colombia. **Ley 134 de 1994, por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes**. Disponível em: https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=330. Acesso em 15 jul. 2022.

COLÔMBIA. El Congreso de Colombia. **Ley 5 de 1992, por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana.** Disponível em: https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=11368. Acesso em 15 jul. 2022.

COLÔMBIA. El Congreso de Colombia. **Ley 796 de 2003, por la cual se convoca un referendo y se somete a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional**. Disponível em: https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=7144. Acesso em 15 jul. 2022.

COLÔMBIA. Ley 153 de 1887. Reglamentada parcialmente por el Decreto 1083 de 2015. Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de Bogotá, 15 de agosto de mil ochocientos ochenta y siete. **Diarios Oficiales 7.151 y 7.152**, 28 ago. 1887. Disponível em: https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=15805. Acesso em: 21 out. 2022.

COLÓN-RIOS, Joel L. **Weak constitutionalism:** democratic legitimacy and the question of constituent power. New York: Routledge, 2012.

CORREA HENAO, Nestor Raúl. El proceso constituyente: El caso colombiano. **Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**, n. 91, p. 24-38, dez. 1990.

CRISE econômica colombiana é a pior desde os anos 30. **Folha de São Paulo**, 2002. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u41738.shtml. Acesso em 15 jul. 2022.

DEL NEGRI, André. **Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo**. 3 ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

DERRIDA, Jacques. Countersignature. Tradução de Mairéad Hanrahn**. Paragragh**, vol. 27, n. 02, 2004.

DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom. Introduction. In*:* GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (org.). **Constitutional amendment rules:** a comparative perspective. Northamptom: Edward Elgar Publishing Limited, 2011.

DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. **Processo legislativo, controle de constitucionalidade e legística:** a exigência constitucional de qualidade formal da lei e seus reflexos no processo legislativo no controle de constitucionalidade. Curitiba: Juruá, 2020.

DUTRA, Deo Campos. Método(s) Em Direito Comparado. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 61, n. 3, p. 189–212, dez. 2016.

DUTRA, Deo Campos. Situando o traço: uma proposta filosófica para a Teoria da Comparação Jurídica. **Revista Direito e Práxis**, v. 9, n. 3, p. 1221-1248, ago. 2018.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Notas sobre o controle preventivo de constitucionalidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 142, 1999.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Poder Judiciário na Constituição de 1988 - Judicialização da política e politização da Justiça. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 198, p. 01-17, out./dez. 1994.

GALLO APONTE, William Iván; SANABRIA RODELO, Alejandro. Aproximación a los límites del activismo judicial de los jueces constitucionales: el caso de la Corte Constitucional de Colombia y del Supremo Tribunal Federal de Brasil. In: **Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano**, v. 01, p. 265-290, 2020.

GARCÍA, José Ricardo Palomares; SANTANDER, Javier; VALDELEÓN, Edgar. La Evolución de la Doctrina Constitucional Colombiana sobre la Rigidez Constitucional. In: PEGORARO, Lucio; GUASTINI, Riccardo; Galiana, Luis Andrés Cucarella; BAGNI, Silvia; CARDUCCI, Michele; FRANCO, Jairo Vladimir Llano; ACHURY, Liliana Estupiñán; BEDOYA, Oscar Elías Herrera; BENÍTEZ, William Guillermo Jiménez; SANTANDER, Javier; GARCÍA, Jorge Ricardo Palomares; VALDELEÓN, Edgar. **Tribunales y justicia constitucional. Homenaje a la Corte Constitucional colombiana**. Bogotá: Universidad Libre, Universidad de Bolonia, 2017.

GARCÍA-JARAMILLO, Santiago; GNECCO-ESTRADA, Francisco. La teoría de la sustitución: de la protección de la supremacía e integridad de la constitución, a la aniquilación de la titularidad del poder de reforma constitucional en el órgano legislativo. **Vniversitas,** Bogotá, v. 65, n. 133, p. 59-104, jul./dez. 2016.

GARRETÓN, Manuel Antonio. Revisando las transiciones democráticas en América Latina. **Nueva Sociedad**, n. 148, p. 20-29, mar./abr. 1997.

GIRALDO, Juan Esteban Jaramill. La problemática de los límites al poder de reforma de la Constitución Política de 1991. **Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**, v. 43, n. 118, p. 309-347, 2013.

GODOY, Miguel Gualano de; CHUERI, Vera Karam de. **Marbury versus Madison:** uma leitura crítica. Curitiba: Juruá, 2017.

