



# RDDPC

Revista de Direito Público  
Contemporâneo

ISSN 2594-813X

# RDPC

## Revista de Direito Público Contemporâneo

Ano nº 04 | Volume nº 01 | Edição Nº 02 | Jan/Jun 2020

Año nº 04 | Volumen nº 01 | Edición Nº 02 | Jan/Jun 2020

**Fundador:**

**Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ/UNIRIO.**

**Editor-Chefe | Editor-Jefe:**

**Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ/UNIRIO.**

**Co-Editor | Coeditor:**

**Prof. Dr. Alexander Espinoza Rausseo, UEC.**

**Equipe Editorial | Equipo editorial:**

**Sra. Camila Pontes da Silva.**

**Sr. Eric Santos de Andrade.**

**Sr. Jonathan Mariano.**

**Sra. Gabriela Vasconcellos.**

**Sra. Natalia Costa Polastri Lima.**

**Diagramação | Diagramación:**

**Sr. Daniel Pires Lacerda.**



## Revista de Direito Público Contemporâneo Revista de Derecho Público Contemporáneo Journal of Contemporary Public Law

### Conselho Editorial Internacional | Consejo Editorial Internacional International Editorial Board

Sr. Alberto Levi, Università di Modena e Reggio Emilia, Emilia-Romagna, Itália.  
Sr. Alexander Espinoza Rausseo, Instituto de Estudios Constitucionales, IEC, Caracas, Venezuela.  
Sr. Jorge Miranda, Universidade de Lisboa, ULISBOA, Lisboa, Portugal.  
Sr. Luis Guillermo Palacios Sanabria, Universidad Austral de Chile (UACH), Valdivia, Región de los Ríos, Chile, Chile  
Sra. Isa Filipa António, Universidade do Minho, Braga, Portugal, Portugal  
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla, US, Sevilha, Espanha.  
Sra. María Laura Böhm, Universidade de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina.  
Sr. Mustava Avci, University of Anadolu Faculty of Law, Eskişehir, Turquia.  
Sr. Olivier Deschutter, New York University, New York, USA.

### Conselho Editorial Nacional | Consejo Editorial Nacional National Editorial Board

Sra. Adriana Scher, Centro Universitário Autônomo do Brasil, UNIBRASIL, Curitiba, PR.  
Sra. Ana Lúcia Pretto Pereira, Centro Universitário Autônomo do Brasil, UniBrasil, Curitiba, PR, Brasil.  
Sr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, Universidade de São Paulo, USP, São Paulo, Brasil.  
Sr. Bráulio de Magalhães Santos, Universidade Federal de Juiz de Fora, UFJF, Governador Valadares, MG, Brasil.  
Sr. Carlos Ari Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas, FGV, São Paulo, SP, Brasil.  
Cavichioli Paulo Afonso Cavichioli Carmona, UNICEUB - Centro Universitário de Brasília, Brasil  
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil.  
Sra. Cynara Monteiro Mariano, Universidade Federal do Ceará, UFC, Ceará, Brasil.  
Sr. Diogo R. Coutinho, Universidade de São Paulo, USP, São Paulo, Brasil.  
Sr. Diogo de Figueiredo Moreira Neto (in memoriam), Pontifícia Universidade Católica, PUC, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.  
Sr. Emerson Gabardo, Pontifícia Universidade Católica, PUC, Curitiba, PR, Brasil.  
Sr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal do Estado e Rural do Rio de Janeiro, UFRRJ/UNIRIO, RJ, Brasil.  
Sr. Eros Roberto Grau, Instituto Brasileiro de Direito Público, IDP, Brasília, DF, Brasil.  
Sr. Flávio Roberto Baptista, Universidade de São Paulo, USP, São Paulo, SP, Brasil.  
Frederico Augusto Pasdchoal, Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, Santa Catarina, Brasil., Brasil  
Sr. Ingo Sarlet, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUC, RS, Brasil.  
Sr. Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara, Pontifícia Universidade Católica, PUC-SP, São Paulo, Brasil.  
Sr. Jamir Calili, Universidade Federal de Juiz de Fora, Governador Valadares, MG, Brasil.  
Sra. Jéssica Teles de Almeida, Universidade Estadual do Piauí, UESPI, Piriá, PI, Brasil.  
Sr. José Carlos Buzanello, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, UNIRIO, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.  
Sra. Monica Teresa Costa Sousa, Universidade Federal do Maranhão, UFMA, Maranhão, Brasil.  
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil LTDA, UNIBRASIL, Curitiba, PR, Brasil.  
Sr. Philip Gil França, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUC-RS, Brasil.  
Dr. Plauto Cavalcante Lemos Cardoso, Associação Argentina de Justiça Constitucional (AAJC), Brasil  
Sr. Rafael Santos de Oliveira, Universidade Federal de Santa Maria, UFSM, Santa Maria, RS, Brasil.  
Sra. Regina Vera Villas Boas, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUCSP, São Paulo, SP, Brasil.  
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil.  
Sr. Yuri Schneider, Universidade do Oeste de Santa Catarina, UNOESC, SC, Brasil.

