

ano 23 – n. 91 | janeiro/março – 2023
Belo Horizonte | p. 1-212 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v23i91
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) - . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN impresso 1516-3210
ISSN digital 1984-4182

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira de Oliveira

Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A3 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2022, a revista foi classificada no estrato A3 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de intersecção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

A força política do poder constituinte derivado com fundamento na soberania popular: em defesa da constitucionalidade superveniente e seu efeito de convalidação

The political strength of the derived constituent power on the basis of popular sovereignty: in defense of supervening constitutionality and its validation effect

Fellipe Guerin Leal*

Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil)
leal_fellipe@yahoo.com.br
<http://orcid.org/0000-0003-4032-0159>

Francisco Quintanilha Veras Neto**

Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil)
quintaveras@gmail.com
<http://orcid.org/0000-0002-1620-6017>

Rafael Siegel Barcellos***

Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil)
rafaelcassino@hotmail.com
<http://orcid.org/0000-0003-1367-0460>

Como citar este artigo/*How to cite this article*: LEAL, Fellipe Guerin; VERAS NETO, Francisco Quintanilha; BARCELLOS, Rafael Siegel. A força política do poder constituinte derivado com fundamento na soberania popular: em defesa da constitucionalidade superveniente e seu efeito de convalidação. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 23, n. 91, p. 117-136, jan./mar. 2023. DOI: 10.21056/aec.v23i91.1735.

- * Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (Florianópolis-SC, Brasil). Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Porto Alegre-RS, Brasil). Pesquisador vinculado ao Grupo Transdisciplinar em Pesquisa Jurídica para uma Sociedade Sustentável. Servidor público na Justiça Federal. *E-mail*: leal_fellipe@yahoo.com.br.
- ** Professor Titular do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina (Florianópolis-SC, Brasil). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (Curitiba- PR, Brasil). Líder do Grupo Transdisciplinar em Pesquisa Jurídica para uma Sociedade Sustentável. *E-mail*: quintaveras@gmail.com.
- *** Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (Florianópolis-SC, Brasil). Pesquisador vinculado ao Grupo Transdisciplinar em Pesquisa Jurídica para uma Sociedade Sustentável. Servidor público na Justiça Federal. *E-mail*: rafaelcassino@hotmail.com.

Recebido/Received: 17.12.2022/ 17 December 2022.

Aprovado/Approved: 12.03.2023 / 12 March 2023.

Resumo: As teorias sobre os efeitos da revisão judicial da legislação têm origens distintas e consequências na distribuição da função legislativa. A teoria da *nullidade da norma inconstitucional* surgiu com o *judicial review* como artifício político de empoderamento do Judiciário para fazer frente às instâncias representativas. Já a teoria da *anulabilidade da norma inconstitucional* contemplou o respeito à interpretação constitucional do legislador e à segurança jurídica fundada na presunção de constitucionalidade. No Brasil, foi adotada a teoria da *nullidade*, de forma mitigada pela *modulação de efeitos*. Já a constitucionalidade superveniente não é admitida pela jurisprudência e doutrina brasileiras, no entanto, o Tribunal Constitucional português já a aplicou. A teoria do *poder constituinte* cindiu os elementos da *soberania popular*, o *poder ilimitado* coube ao constituinte originário e o *poder permanente, mas limitado*, coube ao constituinte derivado. A teoria da *dupla revisão* é capaz de reunificar os elementos da *soberania popular*. A admissibilidade da constitucionalidade superveniente encontra respaldo na soberania popular. O método de pesquisa é o dedutivo. A técnica de pesquisa é bibliográfica.

Palavras-chave: Norma inconstitucional. Constitucionalidade superveniente. Poder constituinte. Soberania popular.

Abstract: Theories about the effects of judicial review of legislation have different origins and consequences in the distribution of the legislative function. The theory of nullity of the unconstitutional rule emerged with the judicial review as a political device for the empowerment of the Judiciary to face the representative bodies. The theory of the annullability of the unconstitutional rule, on the other hand, included respect for the constitutional interpretation of the legislator and for legal certainty based on the presumption of constitutionality. In Brazil, the nullity theory was adopted, mitigated by the modulation of effects. The supervening constitutionality is not admitted by Brazilian jurisprudence and doctrine, however, the Portuguese Constitutional Court has already applied it. The theory of constituent power split the elements of popular sovereignty, unlimited power fell to the original constituent and permanent, but limited power fell to the derived constituent. The double revision theory is able to reunite the elements of popular sovereignty. The admissibility of the supervening constitutionality is supported by popular sovereignty. The research method is deductive. The research technique is bibliographic.

Keywords: Unconstitutional norm. Supervening constitutionality. Constituent power. Popular sovereignty.

Sumário: **1** Introdução – **2** Nulidade *versus* anulabilidade da norma inconstitucional: o impacto dos efeitos do controle de constitucionalidade no relacionamento entre as instituições – **3** Constitucionalidade superveniente: debate doutrinário e jurisprudencial acerca da possibilidade de convalidação de normas materialmente inconstitucionais por emendas constitucionais – **4** Poder constituinte derivado: do engressamento à força política do direito de reforma constitucional, apto a promover a constitucionalidade superveniente, com fundamento na soberania popular – **5** Considerações finais – Referências

1 Introdução

Desde a promulgação da Constituição Federal brasileira de 1988, a Previdência Social já passou por inúmeras reformas. Na última delas, em 2019, ao largo de relevantes temas de direito material, uma disposição de cunho processual foi objeto de alteração do parâmetro constitucional e, também, da legislação infraconstitucional. A mudança consistiu na redução geográfica da competência delegada à Justiça Estadual em matéria previdenciária, sob o argumento de que, conforme

relatório do Conselho Nacional de Justiça, estimava-se uma redução significativa de custo em 10 anos.

Salienta-se que a mudança infraconstitucional foi sancionada antes da promulgação da emenda constitucional. Com efeito, a Lei nº 13.876 foi publicada em 23.09.2019 e a Emenda Constitucional nº 103, em 13.11.2019. A disposição infraconstitucional alterada (art. 15, inc. III, da Lei nº 5.010/66) era materialmente incompatível com o parâmetro constitucional (art. 109, §3º, da CF/88) da época de sua publicação. Tanto é assim que o legislador estabeleceu sua vigência apenas a partir de 01.01.2020, quando supunha que o parâmetro constitucional já teria sido alterado.