GONZÁLEZ-BERTOLOMEU, Juan F. The Colombian Constitutional Court's Doctrine on the Substitution of the Constitution. In: ALBERT, Richard; BERNAL, Carlos; BENVINDO, Juliano Zaiden (eds.). **Constitutional Change and Transformation in Latin America**. Oxford: Hart Publishing, 2019.

GRISALES, Sandra Patrícia Arenas. Colômbia: a memória em meio à guerra. **Tempo Social – Revista de Sociologia da USP**, v. 24, n. 2, p. 123-139, nov. 2013.

GROSTEIN, Julio. **Ativismo Judicial**: uma análise comparativa no direito constitucional brasileiro e norte-americano. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

GROSTEIN, Julio. **Autocontenção judicial e jurisdição constitucional**. São Paulo: Almedina, 2021.

GUISAO-ÁLVAREZ, Juan-Daniel. La modernización estatal como necesidad para el futuro: el Frente Nacional, 1958-1974. **Historelo:** Revista de Historia Regional y Local, v. 14, n. 29, p. 232-256, abr. 2022.

HEIDEGGER, Martin. **Being and time**. Tradução de John Macquarrie e Edward Robison. Oxford, Blackwell, 1962.

HERRERA HERREA, Luís Arturo. **Los principios de consecutividad y de identidad en la jurisprudencia constitucional.** Dissertação (Mestrado em Direito). Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2012.

HIGUERA-JIMÉNEZ, Diego Mauricio. Análisis Dinámico de la línea Jurisprudencial Respecto de la Sustitución de la Constitución. **Revista Principia Iuris**, v. 13, n. 26, p. 213-24, jul./dez. 2016.

HIRSCHL, Ran. On the blurred methodological matrix of comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, Sujit. **On the blurred methodological matrix of comparative constitutional law**. Cambridge University Press, 2009.

HOECKE, Mark Van. Methodology of Comparative Legal Research. **Law and Method**, p. 1-35, dez. 2015.

HUNTINGTON, Samuel P. **A terceira onda**: A democratização no final do século XX. São Paulo: Ática. 1994

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. **Principles of International Commercial Contracts**. Rome: International Institute for the Unification of Private Law, 1994.

JIMÉNEZ, William Guillermo. El Origen de la Corte Constitucional Colombiana en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. In: PEGORARO, Lucio; GUASTINI, Riccardo;

Galiana, Luis Andrés Cucarella; BAGNI, Silvia; CARDUCCI, Michele; FRANCO, Jairo Vladimir Llano; ACHURY, Liliana Estupiñán; BEDOYA, Oscar Elías Herrera; BENÍTEZ, William Guillermo Jiménez; SANTANDER, Javier; GARCÍA, Jorge Ricardo Palomares; VALDELEÓN, Edgar. **Tribunales y justicia constitucional. Homenaje a la Corte Constitucional colombiana**. Bogotá: Universidad Libre, Universidad de Bolonia, 2017.

KMIEC, Keenan. D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. **California Law Review**, n. 92, p. 1441-1478, 2004.

KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na constituinte e a constituinte no Supremo. **Lua Nova**, São Paulo, n. 88, p. 141-184, 2013.

LEGRAND, Pierre. **Como ler o direito estrangeiro**. Tradução de Daniel Wunder Hachem. São Paulo: Contracorrente, 2018.

LEGRAND, Pierre. **Comparative Legal Studies:** Traditions and Transitions. New York: Cambridge University Press, 2003.

LEGRAND, Pierre. **Direito comparado:** compreendendo a compreendê-lo. Tradução de Ricardo Martins Spindola Diniz. São Paulo: Contracorrente, 2021.

LEGRAND, Pierre. Jameses at Play: A Tractation on the Comparison of Laws. **The American Journal of Comparative Law,** Oxford, v. 65, p. 1-132, 2017.

LEGRAND, Pierre. The same and the diffent. In: LEGRAND, Pierre; MUNDAY, Roderick. **Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

LIMA, Flavia Danielle Santiago. Perdedores no Congresso Nacional e no STF? A judicialização das questões *interna corporis* do Legislativo. **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília, v. 18, n. 115, p. 307-330, jun./set. 2016.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. Revisitando os pressupostos da juristocracia à brasileira: mobilização judicial na Assembleia Constituinte e o fortalecimento do Supremo Tribunal Federal. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, v. 63, n. 2, p. 145 167, mai/ago 2018a.

LIMA, Flávia Danielle Santiago; GOMES NETO, José Mário Wanderley. Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 221-247, jan./abr. 2018.

LIMA, Flavia Santiago**. Jurisdição Constitucional e Política:** Ativismo e Autocontenção no STF. Curitiba: Juruá, 2014.