### Avaliadores | Evaluadores | Evaluators

Sra. Isa Filipa António, Universidade do Minho, Braga, Portugal, Portugal 2  
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla, US, Sevilha, Espanha. 2  
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil.2  
Sr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, UFRRJ, RJ, Brasil.  
Sr. Flávio Antonio de Oliveira, Universidade Santa Cecília, UNISANTA, São Paulo, SP, Brasil. 2  
Sr. Manoel Messias Peixinho, Pontifícia Universidade Católica, PUC, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.  
Dr. Plauto Cavalcante Lemos Cardoso, Associação Argentina de Justiça Constitucional (AAJC), Brasil 2  
Sra. Samara de Oliveira Pinho, Universidade Federal do Ceará, UFC, Ceará, Brasil.  
Sr. Yan Capua Charlot, Universidade Federal do Sergipe, Aracaju, SE, Brasil., Brasil 2

**A GARANTIA DO CONTRADITÓRIO AOS AUTORES DO ATO NORMATIVO NAS  
AÇÕES CONCENTRADAS DE CONSTITUCIONALIDADE E  
INCONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO COMPARADO**

**THE GUARANTEE OF THE CONTRADICTION TO THE AUTHORS OF THE  
NORMATIVE ACT IN CONCENTRATED CONTROL OF CONSTITUTIONALITY  
AND UNCONSTITUTIONALITY IN COMPARATIVE LAW**

**Arménio Alberto Rodrigues Da Roda<sup>1</sup>**

**RESUMO:** O presente artigo tem por objeto fulcral, discutir de forma comparada a possibilidade do exercício do contraditório, pelo autor do ato normativo incompatível com a constituição, em processo ou em procedimentos das ações concentradas de declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Para que este, se pronuncie em relação a suposta antinomia existente correlação a Constituição, e que argumente a motivação política primária, que tenha dado origem a aprovação do tal ato normativo questionado. Outrossim, agregar de forma sumária a análise dos efeitos das ações constitucionais acima mencionadas, no âmbito comparado, distinguindo o modelo político de controle de constitucionalidade e modelos judiciais, conseqüentemente debruçar-se sobre a natureza jurídica dos mesmos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Garantia do Contraditório; Natureza política; Ações Concentradas de Constitucionalidades, Direito Comparado

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to discuss in a comparative way the possibility of the exercise of the contradictory, by the author of the normative act incompatible with the constitution, in process or in proceedings of concentrated actions of declaration of constitutionality or unconstitutionality. For the author may bring comment on the alleged antinomy that exists with the Constitution, and to argue the primary political motivation that gave sense to the approval of such a normative act. Furthermore, summarize the analysis of the effects of the above constitutional actions, in the comparative scope, distinguishing the political model of control of constitutionality and judicial models, consequently addressing the legal nature of them.