O fenômeno é chamado de *constitucionalidade superveniente intraconstitucional*, quando uma norma inconstitucional, ao tempo de sua edição, torna-se compatível devido à alteração do parâmetro constitucional, por força do *poder constituinte derivado reformador via emenda à Constituição*. O Supremo Tribunal Federal ainda não a admitiu. No Tribunal Constitucional português, por sua vez, a figura já foi admitida para a hipótese de inconstitucionalidade material, sem efeitos retroativos, porquanto a convalidação valeria a partir da alteração do parâmetro constitucional.

Com o escopo de analisar a figura da *constitucionalidade superveniente* na perspectiva das capacidades e limitações políticas do *poder constituinte derivado reformador*, o texto propõe-se a revisitar as teorias da *nulidade* e *anulabilidade* da *norma inconstitucional*, com o escopo de identificar as causas de seu surgimento e as suas consequências na alocação das funções estatais entre as instituições. Na sequência, aborda-se a *constitucionalidade superveniente* no campo doutrinário e jurisprudencial. Por fim, faz-se uma análise da *teoria do poder constituinte* como elemento-chave do *constitucionalismo* e seu conceito *paradoxal* de *democracia*, por propiciar, de um lado, momentos ímpares de ruptura constitucional (*poder ilimitado*) e, de outro, promover o engessamento do *legislador constitucional reformador* (*poder permanente, mas limitado*).

2 Nulidade *versus* anulabilidade da norma inconstitucional: o impacto dos efeitos do controle de constitucionalidade no relacionamento entre as instituições

Em seu texto intitulado *um estudo comparado das Constituições austríaca e americana* de 1942, abordando a centralização da revisão judicial da legislação em uma Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*), prevista na Constituição Austríaca de 1920, Hans Kelsen destaca os fundamentos de sua tese da anulabilidade da norma inconstitucional:

[...] Ao mesmo tempo, a Constituição conferiu a essa corte o poder de anular a lei que considerasse inconstitucional. Nem sempre era

necessário anular a lei inteira; caso a disposição inconstitucional pudesse ser separada do restante da lei, a corte podia anular apenas essa disposição. A decisão da corte invalidava a lei ou sua disposição particular não apenas no caso concreto, mas de modo geral, para todos os casos futuros. Tão logo a decisão entrasse em vigor, a lei anulada deixava de existir. *A decisão anulatória da corte, em princípio, era efetiva apenas ex nunc; não tinha — a não ser por uma exceção de que trataremos adiante — força retroativa. Esta dificilmente poderia ser justificada, não apenas pelas consequências críticas de qualquer efeito retroativo, mas especialmente porque a decisão dizia respeito a um ato do legislador, e o legislador também estava autorizado a interpretar a Constituição, ainda que estivesse sujeito a um controle judicial. Enquanto a corte não tivesse declarado a lei inconstitucional, devia ser respeitada a opinião do legislador, expressa em seu ato legislativo.*¹ (Grifou-se)

A prerrogativa do legislador de interpretar a Constituição e o respeito a sua opinião contida no ato legislativo são premissas fundamentais da tese da anulabilidade. Para além disso, Hans Kelsen destaca o caráter legislativo da decisão de revisão judicial da legislação: “A decisão da Corte Constitucional pela qual uma lei era anulada tinha o mesmo caráter de uma lei ab-rogatória. Era um ato negativo de legislação.”² Justifica, ainda, a eleição dos membros da Corte Constitucional pelo Parlamento, independente do Executivo, devido ao exercício desta *função legislativa*. Por conseguinte, a definição da constitucionalidade não tem caráter declaratório, mas constitutivo, porque depende de uma declaração de uma autoridade judiciária competente.

Kelsen concebe como *ato positivo de legislação* a hipótese de a declaração de inconstitucionalidade gerar efeitos repristinatórios, com a reentrada em vigor de norma revogada: “[...] uma decisão da Corte Constitucional pela qual não apenas se anulava uma lei, mas também se restaurava uma norma precedente, não era mero ato negativo de legislação, mas sim um ato positivo”.³

Em 1929, a Constituição Austríaca foi reformada. Os membros da Corte Constitucional passaram a ser indicados pelo executivo, que dissolveu a velha composição e a substituiu por seus correligionários. Segundo Kelsen: “Este foi o início de uma evolução política que inevitavelmente levou ao fascismo, sendo responsável pelo fato de não ter havido resistência contra a anexação da Áustria pelos nazistas”.⁴ A reforma de 1929 também atenuou o rigor teórico da doutrina da *não retroatividade*, permitindo a incidência de efeitos pretéritos nos casos que provocassem a declaração de inconstitucionalidade.

¹ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 304-305.

² KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 306.

³ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 318.

⁴ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 307.

Em essência, a teoria da anulabilidade da norma inconstitucional está assentada no respeito à prerrogativa do legislador de intérprete da constituição e na natureza legislativa e, portanto, política da revisão judicial da legislação, controle concentrado exercido por Corte Constitucional, composta por juízes eleitos pelas casas parlamentares. Com efeito, para permitir à legislatura substituir a lei impugnada por uma nova que fosse constitucional, a Constituição Austríaca (arts. 140-3) concedia à Corte Constitucional “[...] o poder discricionário de dispor que a anulação da lei opere somente a partir de uma determinada data posterior à publicação (*Kundmachung*) de seu pronunciamento, contanto que o diferimento da eficácia constitutiva do pronunciamento não seja superior a um ano”.⁵

No tocante às causas que levaram Kelsen ao desenvolvimento da teoria da anulabilidade da lei inconstitucional e do caráter constitutivo negativo da decisão que reconhece a inconstitucionalidade, é relevante frisar o impedimento de que, a pretexto de inconstitucionalidade ainda não declarada pela Corte Constitucional competente para a revisão judicial da legislação, os juízes passem a julgar *contra a lei*. O contexto histórico é ligeiramente retratado a seguir:

[...] Kelsen queria com isso evitar um *governo de juízes*, numa época em que havia certa *revoltados juízes* contra a lei. O mundo germânico vivia a influência de algumas posições românticas, como as da *Escola livre do direito* e da *Jurisprudência livre*. Proibindo os juízes de deixar de aplicar as leis, **procurava submeter a jurisdição à legislação e à primazia do Parlamento**.⁶ (Grifou-se)

A posição de Kelsen — idealizador da revisão judicial da legislação na Europa — prestigia a ideia de presunção de constitucionalidade até a sua declaração em sentido contrário pelo órgão judiciário competente, conferindo segurança jurídica para as relações constituídas sob a égide da norma à época em que ainda não havia sido declarada a sua inconstitucionalidade.