LIMA, Jairo Néia. **Emendas Constitucionais Inconstitucionais:** Democracia e Supermaioria. Editora Lumen Iuris: Rio de Janeiro, 2018b.

LIMA, Jairo Néia; CAICEDO, Yenny Andrea Celemin Caicedo. Unconstitutional Constitutional Amendments: a Comparative Analysis Between Brazil and Colombia. In:

ALEXANDRE, André Demetrio; LARA, Gustavo Dalpupo de; KOZICKI, Katya; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; BUSTAMANTE, Thomas; CHUERI, Vera Karam (Org.). **Aspectos Políticos e Históricos do Constitucionalismo**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019.

LIMA, Luziano Pereira Mendes. **A atuação da esquerda no processo constituinte:** 1986-1988. Brasília: Edições Câmara, 2009.

MARTINEZ CABALLERO, Alejandro. Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: La experiencia colombiana. **Estudios Socio-Jurídicos**, Bogotá, v. 2, n. 1, p. 9-32, jun. 2000.

MEJIA TURIZO, Jorge; PEREZ CABALLERO, Roberto. Activismo judicial y su efecto difuminador en la división y equilibrio de poderes. **Justicia**, Barranquilla, n. 27, p. 30-41, jan. 2015.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDIETA GONZALEZ, David. **La Acción de Inconstitucionalidad en Colombia: ¿Puede la Corte Constitucional Establecer Límites Al Ejercicio Ciudadano de esta Acción?** Tese (Doutorado em Direito). Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2017.

MENDIETA GONZALEZ, David; TOBON TOBON, Mary Luz. El (des) control de constitucionalidad en Colombia. **Estudios constitucionales**, Santiago, v. 16, n. 2, p. 51-88, dez. 2018.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **Decisão e jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MEYER, Emilio Peluso Neder. Repensando o Direito Constitucional Comparado no Brasil. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 6, n. 2, p. 479-502, mai./ago. 2019.

MEZA-LOPEHANDÍA G., Matías. **Elementos del processo constituyente colombiano:** funcionamento de la Asamblea Constituyente de 1991. Disponível em: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/28696/3/BCN2020%20-%20Proceso%20constituyente%20colombiano.pdf. Acesso em 09 jun. 2022.

MICHAELS, Ralf., The Functional Method of Comparative Law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMAN, Reinhard (eds.) **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford University Press: 2008.

MORENO-PARRA, Héctor Alonso. Colombia: entre pactos de élites y transiciones democráticas. **Entramado**. v. 14, n. 1, p. 166-179, jan./jun. 2018.

NUNES, Daniel Capecchi. Corte Constitucional da Colômbia: os Cem Anos de Solidão da Jurisdição Constitucional. In: BRANDÃO, Rodrigo (org.). **Supremas Cortes e Cortes Constitucionais**. Salvador: Jus Podium, 2017.

OLIVEIRA, Claudio Ladeira de; CONTI, Luiz Eduardo Lapolli; MEDEIROS, Isaac Kofi. Sobre a legitimidade democrática da intervenção judicial no processo legislativo: uma crítica ao controle preventivo de constitucionalidade pelo STF. **Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, v. 12, n. 22, p. 157-188, mar. 2020.

OSORIO, Juan Manuel Sáncrez. De la Teoría de La Sustitución o de los Límites Materiales a las Reformas Constitucionales em Colombia. **Revista Temas Socio Jurídicos**, v. 32, n. 65, p. 155–178, jul./dez. 2013.

PEÑA, Mario Aguilera. Caída de Rojas Pinilla: 10 de mayo de 1957. **Revista Credencial**, set. de 2016. Disponível em: https://www.revistacredencial.com/historia/temas/caida-de-rojas-pinilla-10-de-mayo-de-1957. Acesso em 11 jul. 2022.

PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim. **Jurisdição Constitucional do Processo Legislativo**: Legitimidade, Reinterpretação e Remodelagem do Sistema no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PILATTI, Adriano. **A Constituinte de 1987 – 1988:** progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

POSNER, Richard A. The rise and fall of judicial self-restraint. **California Law Review,** v. 100, n. 3, p. 519-555, jun. 2012.

PULIDO ORTIZ, Fabio Enrique. Interpretación, control constitucional y procedimiento legislativo. In: JOST, Stefan (ed.). **20 años de la Constitución Colombiana**. Logros, retrocesos y agenda pendiente. Bogotá: Konrad Adenauer, 2011.