**KEYWORDS:** Contradictory Guarantee; Political nature; Concentrated Constitutional Actions, Comparative Law

**Data da submissão:** 17/10/2019

**Data da aprovação:** 05/05/2020

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestrado em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

## 1. INTRODUÇÃO

A questão que se coloca no âmbito das ações diretas de inconstitucionalidades ou de declaração de constitucionalidade, é saber, se no âmbito de julgamento das normas incompatíveis com a Constituição, cabem a participação processual obrigatória dos órgãos legiferantes que tenha dado origem o suposto ato normativo antinômico à Constituição, neste caso o Parlamento, que é por excelência o autor das leis que regem o ordenamento jurídico e os demais órgãos subalternos com poder para legislar.

Neste contexto, urge-nos olhar para diferentes posições constitucionais em torno do dilema apresentado. Para vários sistemas jurídicos e segundo alguns doutrinadores, estes entendem, que o contraditório não se demonstra necessário ou fundamental, porque não se trata de um processo objetivo, materialmente constituído por partes, sendo que, numa ação direta de inconstitucionalidade, o rol dos legitimados, de acordo com algumas constituições e doutrina, não podem ser caracterizadas como partes ativas do processo, sendo um processo puramente objetivo. Neste caso, o Parlamento que é por excelência órgão legiferante e os demais órgãos estaduais, municipais e outros interessados, não são considerados materialmente como partes passiva, para deduzir contraditório no âmbito de um processo constitucional para a declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade. Inobstante, a este posicionamento, é preciso entender que o conceito de partes, não poder ser reduzido a uma compressão dogmática processualista, todavia, uma compressão ampla, discursiva, jurídica e política dos interessados, para composição dialética na feitura qualquer ato normativo.

Todavia, o princípio do contraditório, não é exclusivo aos processos das ações subjetivas, ou de partes, que garante a paridade de armas aos sujeitos do processo, antes demais ,configura como garantia para composição dialética normativa e discursiva, em questões de natureza política, jurídica paradoxal, para que se garanta a participação de todos interessados, o direito de esgrimir argumentos oposto ou semelhante. E sem olvidar, a dimensão processualista do contraditório, enquanto princípio primacial do procedimento ou processo jurídico.

Em qualquer processo de julgamentos, seja de natureza política e jurídica, existem interesses heterogêneos, ou mesmo interesses divergentes que podem ser

aclarados com a possibilidade do exercício contraditório processual, em que os interesses podem ser racionalmente e juridicamente justificado. Contudo, a ausência do contraditório pelo autor do ato normativo, pode suscitar várias implicações políticas e jurídicas como ficará demonstrado adiante.

A pesquisa tem por objetivo apreciar a importância do princípio do contraditório nas ações objetivas de constitucionalidade no direito comparado, debruçando-se de forma crítica e descritiva em relação os modelos de controle de constitucionalidade. Para o efeito, a pesquisa foi baseada em método bibliográfico e de abordagem comparada em relação ao objeto temático.

## **2. O CONTROLE CONSTITUCIONAL COMO GARANTIA DEMOCRÁTICA DO ESTADO E OS CONTORNOS DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

O órgão que cria uma lei, declara uma vontade expressa, outrora entendida como a vontade geral do povo, neste sentido, a lei manifesta o interesse politicamente legitimado, dotado da presunção de constitucionalidade e legalidade, e que representa o desiderato estatal, representando o contingente populacional(povo).

Entretanto, não admitir o contraditório processual obrigatório, em julgamento constitucional de um determinado ato normativo, que possui a natureza política por excelência, é por sua vez negar uma decisão consensual e democrática.