No que se refere às consequências no campo institucional, a função legislativa não só era exercida com primazia pelo Parlamento e, excepcionalmente, pela Corte Constitucional eleita pelas Casas Parlamentares, mas também o seu produto — as normas — não dependiam de aval judicial para confirmar os efeitos que já tinham gerado. Em suma, a tese da *anulabilidade* da norma inconstitucional — os efeitos *ex nunc* da decisão de inconstitucionalidade — torna as leis aprovadas cogentes, sem margem para *retroatividade* da decisão *constitutiva* de *inconstitucionalidade*,

⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 116.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 41.

exceto, a partir da reforma constitucional austríaca de 1929, sobre o caso concreto que provocasse a manifestação da Corte Constitucional.

A tese da *anulabilidade* da norma inconstitucional não teve adesão significativa na seara doutrinária, tampouco jurisprudencial. No Brasil, “foi defendida com brilho por Regina Macedo Nery Ferrari, em sede doutrinária, e pelo Ministro Leitão de Abreu, em voto vencido proferido no Supremo Tribunal Federal”.⁷ No entanto, prevaleceu a teoria da nulidade da lei inconstitucional.

No que tange à teoria da nulidade da norma inconstitucional, é atribuída a John Marshall, em virtude do julgamento do caso *Marbury v. Madison*, famoso como *leading case* do *judicial review* na Suprema Corte Americana. As leis inconstitucionais seriam nulas desde sua origem, nulidade preexistente, e a decisão que assim as reconhecesse teria natureza declaratória, com eficácia retroativa. A supremacia da constituição implica ineficácia de normas inconstitucionais, por ausência de substrato de validade.

Embora tenha surgido no âmbito do controle difuso de constitucionalidade norte-americano, sem eficácia *erga omnes* (para todos), é inegável o alargamento da incidência da decisão tomada no âmbito do *judicial review*. Com efeito, sobre as decisões das Cortes nos países da *common law* incidem a obrigatoriedade dos precedentes (*stare decisis*) e o efeito vinculante (*binding effect*).

Nessa perspectiva teórica, não há deferência ao papel do legislador enquanto intérprete da Constituição, tampouco é reconhecida a natureza legislativa da decisão no âmbito do *judicial review*. Isso porque o caso *Marbury v. Madison* é consequência de uma conturbada disputa política entre republicanos e federalistas. O julgamento privilegiou o empoderamento da Suprema Corte, afirmando sua competência para o *judicial review*. A influência política dos federalistas — que perderam a eleição presidencial de 1800 — passaria a ser exercida via Judiciário.

A eleição presidencial de 1800 foi marcada pela vitória do republicano Thomas Jefferson. Embora tenha obtido a maioria do voto popular, o republicano não alcançou o número mínimo de votos no Colégio Eleitoral, tendo o pleito de ser decidido pela Câmara dos Representantes. Nesse meio tempo, o Presidente federalista John Adams — cujo Secretário de Estado era John Marshall — e o Congresso, então de maioria federalista, tomaram medidas para garantir a influência dos federalistas no Estado. Em 13.02.1801, foi aprovada a *Circuit Court Act* para reduzir o número de ministros da Suprema Corte — com o escopo de impedir nomeações pelo novo Presidente — e criar 16 cargos novos de juiz federal. Já em 27.02.1801, foi aprovada lei para nomear 42 juízes de paz dentre aliados federalistas. Dias depois, em 03.03.1801,

⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 41-42.

o Senado aprovou as nomeações. Contudo, a posse do novo Presidente estava marcada para o dia seguinte, 04.03.1801. Os atos de investidura dos novos juizes foram entregues às pressas, levando-os a ficar conhecidos como *midnight judges*.⁸

Nem todos os juizes nomeados conseguiram receber seus atos de investidura, dentre os quais *William Marbury*. O novo Presidente, o republicano Thomas Jefferson, tomou posse e determinou ao seu Secretário de Estado, *James Madison*, que não entregasse o ato de investidura aos juizes que não o haviam recebido. No caso *Marbury v. Madison*, o juiz de paz nomeado — que não recebeu o ato de investidura — quis obrigar o Executivo, especificamente o Secretário de Estado, a conceder o seu ato de investidura. A emblemática decisão do caso foi proferida, em 1803, por John Marshall, ex-secretário de Estado do governo do federalista John Adams e que, ao final do mandato, em início de 1801, passou a presidir a Suprema Corte Americana, por indicação do Executivo.

Com experiência política, John Marshall sabia que o governo republicano seria refratário ao cumprimento de decisão favorável a *William Marbury*. Em sua decisão, inverteu a ordem de análise. Primeiro, afirmou o direito material de *Marbury*. Depois, reconheceu a adequação do instrumento processual. Por fim, declarou a inconstitucionalidade da lei que permitiria à Suprema Corte determinar ao Poder Executivo a instituição de *Marbury* no cargo de juiz (§13 da Lei Judiciária de 1789), sob o argumento de que a lei não poderia modificar a competência originária da Corte prevista na Constituição. Enfim, a lei não poderia contrariar a Constituição, uma vez que as normas constitucionais são superiores aos demais atos legislativos (supremacia da Constituição) e a Suprema Corte é a intérprete final do texto constitucional.

No que diz respeito às causas que levaram Marshall ao desenvolvimento da teoria da *nulidade da norma inconstitucional*, evidencia-se que o empoderamento da Suprema Corte foi uma estratégia política de legitimação do *judicial review* que não estava previsto na Constituição Americana de 1787. Neste sentido, “o *judicial review* nasce em meio a disputas políticas e mostra-se um artifício inteligente para afirmar uma competência à Suprema Corte num momento histórico onde ainda estavam se definindo os poderes e o alcance de cada um dos Poderes da nova República”.⁹ O exercício da Suprema Corte Americana de autoconceder-se legitimidade

⁸ STERN, Ana Luiza Saramago. O caso *Marbury v. Madison*: o nascimento do *judicial review* como artifício político. *Revista Direito e Liberdade*, v. 18, n. 3, p. 193-212, set./dez. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-e-Liberd_v.18_n.03.06.pdf. Acesso em: 27 jan. 2021. p. 203-205.

⁹ STERN, Ana Luiza Saramago. O caso *Marbury v. Madison*: o nascimento do *judicial review* como artifício político. *Revista Direito e Liberdade*, v. 18, n. 3, p. 193-212, set./dez. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-e-Liberd_v.18_n.03.06.pdf. Acesso em: 27 jan. 2021. p. 206.

para o *judicial review* e avocar-se legitimidade para proferir a última palavra sobre o texto constitucional surge como estratégia política para fazer frente ao poder e à influência dos eleitos pelo voto popular.