PULIDO, Carlos Bernal. Unconstitutional Constitutional Amendments in the Case Study of Colombia: an Analysis of the Justification and Meaning of the Constitutional Replacement Doctrine. **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, n 2. p. 339-357, 2013.

PULIDO, Carlos. Constitution-Making (without Constituent) Power: On the Conceptual Limits of the Power to Replace or Revise the Constitution. In: ALBERT, Richard; BERNAL, Carlos; BENVINDO, Juliano Zaiden (eds.). **Constitutional Change and Transformation in Latin America**. Oxford: Hart Publishing, 2019.

RAGONE, Sabrina. El Control Material de las Reformas Constitucionales en Perspectiva Comparada. **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 31, p. 385-406, 2013.

RAGONE, Sabrina. La contribución de la jurisprudencia colombiana al debate comparadosobre el poder de reforma: la “sustitución” como paradigma formal y material. **Revista Derecho del Estado**, n. 50, p. 99-131, set./dez. 2021.

RAGONE, Sabrina. The “Basic Structure” of the Constitution as an Enforceable Yardstick in Comparative Constitutional Adjudication. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 11, n. 3, p. 327-340, 2019.

RAMÍREZ, Manuel Fernando Quinche. Las reformas a la Constitución. Presidencialismo, circularidad y regresión. **Vniversitas**, v. 69, p. 1-18, 2020.

RAMIREZ-CLEVES, Gonzalo Andres. La inconstitucionalidad de las reformas constitucionales en Colombia: tensión entre democracia de mayorías y democracia constitucional. In: WONG MERAZ, Victor Alejandro; LEÓN BASTOS, Carolina; SOSA CARRERO, Juan Luis (coord.). **La reforma constitucional y su problemática en el derecho comparado**. Bogotá: VLex, 2017.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RESTREPO, Luis Alberto. Asamblea Nacional Constituyente en Colombia: ¿concluirá por fin el Frente Nacional. **Análisis Político**, n. 12, p. 52–60, 1991.

RIVAS-ROBLEDO, Pablo. ¿Qué es el activismo judicial? Parte I. Desiderata para una definición de activismo judicial. **Díkaion**, v. 31, n. 1 p. 70-92, 2022.

RIVAS-ROBLEDO, Pablo. "¿Qué es el activismo judicial? Parte II: una definición más allá de la extralimitación de funciones". **Díkaion, v.** 31, n. 2, p. 3-28, 2022.

ROA ROA, Jorge Ernesto. La reelección presidencial en Colombia: la defensa de la democracia por parte de la Corte Constitucional frente al constitucionalismo abusivo y autoritário. In: RIVADENEIRA, Jacobo Castellanos; HEISS, Claudia; rivera, Joaquín A. Mejía; BASTERRECHEA, Roberto Ramírez; AGUILAR, Carlos Alfredo Dávila; MORENO, Rafael Jerez; SOLANO, Víctor Orozco; VEJA, Luis Efrén; SANTANA, Anna Luisa Walter de. **La Reelección em América Latina em el Siglo XXI**. Tirant: Ciudad de México, 2021.

ROSA, Bruna Borghetti Câmara Ferreira. **Prerrogativa do Parlamentar ao Devido Processo Legislativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

ROZNAI, Yaniv. Towards A Theory of Constitutional Unamendability: On the Nature and Scope of the Constitutional Amendment Powers. **Jus Politicum**, n. 18, p. 5-37, 2017.

SALGADO, Eneida Desiree; ARAÚJO, Eduardo Borges Epínola. Controle judicial do processo legislativo: do Minimalismo à Garantia do Devido Procedimento Legislativo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 56, n. 224, p. 79-104, out./dez. 2019.

SARRIA, Mario Alberto Cajas. Acerca del control judicial de la reforma constitucional en Colombia. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, n. 7, p. 19-40, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 119-161, 2013.

SUNSTEIN, Cass Robert. Beyond Judicial Minimalism. **John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper,** n. 432, p. 1-25, set. 2008. Disponível em:

https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1084&context=law_and_economics. Acesso em 28 set. 2022.

SÜSSEKIND, Evandro Proença. **Arena ou Jogador:** uma Investigação sobre a judicialização de conflitos internos à Câmara dos Deputados por seus integrantes. Dissertação (Mestrado). Instituto de Estudos Sociais e Políticos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 124 f. 2017.

SÜSSEKIND, Evandro Proença. Vontade do tribunal ou constituição generosa? Trazendo o constituinte para o debate sobre o controle de constitucionalidade preventivo. In: **Coleção Jovem Jurista FGV Direito Rio**, 2014.