No ordenamento jurídico brasileiro, a ação de direta de inconstitucionalidade é regulada pela lei nº 9.868/99, em que prevê a possibilidade do relator, no âmbito do processo do julgamento, poder pedir informações aos órgãos ou as autoridades das quais emanou a lei, ou o ato normativo impugnado. E se o ato impugnado for uma lei federal, as informações serão pedidas ao Congresso Nacional, e ao Presidente da República, se for estadual serão pedidas as informações à Assembleia legislativa e ao governador do estado, e se for Municipal sucedera o mesmo, as informações serão pedidas a Assembleia Municipal. (Cunha Dirley,2008, p.324-326)

As possibilidades acima aludidas na lei brasileira, em princípio coaduna parcialmente com a proposição assumida no presente artigo, porém, cabe-nos frisar que *o pedido de informação, dirigida aos autores da lei e outros interessados*, segundo alguns autores, pode ser entendido como o verdadeiro contraditório e ampla defesa, exercido pelo órgão que foi responsável pelo ato normativo. Ademais, constitui uma garantia processual na qual poder ser caracterizada como a espinha dorsal para um julgamento democrático, justo e consensual. No que tange a concreção da ampla defesa e duplo grau de jurisdição, no âmbito processual.

A participação democrática através do exercício do contraditório, configura como garantia processual de caráter essencial em processo de qualquer natureza, ou seja, é o mecanismo para chegar-se a uma decisão justa e democrática e que se demonstra indeclinável em relação aos processos políticos constitucionais.

Inobstante, a compressão que o processo de inconstitucionalidade detem o caráter objetivo e não materialmente subjetivo, todavia, é preciso acautelar determinados aspetos de natureza de participativa, política, democrática, que decorrem no âmbito da feitura da lei, sob pena de descambar em equívocos, de relegar a função legislativa do Parlamento ao poder Judicial. O é que corriqueiro nas democracias modernas, o famigerado ativismo judicial, que em certa medida pode suscitar intromissão arbitrária do judiciário nos aspetos típicos da função executiva e política, suscitada pela não possibilidade processual de contraditório do legislativo, no âmbito de julgamentos constitucionais.

No tocante aos aspetos históricos ressalta o estimado professor Dirley Cunha, que lembra que, o controle de constitucionalidade não nasceu de um ato genial de um só homem. Ele é resultado de um gradual processo de amadurecimento através de séculos de história.

Refere-se que esse processo remonta a antiguidade clássica em especial a civilização ateniense, onde se distinguia entre os *nómoi* e o *pséfisma*. Em linguagem hodierna deve entender que os *nómoi*, representam as leis constitucionais da época, não só porque dispunha sobre organização do Estado, mas também porque só podiam ser alterados por procedimentos especiais. Já o *pséfisma* apresentava-se como uma lei ordinária que, qualquer que fosse seu conteúdo, deveria conformar-se material e formalmente, como os *nomoi*. O descompasso entre o *pséfisma* e *nomoi*

era resolvido em favor deste, em face do seu reconhecimento de superioridade. (Cunha Dirley,2008, p.325)

Na apreciação contemporânea, pode-se citar o constitucionalismo norte americano, que 17 de setembro, consagrou a supremacia da Constituição, ao incluir no seu artigo VI, cláusula 2- (conhecida como Supremacy Clause) que estabelecida a supremacia da Constituição diante das demais leis abaixo do texto constitucional.

Foi com o desenvolvimento do constitucionalismo americano que se fundou o controle difuso da constitucionalidade, na qual qualquer Juiz, em caso de ato normativo que não se conformasse com a Constituição, este, teria a legitimidade de afastar a suposta lei incompatível com a Constituição, diferentemente do controle concentrado que objeto central do artigo, que foi defendido por Kelsen jurista austríaco, na qual entendia que uma lei, só pode ser declarada inconstitucional exclusivamente pela corte constitucional, sendo que a partir desta declaração ela perde o seus efeitos jurídicos para o futuro. (CUNHA, 2008, p.326-238)