Com relação às consequências institucionais, frisa-se a relação de subordinação da função legislativa à revisão judicial. Isso porque todos os efeitos já gerados por leis aprovadas pelo Parlamento poderiam ser aniquilados pela decisão judicial de revisão da legislação. Em resumo, a tese da *nulidade* da norma constitucional – os efeitos *ex tunc* da decisão de inconstitucionalidade – enfraquece a força cogente da lei, uma vez que permite que ato legislativo não gere qualquer efeito, mesmo sobre as relações constituídas à época em que o ato legislativo ainda não tinha sido declarado inconstitucional.

Registre-se que, no Brasil, a Constituição de 1988 não prescreve se os efeitos da declaração judicial de inconstitucionalidade via controle concentrado são retroativos (*ex tunc*) ou prospectivos (*ex nunc*). A dicção constitucional circunscreve-se à eficácia contra todos (*erga omnes*) e o efeito vinculante, relativo ao Judiciário e ao Executivo (§2º do art. 102, com redação pela EC nº 45/04). A doutrina hegemônica é pelo acolhimento da tese da *nulidade* da norma inconstitucional, no entanto, sofreu mitigações. Com efeito, no plano infraconstitucional, ao estabelecer requisitos para a produção de efeitos prospectivos das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, os artigos 27, da Lei nº 9.868/99, e 11, da Lei nº 9.882/99, instituíram a modulação de efeitos, consolidando o efeito retroativo como regra e o prospectivo como exceção.

Nessa configuração institucional, o Supremo Tribunal Federal não só tem a prerrogativa de decidir se a legislação é compatível com a Constituição, mas também determinar, em controle concentrado de constitucionalidade, se o ato legislativo gerou algum efeito e, caso positivo, delimitar seu campo de incidência temporal. Essa prerrogativa de *senhor do tempo* implica insegurança jurídica nas relações constituídas com amparo na presunção de constitucionalidade da legislação, sobretudo porque a maioria das normas apreciadas no interregno de 2010 a 2019, pelo STF, foram reputadas inconstitucionais:

AÇÕES JULGADAS NO MÉRITO*										
AÇÕES	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Procedentes	44	54	15	19	20	49	40	53	134	187
Improcedentes	13	11	4	4	5	20	28	26	66	84
TOTAL	57	65	19	23	25	69	68	69	200	271
AÇÕES PENDENTES DE JULGAMENTO* em 17/7/2020						1.986 (1.642 ADIs, 31 ADCs, 25 ADOs e 288 ADPFs)				

* Compreende ADIs, ADPFs, ADCs e ADOs. Fonte: Site do STF, acesso em 10/3/2020.

Fonte: Anuário da Justiça Brasil 2020, Consultor Jurídico.

Além disso, o elevado quantitativo de ações pendentes de julgamento demonstra que parte expressiva da legislação produzida no Brasil tem sua constitucionalidade questionada. De certa maneira, a derrota nas instâncias democráticas e representativas não é definitiva, mas encontra no Judiciário um palco para ser revertida. A decisão política de pautar o processo para julgamento é o passo mais importante para a reversão da derrota no campo legislativo propriamente dito, uma vez que, repita-se, a maior parte dos processos julgados resulta na conclusão pela inconstitucionalidade.

Para além dos argumentos técnico-jurídicos envolvidos na produção de efeitos da decisão de inconstitucionalidade, vê-se que as teorias da *nulidade* e *anulabilidade* representam perspectivas distintas de configuração institucional, de repartição da função legislativa e, sobretudo, da relação de deferência ao legislador ou de sua integral subordinação à Corte Constitucional. Essas implicações interessam para a discussão acerca da *constitucionalidade superveniente*, visto que, em última instância, a questão diz respeito aos efeitos jurídicos decorrentes das *emendas constitucionais*, ato exclusivo do Legislativo na condição do *poder constituinte derivado reformador*. Em outras palavras, as *emendas constitucionais* são capazes ou não de *convalidar* a legislação infraconstitucional e, mais, podem gerar efeitos retroativos assim como as decisões sobre controle de constitucionalidade. O tópico seguinte vai situar a discussão nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial.

3 Constitucionalidade superveniente: debate doutrinário e jurisprudencial acerca da possibilidade de convalidação de normas materialmente inconstitucionais por emendas constitucionais

Frisa-se, de início, que a expressão *constitucionalidade superveniente* vai ser utilizada apenas para o âmbito *intraconstitucional*, isto é, para se referir ao *processo de constitucionalização da legislação infraconstitucional mediante a reforma constitucional, por emendas constitucionais, dentro um mesmo regime constitucional, sob a égide da mesma Constituição*. Vale dizer, a expressão não será utilizada para abarcar a ideia de constitucionalização da legislação infraconstitucional mediante a ruptura do regime constitucional, em relação à qual o Supremo Tribunal Federal aplica os institutos da recepção e revogação. Isso porque, pela teoria constitucional hegemônica, há abissal diferença de atribuições e limites entre os poderes constituintes originário e derivado. Embora essa questão mereça reflexão profunda a partir da soberania popular, não é o objeto em questão aqui.

Na doutrina brasileira, Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu artigo intitulado “Leis originariamente inconstitucionais compatíveis com emenda constitucional superveniente”, analisa quatro possibilidades de resposta para a questão:

Dessarte, enquanto não contemplada a discussão sobre a superveniência de fundamento de validade para regra que dela presumidamente dantes carecia e firmada uma conclusão sobre seus efeitos, mantém-se irresoluto um problema que, em tese, comportaria as seguintes quatro alternativas de resposta:

- a) uma regra que não foi, no passado, oficialmente reconhecida – e pelos meios próprios – como inconstitucional, *é existente e válida desde o início, pois sua invalidade dependeria de haver sido constituída no pretérito*; logo, se antes os termos da Emenda nada se lhe pode censurar, seria um sem-sentido pretender recusar-lhe, no presente, uma validade que nunca deixou de ter;
- b) a regra acoimada de originariamente inconstitucional, *ainda que efetivamente o fosse*, se compatível com a Emenda, fica *retroativamente validada*, porque passou a estar de acordo com a Constituição e não se pode considerar inconstitucional aquilo que, no presente, se encontra afinado com ela;
- c) a regra originariamente inconstitucional, se compatível com a Emenda, dela receberá um fundamento de *validade “a posteriori”*, entretanto, *só oferecerá esteio para seus efeitos a partir da própria Emenda*, seja pelo simples princípio da irretroatividade, seja porque, a ser de outro modo, franquear-se-ia a *burla ao próprio sistema*, efetúavel mediante produção de leis inconstitucionais em antecipação a Emendas futuras ou, dito pelo inverso, bloquear-se-ia o reconhecimento de inconstitucionalidades graças ao expediente de produzir emenda sucessiva, o que representaria uma fragilização do sistema;
- d) a regra originariamente inconstitucional *continua a padecer de inconstitucionalidade*, pois a lisura do ato – *pertencente a um mesmo sistema constitucional* – pelo necessário respeito à sua integridade absoluta deve ser sempre apreciada ao lume das normas do tempo em que foram produzidas. Se assim não fosse, tal como observado no item anterior, estar-se-ia reconhecendo que o sistema assume, admite e conforta, de antemão, a validação de burlas a si próprio, o que seria ilógico e inadmissível; donde, reconhecer a validação “a posteriori” – mesmo que não retroativa – seria contemporizar com tal desrespeito.¹⁰