TAVARES FILHO, Newton. Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público. In: BACKES, Ana Luiza; AZEVEDO, Débora Bithiah de; ARAÚJO, José Cordeiro de (org.). **Audiências públicas na Assembleia Nacional Constituinte** – a sociedade na tribuna. Brasília: Edições Câmara, 2009, p. 219-238.

TAVARES, Sebastião Gilberto Mota. **Controle jurisdicional preventivo da lei***:* o devido processo legislativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

THAYER, James Bradley. The origin and scope of the American doctrine of constitutional law. **Harvard Law Review**, v. 7, n. 3, p. 129-156, 1893.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos. Ativismo Judicial: as Experiências Norte-Americana, Alemã e Brasileira. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, n.53, p. 137-164, 2011.

TRINDADE, Fernando A. G. Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias. In: BACKES, Ana Luiza; AZEVEDO, Débora Bithiah de; ARAÚJO, José Cordeiro de (Org.). **Audiências públicas na Assembleia Nacional Constituinte** – a sociedade na tribuna. Brasília: Edições Câmara, 2009, p. 219-238.

TUSHNET, Mark. **Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law**. Northampton: Elgar, 2014.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME - UNDP. **Human Development Report 2021/2022**. Nova York: PNDU, 2022. Disponível em: https://hdr.undp.org/system/files/documents/global-report-document/hdr2021-22pdf_1.pdf. Acesso em: 28 nov. 2022.

VARGAS, Richard Alexander Hernández; ORTIZ; María Alejandra Salazar. Límites al poder de reforma de la constitución en la jurisprudencia de la Corte Constitucional a partir de la sentencia C 551 de 2003. **Revista IUS PRAXIS Colección grandes autores del derecho**, Talca, v. 01, n. 2, p. 133-149, jan./abr., 2018.

VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho. Achtung baby! Ou porque meu trabalho acadêmico não precisa de direito comparado... Até que se prove o contrário. In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina. **Metodologia da pesquisa em Direito:** técnicas e

abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos Poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direto GV**. São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul. dez. 2008.

YEPES, Rodrigo Uprimny. The Constitutional Court and Controlo of Presidential Extraordinary Powers in Colombia. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. **Democratization and the Judiciary. The Accountability Function of Courts in New Democracy**. Londres: Frank Cass, 2004.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **An introduction to comparative Law**. Tradução: Tony Weir. 3 ed. Londres: Oxford University Press, 1998.

APÊNDICE A

Tabela 1 - Mandados de Segurança citados nos artigos mencionados na página 50[133]

Mandados de Segurança	Artigo 1	Artigo 2	Artigo 3	Artigo 4	Artigo 5
MS nº 20.257	X	X	X	X	X
MS nº 21.648	X		X	X	X
MS nº 22.503		X	X	X	
MS nº 23.047	X		X	X	X
MS nº 32.033	X	X	X	X	
MS nº 21.642	X			X	
MS nº 22.487	X				
MS nº 24.430	X				
MS nº 24.642	X				
MS nº 34.530	X				
MS nº 35.581	X				
MS nº 24.356		X		X	
MS nº 20.471		X			
MS nº 33.360		X			
MS nº 34.562		X			
MS nº 28.213		X			
MS nº 31.816		X			
MS nº 31.951		X			
MS nº 31.816		X			
MS nº 21.754		X			
MS nº 24.831		X			
MS nº 26.602, 26.603, 26.604		X			
MS nº 33.630		X			
MS nº 26.441		X			
MS nº 23.087		X			
MS nº 20.253			X		
MS nº 24.346					X

Fonte: o próprio autor.

[133] Os textos selecionados, indicados na tabela acima como "Artigo 1", "Artigo 2", "Artigo 3", "Artigo 4" e "Artigo 5", são os seguintes: "Sobre a Legitimidade Democrática na Intervenção Judicial no Processo Legislativo", de autoria de Cláudio Ladeira de Oliveira, Luiz Eduardo Lapolli Conti e Isaac Kofi Medeiros (2021); "Controle judicial do processo legislativo: do minimalismo à garantia do devido procedimento legislativo", de autoria de Eneida Desiree Salgado e Eduardo Borges Espínola (2019); "Perdedores no Congresso Nacional e no STF? A judicialização das questões *interna corporis* do Legislativo", de autoria de Flávia Santiago Lima (2016); "Vontade do tribunal ou generosidade da Constituição? Trazendo o constituinte para o debate", de autoria de Evandro Proença Sussekind (2014) e "Controle preventivo de constitucionalidade no Brasil", de autoria de Paulo Casseb (2009).