Segundo o Jorge Miranda, os conceitos de constitucionalidade e institucionalidade expressam uma relação respectivamente de conformidade e desconformidade que estabelece entre a Constituição e o comportamento estatal. Primeiro termo da relação de inconstitucionalidade é, pois, a Constituição, não na sua globalidade ou em bloco, mas sim por referência a uma norma certa e determinada. Nesse particular, ainda inconstitucionalidade se caracteriza pela violação a uma norma constitucional. O segundo termo da relação de constitucionalidade é o comportamento estatal, que tanto pode ser positivo (Uma ação) como negativo (uma omissão), na medida que haverá a inconstitucionalidade, tanto em face de um ato praticado contra uma norma constitucional, como em razão da inércia do poder público diante da norma constitucional que determina um agir. Esse comportamento estatal positivo ou negativo pode ser normativo ou não normativo, geral ou individual, abstrato ou concreto. A relação de desconformidade entre a Constituição e o comportamento estatal, entretanto há de ser necessariamente direta que se traduza exatamente numa violação direta e imediata de uma norma constitucional. (CUNHA, 2008, p.326-238. Cf MIRANDA)

Depois de termos esclarecido de forma sumária as questões históricas e conceituais do tema da constitucionalidade e inconstitucionalidade, cabe-nos adentrar ao fulcro do problema que tem como pretensão admissibilidade de

prerrogativa do exercício contraditório nos atos procedimentais ou processuais dos julgamentos constitucionais das normas jurídicas, pelas cortes constitucionais.

Primeiramente, é imprescindível a compressão, que a declaração de uma norma como constitucional ou inconstitucional, não é do interesse peculiar ou exclusivo de diminuto número de juízes, ou do Supremo Tribunal ou o Conselho Constitucional que delibera monocraticamente, os aspetos políticos do Estado, antes, configura como o interesse da coletividade democrática, do desiderato majoritário do Estado constituído pelo povo, que lhe é garantido o seu direito e exercício à cidadania. Todavia, a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, deverá ser concebido como questões de natureza política que jurídica, na qual todos cidadãos têm interesses e expectativas normativas em relação a determinada lei, supostamente antinômica à Constituição.

Atendendo a premissa jurídica, ou o juízo racional do Peter Herbel que propõe uma hermenêutica constitucional de uma sociedade aberta, de interpretes da Constituição. Portanto este teor hebeliano, conduz a justificação da possibilidade do contraditório aos autores do ato normativo que representa o desiderato majoritário do povo, nisto, concretiza-se o ideário da ampla participação dos cidadãos nos processos das tomadas de decisões política e jurídicas constitucionais. E de mais a mais, para presente artigo, entendemos que o contraditório exercido pelo legislativo e outros órgãos subalternos legiferantes, em ações constitucionais, tem o caráter da manifestação expressa da vontade geral ou popular, que concretiza a soberania assente no povo. Mesmo que seja paradoxal hodiernamente, o conceito de vontade geral, não aceite na sua plenitude, devido as fragmentações políticas representadas no Parlamento e a crise de representatividade que se vislumbra no atual cenário políticos interno dos Estados.

O contraditório demonstra-se uma ferramenta indeclinável para a manifestação de contrapontos políticos de uma determinada lei, que pode ser anuída por um grupo ou rejeitada por outros.

O controle de constitucionalidade, embora exercido por excelência por poder judiciário, em alguns países, como Brasil, Portugal, Áustria, em outros países o controle de constitucionalidade é exercido pelo próprio Congresso ou o Parlamento, sendo neste caso alguns países do *Common Law*. (CLEVÉ, 2000, P.43)

Numa sociedade de hermenêutica constitucional aberta e de ampla participação democrática dos cidadãos. Garantir o contraditório ao Congresso, aos outros órgãos legiferante dos atos normativos, traduz-se na manifestação da vontade política de diversos grupos integrante do corpo social, se posicionem juridicamente e moralmente perante uma determinada lei, supostamente incompatível, permitindo que estes esgrimem seus argumentos políticos e jurídicos.