Alguns apontamentos sobre as alternativas propostas pelo doutrinador, sem perder de vista as teorias já examinadas sobre os efeitos da norma inconstitucional. No tocante à alternativa *a*, constata-se que adota a teoria da *anulabilidade* da norma inconstitucional, minoritária e confere efeito de convalidação à emenda constitucional sobre as normas ainda não declaradas inconstitucionais. No que diz respeito à alternativa *b*, confere um efeito de convalidação ainda mais amplo à emenda constitucional, por lhe atribuir retroatividade, prestigiando a atuação do constituinte derivado reformador. Já a alternativa *c* confere o efeito de convalidação à emenda

¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Leis originariamente inconstitucionais compatíveis com emenda constitucional superveniente. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Curitiba, ano 2, n. 5, 2000. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.21056/aec.v0i5.772> Acesso em: 4 ago. 2020. p. 18.

constitucional somente a partir de sua promulgação, sem efeitos retroativos. Por fim, a última alternativa, *d*, não confere efeito de convalidação à emenda constitucional, por incidência do princípio da contemporaneidade entre a norma infraconstitucional e o parâmetro constitucional.

Celso Antônio Bandeira de Mello também percorre uma a uma as suas alternativas a fim de concluir pela inadmissibilidade do efeito de convalidação às emendas constitucionais; a emenda constitucional não constitucionaliza a norma inicialmente inválida. Para o doutrinador: “[...] nos casos em que a Emenda Constitucional é editada pouco depois da lei inconstitucional evidenciando que busca remediar o vício que maculava dita lei. Ressaltará, na hipótese, **o objetivo de fraude, conduta desleal, de má-fé [...]**”.¹¹ Finaliza com o seu entendimento acerca da imprescindibilidade da edição de nova lei após a emenda constitucional: “[...] será necessário que, *após a Emenda, seja editada nova lei, se o legislador entender de fazê-lo e de atribuir-lhe teor igual*, pois, só então, será compatível com o enquadramento constitucional vigente”.¹² A doutrina hegemônica no Brasil comunga desse entendimento.

Um parêntesis para a qualificação negativa da conduta do Parlamento atribuída pelo doutrinador. Não só pelas inúmeras limitações ao poder de revisão constitucional — cláusulas pétreas e vedação a dupla revisão — nem apenas pela necessidade de quórum de maioria qualificada (3/5) e tramitação especial (2 turnos nas 2 casas legislativas), mas sobretudo por se tratar de expressão da soberania popular (artigo 14, *caput*, da CF). A máxima “*a má-fé não se presume, a má-fé se prova*” parece não ser aplicável, justamente, aos representantes eleitos democraticamente pelo povo.

No plano jurisprudencial, o entendimento do Supremo Tribunal Federal é o mesmo da doutrina brasileira. Com efeito, é pela inadmissibilidade da constitucionalidade superveniente, por entender que o efeito de convalidação é proibido. Ademais, relega a segundo plano a atualidade do parâmetro constitucional, promovida via emenda constitucional, e aplica o princípio da contemporaneidade. O julgamento da ADI nº 2.158 ilustra o entendimento vigente na Corte:

[...] 1. *Em nosso ordenamento jurídico, não se admite a figura da constitucionalidade superveniente.* Mais relevante do que a atualidade do parâmetro de controle é a constatação de que a inconstitucionalidade persiste e é atual, ainda que se refira a dispositivos da Constituição Federal que não se encontram mais em vigor. *Caso*

¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Leis originariamente inconstitucionais compatíveis com emenda constitucional superveniente. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Curitiba, ano 2, n. 5, 2000. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.21056/aec.v0i5.772>. Acesso em: 4 ago. 2020. p. 31.

¹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Leis originariamente inconstitucionais compatíveis com emenda constitucional superveniente. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Curitiba, ano 2, n. 5, 2000. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.21056/aec.v0i5.772>. Acesso em: 4 ago. 2020. p. 33.

contrário, ficaria sensivelmente enfraquecida a própria regra que proíbe a convalidação. 2. A jurisdição constitucional brasileira não deve deixar às instâncias ordinárias a solução de problemas que podem, de maneira mais eficiente, eficaz e segura, ser resolvidos em sede de controle concentrado de normas. 3. A Lei estadual nº 12.398/98, que criou a contribuição dos inativos no Estado do Paraná, *por ser inconstitucional ao tempo de sua edição, não poderia ser convalidada pela Emenda Constitucional nº 41/03. E, se a norma não foi convalidada, isso significa que a sua inconstitucionalidade persiste e é atual, ainda que se refira a dispositivos da Constituição Federal que não se encontram mais em vigor, alterados que foram pela Emenda Constitucional nº 41/03.*¹³ (Grifou-se)

Salienta-se que, em matéria processual aplicável ao controle concentrado de constitucionalidade, o entendimento mais recente do Supremo Tribunal Federal conduz à extinção sem resolução do mérito da ação direta de inconstitucionalidade (ADI), fundada em vício material, proposta após a modificação substancial ou revogação do parâmetro constitucional supostamente ofendido. No tocante à evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito do prisma processual, ressaltam-se os pontos assinalados no trecho a seguir:

Sob o prisma processual, é incontroversa no STF a possibilidade do reconhecimento, em sede de controle difuso, da inconstitucionalidade de atos normativos por contrariedade ao texto constitucional vigente quando da sua edição. Quanto ao controle abstrato, o entendimento tradicional é no sentido de que o parâmetro para aferição da constitucionalidade deve estar em vigor no momento do julgamento da causa, o que *impediria a propositura de ação baseada em ofensa a norma constitucional que não esteja mais em vigor e levaria à extinção das ações já propostas, quando houvesse revogação superveniente ou alteração substancial dos preceitos constitucionais tidos por violados.* Contudo, em recente julgamento, *o STF mudou a sua posição no que concerne à extinção do processo já instaurado, por revogação ou alteração substancial superveniente do parâmetro constitucional de controle. De acordo com o novo posicionamento da Corte, tais ações devem ser julgadas pelo STF, porque “mais relevante do que a atualidade do parâmetro de controle é a constatação de que a inconstitucionalidade persiste e é atual, ainda que se refira a dispositivos da Constituição que não se encontram mais em vigor”.* Porém, *o Tribunal não modificou a sua orientação quanto à impossibilidade de instauração do controle abstrato de constitucionalidade para aferir a suposta ofensa a normas constitucionais que, quando*

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.158*. Relator Ministro Dias Toffoli, 15 de setembro de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617876>. Acesso em: 27 jan. 2021.