Deste modo, deve se ter em consideração, que a não participação formal do órgão autor, do suposto ato normativo questionado, em um processo de julgamento de uma determinada lei ou ato normativo dúbio ou ambíguo, reduz o desiderato coletivo expresso nas leis anuídas pelos representantes políticos que deram origem o ato.

A questão que não quer calar é seguinte, o que deve prevalecer, na ausência do contraditório, a vontade do legislador ou do poder julgador, neste caso o Judiciário? Atendendo que o papel primacial do legislador de feitura das leis que compõe o ordenamento jurídico. E o que dizer se este não lhe é garantido o direito de contraditar, se este é gerador do suposto ato inconstitucional. Pelo menos no ordenamento jurídico moçambicano, esta questão é acautelada, por via do contraditório exercido pela Assembleia da República, diferentemente o que ocorre no Brasil e outros sistemas, que não permitem o contraditório jurídico, no seu verdadeiro sentido. Já na Alemanha, essa prerrogativa é garantida ao Parlamento, por via do instituto do apelo ao legislador, que confere a oportunidade ao Parlamento de se pronunciar em relação um ato normativo em processo de ser declarado inconstitucional.

## **2.1. CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE NA EUROPA**

Já na Áustria, quase em toda Europa Continental, até o início do presente século, inexistia qualquer procedimento de fiscalização de constitucionalidade.

O parlamento na Áustria, provavelmente por influência do Direito Público francês assumia uma posição importante em relação a supremacia da Constituição e em relação as demais leis; sendo a lei uma expressão da soberania, descabia qualquer órgão estatal, mesmo o Judiciário questionar a respeito da sua legitimidade. (CLEVÈ, 2000, p.53)

Em 1920, todavia a Áustria adotou um mecanismo de fiscalização constitucional de constitucionalidade, como veremos não se confundi como americano. Hans Kelsen, foi o mentor da concepção de fiscalização de constitucionalidade incorporada pela Constituição de 1920, aperfeiçoada em 1929.

Para o Kelsen, o facto de uma lei contrariar a Constituição, não se deve deduzir que ela seja nula ou inexistente, sustenta o jurista, que afirmação corrente na jurisprudência tradicional, de que uma lei é inconstitucional, há de ter sentido jurídico possível, não pode ser tomada ao pé da letra. O seu significado apenas pode ser o de que a lei em questão, de acordo com a Constituição pode ser revogada não só pelo processo usual, quer dizer, por uma outra lei segundo o princípio *lex posterior derogat a prior*, mas também através de um processo especial, previsto na Constituição. (CLEVÈ, 2000, P.37) <sup>2</sup>

Segundo KELSEN, a inconstitucionalidade consiste em meros pressuposto da sanção de anulação. A lei inconstitucional não é nula, mas sim anulável, sendo válida até a sua anulação. Daí porque a decisão que reconhece a inconstitucionalidade é constitutiva produzindo eficácia *exnunc*. Para ele então “não é correto que se afirmar, quando a decisão anulatória da lei é designada como a declaração nulidade.

Cabe a Constituição definir o processo através do qual a lei inconstitucional será anulada, bem como os órgãos competente para tanto. Kelsen entende que a fiscalização da constitucionalidade não é a função própria do judiciário, constituindo antes uma espécie de função constitucional autônoma, de certo modo comparável a função legislativa negativa. Seria necessário criar um órgão, um constitucional para exercitar essa relevante função.

A Constituição Austríaca de 1920, com efeito institui uma Corte Constitucional competente para de modo concentrado e unicamente por uma via de ação direta, exercitar da fiscalização da constitucionalidade. Estando a fiscalização concentradas

---

1. A diferença entre o modelo de fiscalização, é mais notório entre os modelos norte Americano, o difuso na qual qualquer juiz e tribunal pode apreciar e resolver um caso de uma lei que não se compatibilize com a constituição. E austríaco, o concentrado na qual somente único órgão dotado de competência pode apreciar e declarar a inconstitucionalidade, portanto ambos modelos desempenham uma função central de garantia jurídicas e políticas para não permitir as arbitrariedades legais predominem em face da sua contradição com o texto e os valores constitucionais garantido pelo Estado.

em mão da corte constitucional, os tribunais ordinários, com efeito, não dispunham de competência para examinar a constitucionalidade das leis.

Com a reforma constitucional de 1929, apar do controle abstrato das leis (via de ação direta) passou o modelo Austríaco a admitir igualmente, o controle concreto, provocado no decurso de uma demanda judicial. Neste caso, reconhece-se o efeito retroativo a decisão anulatória pronunciada pela Corte Constitucional. Todavia este controle concreto (por via de exceção) apenas pode ainda hoje ser suscitado pelos órgãos jurisdicionais de segunda instância. Aos demais órgãos da magistratura ordenaria não caberia mais do que aplicar a lei, ainda quando sobre ela pairam dúvidas quanto a sua compatibilidade com a Constituição. O modelo austríaco de jurisdição concentrada foi assimilado por outros países, especialmente europeus, é caso de Alemanha, da Itália, da Espanha, da Turquia, da Grécia recentemente a Bélgica. (CLEVÈ,2000, P.46)

Ao lado desses modelos, cumpre reconhecer, ainda a existência de sistema de fiscalização da constitucionalidade que não se encaixam com perfeição em nenhum deles. No modelo português os Juízes e os Tribunais dispõem de competência para conhecer e para decidir, com recurso possível e necessário, em um sistema introduzido em Portugal em 1976 com a comissão constitucional e confirmado, com correções de em 1982 com o Tribunal Constitucional.

No sistema brasileiro os juízes e os tribunais dispõem de competência para conhecer e para decidir, com recurso possível, para um tribunal, que embora situado dentro da ordem judicial é órgão máximo para questões constitucionais. este modelo não se confunde com o norte americano, porque ao lado da fiscalização concreta, admite igualmente a fiscalização abstrata da constitucionalidade que é no caso das leis estaduais e federais em face da Constituição Federal, concentrado no Supremo Tribunal Federal. Como o português mantendo especificidade o modelo brasileiro incorpora elementos de modelo americano e a soma do modelo Austríaco. (CUNHA, 2008, P.319)

### **3. NATUREZA DO ÓRGÃO FISCALIZADOR**

Quanto a natureza do órgão fiscalizador, a fiscalização da constitucionalidade pode ser (i) política, (ii) jurisdicional, no segundo caso pode ser atuada por órgãos

integrantes da estrutura judiciária. Importante parcela da doutrina, aponta como política a fiscalização admitida pelo modelo francês (conselho constitucional) também o caso de Moçambique.

O Brasil admite um certo tipo de fiscalização preventiva, (veto aposto pelo chefe do poder executivo com fundamento em inconstitucionalidade e a manifestação nos projetos de leis, das Comissões de Constituição e Justiça das Casas Legislativas). Parece correr igualmente a fiscalização política da constitucionalidade nos casos de sustação de atos normativos do poder executivo.<sup>3</sup>

No modelo Francês, diante das questões de constitucionalidades, os juízes e os tribunais são incompetentes para conhecer, portanto para decidir, é o caso do modelo Inglês. Competente para conhecer e para decidir com possibilidades de recurso para instância superior, inclusive atendidos os pressupostos específicos, para suprema corte. É o modelo norte-americano privado também por outros países como Argentina e Canada.

Quanto natureza da verificação da constitucionalidade e inconstitucionalidade, se seria este um ato político, jurisdicional, ou mesmo judicial, para a defesa da nossa tese, a posição adotada consubstancia em seguinte ideia : no que tange o *controle abstrato ou concentrado de constitucionalidade ou inconstitucionalidade*, esta tem a natureza política ainda que de caráter jurisdicional, e muito menos judicial , tendo em vista, que no controle abstrato ou concentrado configura como ação é objetiva, e não subjetiva ,no sentido de que o interesse de respeitar o proteger a Constituição como a lei que resguarda o interesse supremo da nação, não se configura como interesse particular, isto é, o Estado é que o órgão com interesse no controle objetivo.