*da propositura da ação, já não estejam mais em vigor, ou tenham sido substancialmente modificadas.*¹⁴ (Grifou-se)

Em termos estritamente práticos, a ausência de apreciação do mérito em sede de controle concentrado poderia implicar *constitucionalização superveniente tácita*. No entanto, não implica. A uma, porque, em sede de controle difuso, admite-se o reconhecimento da inconstitucionalidade material originária, mesmo para ações propostas após a alteração do parâmetro de controle. A duas, porque o Supremo Tribunal Federal acolhe a teoria da *abstrativização do controle difuso*, atribuindo efeitos *erga omnes* e vinculantes a suas decisões incidentais, com fundamento na mutação constitucional do art. 52, inc. X, da CF/88, subtraindo a competência privativa do Senado Federal de suspender a eficácia da lei declarada inconstitucional e transformando-a em órgão de publicidade da decisão judicial. Sendo assim, a figura *constitucionalidade superveniente* não encontra assento no Brasil.

No sentido contrário, há decisão da 1ª Seção do Tribunal Constitucional português. O acórdão nº 408/89, de relatoria do Conselheiro Vital Moreira, admitiu a figura da constitucionalidade superveniente *somente às normas eivadas de vício originário de inconstitucionalidade material* que continuam *em vigor e não tenham sido declaradas inconstitucionais com força obrigatória geral*. Excluídas, portanto, do efeito de convalidação via emendas constitucionais as normas eivadas de vício de inconstitucionalidade formal e orgânica. Outrossim, afastou-se a possibilidade de incidência de efeito retroativo, isto é, a convalidação da norma não é desde sua origem, mas a partir da alteração do parâmetro constitucional.

O raciocínio do relator é que, se uma norma constitucional pode tornar-se inconstitucional em virtude de emenda à Constituição (*inconstitucionalidade superveniente*), então uma norma inconstitucional pode tornar-se constitucional pelo mesmo motivo (*constitucionalidade superveniente*). A seguir, transcreve-se excerto do voto do Acórdão nº 408/89 da 1ª Seção do Tribunal Constitucional português:

[...] Quando, porém, se trata de aferir a legitimidade constitucional do *conteúdo* das normas jurídicas (ou seja, a constitucionalidade *material*), os dados da questão alteram-se radicalmente. Do que se cuida então é de saber se a Constituição consente as *soluções* contidas na norma em questão; o que importa averiguar é se o que a norma estipula é permitido pela Constituição, *independentemente da natureza formal, da autoria, da origem e da data da norma*. **O facto de uma norma ter nascido materialmente conforme à Constituição não impede que ela *passe a ser inconstitucional*, se a Constituição vier a ser alterada de modo a tornar a norma incompatível com ela**

¹⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 567-568.

(era conforme à Constituição, mas deixou de o ser); inversamente, o facto de uma norma ter nascido materialmente inconstitucional não veda que a inconstitucionalidade desapareça (era inconstitucional, mas deixou de o ser), se e a partir do momento em que a Constituição for alterada de modo a permitir a solução contida na referida norma (supondo, evidentemente, que ela continua em vigor, não tendo ela caducado, ou sido revogada ou declarada inconstitucional com força obrigatória geral). Na primeira hipótese, haverá uma *inconstitucionalidade superveniente*; na segunda, uma *constitucionalização superveniente*. Nem uma nem outra têm naturalmente efeitos retroactivos; a inconstitucionalidade superveniente não invalida a norma para o passado (ela continua a não ser inconstitucional nesse segmento temporal) e a constitucionalização superveniente não convalida a norma desde a origem (ela continua a ser inconstitucional no período decorrido até à alteração constitucional que a validou).¹⁵ (Grifou-se)

Na esteira da doutrina portuguesa, em artigo intitulado “Sobre o problema da inconstitucionalidade pretérita post-constitucional”, Ivo Miguel Barroso retrata cinco possibilidades defendidas por diversos doutrinadores.¹⁶ A primeira é idêntica à doutrina brasileira, pela inadmissão da convalidação. A segunda admite a constitucionalidade superveniente, sem efeitos retroativos (*ex nunc*), limitada a inconstitucionalidades materiais pretéritas, defendida por Gomes Canotilho e Vital Moreira. A terceira amplia a admissibilidade da constitucionalidade superveniente também para a inconstitucionalidade orgânica e formal, defendida por Rui Medeiros. A quarta admite a convalidação com efeitos retroativos (*ex tunc*) de qualquer vício de inconstitucionalidade, desde que haja específica intenção de convalidação por parte do legislador, defendida por Miguel Galvão Teles. A quinta também admite a constitucionalidade superveniente de qualquer vício de inconstitucionalidade, com efeitos retroativos, mas dispensa a intenção de convalidação por parte do legislador, defendida, em revisão de sua posição, por Rui Medeiros.

O alinhamento da doutrina e da jurisprudência brasileira pela inadmissão da constitucionalidade superveniente limitam o aprofundamento da temática. Em Portugal, não só já foi proferida decisão pela admissibilidade do instituto como também há diversas correntes doutrinárias acerca do seu alcance temporal (*ex nunc* ou *ex tunc*), da natureza do vício que admite convalidação (só *inconstitucionalidade material* ou também *formal e orgânica*) e da intenção específica do Legislador (*necessidade* ou *desnecessidade*).

¹⁵ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n. 408/89 no processo n. 22/88*. Relator Conselheiro Vital Moreira. 1ª Seção do Tribunal Constitucional. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19890408.html>. Acesso em: 27 jan. 2021.

¹⁶ BARROSO, Ivo Miguel. Sobre o problema da inconstitucionalidade pretérita post-constitucional. *Política & Direito*, n. 4, jul./set. 2013, Diário de Bordo, p. 8-25. Disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/0._inconst_preterita_14_mai2014.pdf. Acesso em: 27 jan. 2021.

Rechaçar o efeito de convalidação das normas originariamente inconstitucionais em virtude das emendas constitucionais posteriores implica negar a máxima “quem pode o mais, pode o menos”. Ora, se o Parlamento pode alterar o parâmetro constitucional — *o mais* —, então poderia constitucionalizar uma lei ordinária — *o menos*. No cotejo do exercício da função legislativa entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional, aquele tem poder de nulificar a legislação com efeitos retroativos e de reavivar leis revogadas em virtude dos efeitos ripristinatórios do controle de constitucionalidade; já este, mesmo via emenda constitucional, sequer tem a possibilidade de convalidar a legislação infraconstitucional em vigor, ainda não declarada inconstitucional, eivada de vício originário de inconstitucionalidade material.

A discussão sobre a atuação judicial no controle de constitucionalidade está em voga, sobretudo por sua hipertrofia. No entanto, a temática aqui discutida requer a análise sobre os limites e as possibilidades da atuação do legislativo, na função específica de constituinte derivado reformador, como expressão da soberania popular. Com efeito, a doutrina brasileira prescreve cláusulas pétreas implícitas, inclusive a vedação à teoria da dupla revisão.

4 Poder constituinte derivado: do engessamento à força política do direito de reforma constitucional, apto a promover a constitucionalidade superveniente, com fundamento na soberania popular

A função legislativa implica poder político substancial na vida constitucional. Com efeito, “[...] as questões constitucionais essenciais são políticas [...]”¹⁷ e a jurisdição constitucional é atividade legislativa caracterizada por seu caráter político.¹⁸ Segundo a doutrina “À ‘separação dos poderes’ é inerente a supremacia do Poder Legislativo”.¹⁹ Manoel Gonçalves Ferreira Filho registra que, a partir de 1920, a paralisia dos Parlamentos levou a delegação do poder de legislar em boa medida aos Executivos. Neste estado de coisas, Kelsen defende uma perspectiva de *constitucionalismo* que se tornou hegemônica: “A função política da Constituição é estabelecer limites ao exercício do poder”.²⁰ Conforme essa concepção negativa, o poder era exercido apenas pelo Legislativo e pelo Executivo, cabendo ao Judiciário impor limites ao seu exercício.

¹⁷ BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 14.

¹⁸ SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. A ideia permeia todo o conjunto da obra referenciada.

¹⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 139.

²⁰ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 240.

A centralidade do constitucionalismo na *contenção* e *limitação* do poder é criticada.²¹ Segundo Waldron, a democracia e os representantes eleitos pelo povo são vistos pelo constitucionalismo como inimigos naturais. No entanto, o foco deve ser a busca da *igualdade política*, cumprindo-se o ideal democrático de forma afirmativa, mediante o empoderamento dos cidadãos. A teoria do *poder constituinte* — idealizada pelo abade Emmanuel Joseph Sieyès — é utilizada para garantir ao judiciário falar em nome do soberano popular situado noutra tempo e, concomitantemente, recusar a soberania popular das maiorias atuais.

Configura-se, assim, o paradoxo do constitucionalismo: “O constitucionalismo conduz à paradoxal admissão de uma soberania popular que precisa ser absoluta (para fundamentar a validade da constituição) e ao mesmo tempo limitada (para respeitar a validade da constituição)”.²² O conceito de soberania popular — poder ilimitado e permanente — “ficou reduzido a um elemento retórico de legitimação dos poderes constituídos”.²³ O poder é ilimitado apenas para o constituinte originário, restando ao constituinte derivado reformador um poder permanente, mas limitado. Nessa linha de raciocínio: “A soberania do povo torna-se uma espécie de conceito suicida: esse poder somente é exercido para anular a si próprio, mediante a delegação do poder constituinte a uma assembleia. Com isso, a legitimidade torna-se uma categoria apenas retrospectiva [...]”.²⁴

A ausência do elemento *poder ilimitado* — intrínseco ao conceito de soberania popular — na atividade do constituinte derivado reformador exterioriza-se não pelas cláusulas pétreas expressas no corpo do texto constitucional, mas sim rejeição da maioria da doutrina brasileira à teoria da *dupla revisão* ou *duplo processo de revisão*, impedimento que não encontra expressa dicção constitucional. Conforme Manoel Gonçalves Ferreira Filho, defensor da teoria da *dupla revisão*, “[...] não se deve admitir limitações implícitas sempre que houver uma decisão inequívoca do constituinte sobre o que é imutável. De fato, a lógica manda entender que, nesse caso, o que não foi enunciado foi posto de lado como não essencial”.²⁵

²¹ WALDRON, Jeremy. *Political political theory: essays on institutions*. Cambridge, Massachusetts, & London, England: Harvard University Press, 2016. p. 23-44.

²² COSTA, Alexandre Araújo. O poder constituinte e o paradoxo da soberania limitada. *Teoria & Sociedade* (UFMG), v. 19, p. 180-205, 2011. Disponível em: <https://teoriaesociedade.fafich.ufmg.br/index.php/rt/article/view/16>. Acesso em: 27 jan. 2021. p. 182.

²³ COSTA, Alexandre Araújo. O poder constituinte e o paradoxo da soberania limitada. *Teoria & Sociedade* (UFMG), v. 19, p. 180-205, 2011. Disponível em: <https://teoriaesociedade.fafich.ufmg.br/index.php/rt/article/view/16>. Acesso em: 27 jan. 2021. p. 202.

²⁴ COSTA, Alexandre Araújo. O poder constituinte e o paradoxo da soberania limitada. *Teoria & Sociedade* (UFMG), v. 19, p. 180-205, 2011. Disponível em: <https://teoriaesociedade.fafich.ufmg.br/index.php/rt/article/view/16>. Acesso em: 27 jan. 2021. p. 202.

²⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 317.

De acordo com a teoria da dupla revisão, o constituinte derivado reformador tem autoridade para alterar as cláusulas pétreas expressas na Constituição. A doutrina majoritária no Brasil não a admite, sob o argumento de que se trata de *fraude à autoridade do constituinte originário*. E, dessa forma, rejeita o caráter permanente do *poder ilimitado*, elemento indissociável da soberania popular. De outro lado, Manoel Gonçalves Ferreira Filho chega a dizer que a Constituição de 1988 e suas cláusulas pétreas são obra do constituinte derivado e não do constituinte originário. Isso porque a Assembleia Nacional Constituinte foi convocada pela Emenda Constitucional nº 26/1985 à Constituição de 1967. Vale dizer: não houve efetiva ruptura com o regime constitucional anterior.

A teoria da dupla revisão é capaz de devolver, em tese, a integridade à soberania popular, resgatando o *poder ilimitado* subtraído pela ideia de constituinte originário. Para alcançar-se a efetividade, no entanto, o Supremo Tribunal Federal vai ter de usar as lentes da *contenção* e *limitação* no exercício de seu próprio poder de revisar a legislação. Também vai ser necessário desconstruir as teorias que desacreditam o legislador como a *leitura moral da Constituição*: “[...] os legisladores são vulneráveis a pressões políticas dos mais variados tipos, tanto pelo lado financeiro quanto pelo lado político propriamente dito, de tal modo que o poder legislativo não é o veículo mais seguro para a proteção dos direitos de grupos pouco populares”.²⁶

A soberania popular — poder ilimitado e permanente — é o fundamento para defender que as emendas constitucionais tenham a força política de convalidar normas originária e materialmente inconstitucionais, não revogadas, nem declaradas inconstitucionais. A igualdade política dos cidadãos confere ao Parlamento a prerrogativa de emendar à Constituição e para fazer incidir o efeito de convalidação sobre a legislação infraconstitucional. Em síntese, é o legislador que detém legitimidade democrática e autoridade constitucional para dizer sobre os efeitos das emendas constitucionais que promulga.

5 Considerações finais

As teorias da *nulidade* e da *anulabilidade* da norma inconstitucional surgiram em contextos históricos e políticos distintos, provocando distintas configurações institucionais, sobretudo entre o Legislativo e o Judiciário. A *tese da nulidade* é atribuída à decisão de Marshall no caso *Marbury v. Madison*, na origem do *judicial review* norte-americano, com o escopo de empoderar o Judiciário para fazer frente

²⁶ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 53.

à derrota eleitoral. A *tese da anulabilidade* é atribuída a Kelsen, idealizador do sistema de revisão judicial da legislação austríaco, com o objetivo de propiciar segurança jurídica e deferência à interpretação constitucional do legislador. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal adota a *tese da nulidade*, com as mitigações promovidas pelo instituto da *modulação dos efeitos*, sujeitando as relações jurídicas pretéritas e a sorte dos atos legislativos às suas decisões.

A *constitucionalidade superveniente* diz respeito ao efeito de convalidação das normas originariamente inconstitucionais pelas emendas constitucionais. A reforma constitucional poderia, ao compatibilizar o parâmetro constitucional, constitucionalizar a norma inconstitucional. O instituto não é aceito pela doutrina brasileira hegemônica nem pelo Supremo Tribunal Federal, que já a afastou. Na jurisprudência portuguesa, a 1ª Seção do Tribunal Constitucional já admitiu a *constitucionalidade superveniente*. Na doutrina portuguesa, dentre os que admitem o instituto, há diversas *nuances* que vão desde os efeitos (*ex nunc* ou *ex tunc*) até a sua extensão (só *inconstitucionalidade material* ou também *formal e orgânica*), inclusive sobre a necessidade de *ato volitivo* do legislador.

A teoria do *poder constituinte* cindiu os elementos da *soberania popular*. Com efeito, o *poder ilimitado* foi atribuído ao *poder constituinte originário*; já o *poder permanente, mas limitado*, foi atribuído ao *poder constituinte derivado*. Estabeleceu-se uma relação de subordinação entre a *geração dos constituintes* e a *geração dos poderes constituídos*, relegando a *soberania popular* a mero discurso retórico, com o fim único de legitimar — de forma retrospectiva — a defesa do plano constitucional supostamente traçado pela *geração dos constituintes*.

A *teoria da dupla revisão* tem a capacidade, em tese, de reagrupar os elementos da soberania popular, *ilimitado e permanente*, ao conceder ao *poder constituinte derivado reformador* a autoridade constitucional e a legitimidade democrática para alterar as cláusulas pétreas da Constituição. No entender de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a Constituição de 1988 é uma expressão do *poder constituinte derivado*, porquanto a Assembleia Nacional Constituinte foi convocada via Emenda Constitucional nº 26/1985 à Constituição de 1967.

Defende-se, portanto, o instituto da *constitucionalidade superveniente*, com fundamento na soberania popular, no poder ilimitado e permanente do poder constituinte derivado, conferindo às emendas constitucionais o efeito de convalidar as normas materialmente inconstitucionais — não revogadas nem declaradas inconstitucionais — com efeitos prospectivos a contar da promulgação, independentemente de manifestação específica do legislador, nos termos da decisão da 1ª Seção do Tribunal Constitucional português no Acórdão nº 408/89.

Por tais razões, a Lei nº 13.876, publicada em 23.09.2019, que reduziu a competência delegada da Justiça Estadual em matéria previdenciária, foi convalidada pela Emenda Constitucional nº 103, a partir de sua promulgação em 13.11.2019.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Leis originariamente inconstitucionais compatíveis com emenda constitucional superveniente. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Curitiba, ano 2, n. 5, 2000. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.21056/aec.v0i5.772>. Acesso em: 4 ago. 2020.

BARROSO, Ivo Miguel. Sobre o problema da inconstitucionalidade pretérita post-constitucional. *Política & Direito*, n. 4, jul./set. 2013, Diário de Bordo, p. 8-25. Disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/O_inconst_preterita_14_mai2014.pdf. Acesso em: 27 jan. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.158*. Relator Ministro Dias Toffoli, 15 de setembro de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617876>. Acesso em: 27 jan. 2021.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1984.

COSTA, Alexandre Araújo. O poder constituinte e o paradoxo da soberania limitada. *Teoria & Sociedade* (UFMG), v. 19, p. 180-205, 2011. Disponível em: <https://teoriaesociedade.fafich.ufmg.br/index.php/rts/article/view/16>. Acesso em: 27 jan. 2021.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 2012.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n. 408/89 no processo n. 22/88*. Relator Conselheiro Vital Moreira. 1ª Seção do Tribunal Constitucional. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19890408.html>. Acesso em: 27 jan. 2021.

SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

STERN, Ana Luiza Saramago. O caso *Marbury v. Madison*: o nascimento do *judicial review* como artifício político. *Revista Direito e Liberdade*, v. 18, n. 3, p. 193-212, set./dez. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-e-Liberd_v.18_n.03.06.pdf. Acesso em: 27 jan. 2021.

WALDRON, Jeremy. *Political political theory: essays on institutions*. Cambridge, Massachusetts & London, England: Harvard University Press, 2016.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

LEAL, Fellipe Guerin; VERAS NETO, Francisco Quintanilha; BARCELLOS, Rafael Siegel. A força política do poder constituinte derivado com fundamento na soberania popular: em defesa da constitucionalidade superveniente e seu efeito de convalidação. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 23, n. 91, p. 117-136, jan./mar. 2023. DOI: 10.21056/aec.v23i91.1735.