Cumprir esclarecer e fundamentar o nosso posicionamento, quanto a natureza política das ações diretas de inconstitucionalidade e constitucionalidade, em primeiro deve buscar entender que toda aspecto normativo emerge de uma vontade política, expressa através de mecanismo e procedimentos legislativo, sendo a lei constitucional que ordena e estrutura, compõe e organiza o sistema jurídico

---

<sup>3</sup> Existe uma discussão enorme no âmbito doutrinário da natureza do órgão fiscalizador, sendo para alguns um órgão judicial e para outros um órgão político que exerce função jurisdicional, sendo que esta, uma demonstre-se mais contundente, sedo que o órgão que exerce controle constitucional não integra a hierarquia dos tribunais e não se trata de julgamento de casos mas sim julgamentos de Leis e atos normativos, na verdade é um controle de garantia de funcionamento das normas no compatíveis com o excerto constitucional.

estatal , este *cum uma função política*, segundo Carl Schmitt, aspetos constitucionais, é compreendido como modo e ser e forma de ser de uma unidade política, isto é de uma nação, neste sentido a Constituição emerge essencialmente decisão política fundamental, a Constituição como uma decisão consciente da comunidade política. Portanto qualquer lei que não se compatibiliza com esta vontade política coletiva do Estado, composta pelo povo de um determinado território está imbuído de um interesse e expectativas normativas, que motivou a elaboração de tal ato normativo, sendo que o povo é o destinatário da lei e qualquer alteração do conteúdo normativo deve-se assegurar a vontade política legislativa ainda que sendo representativa exercida pelos Congresso, que representam as ideologias política e jurídicas do seus eleitores. (Schmitt,)

Com base neste raciocínio, entende-se que a lei é um produto da manifestação política, e o processo de controle direto concentrado de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, tratando-se um processo objetivo na qual não existem partes, entretanto esta objetividade deve ser compreendida como um interesse geral do Estado.

Quanto a controle difuso de constitucionalidade o nosso posicionamento é inverso , trata-se da natureza judicial ou mesmo jurisdicional, visto que neste o processo à é subjetivo entre partes, sendo que os efeitos da declaração de constitucionalidade e inconstitucionalidade aplicam-se para casos concretos no qual o fundamento da ação não tem como finalidade o pedido para a declaração de inconstitucionalidade, mas apenas causa de pedir, e neste caso a natureza é por excelência judicial em processo difuso, se tratando de um processo subjetivo de partes. (CUNHA, 2008, p.69)

Diz-se controle que o controle é *difuso* quando se permite a todo e qualquer Juiz ou tribunal o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma e a conseqüente a sua não aplicação, ao caso concreto levado ao conhecimento da corte. A origem do controle difuso é a mesma do controle judicial em geral: em caso” *Marbury vs Maidson*”, julgado pela Suprema Corte americana em 1803. (CUNHA, 2008, p.69)

De facto naquela decisão considerou-se competência própria do judiciário dizer o Direito, estabelecendo o sentido das leis, sendo a Constituição um a lei uma lei dotada de supremacia, cabe todos juízes interpretá-la, inclusive negando a

aplicação as normas infraconstitucionais que com ela conflitem. Assim na modalidade de controle difuso ou sistema americano, todos órgãos judiciários, inferiores ou superiores, estaduais ou federais tem poder e do dever no aplicar as leis que seu conteúdo normativo contraste com a Constituição. (BARROSO, 2012 p.31)

#### **4. LEGITIMIDADE PROCESSUAL ATIVA E PASSIVA NO CONTROLE CONCENTRADO**

Assinala CLEVÈ, Clèmerson, que ação direta genérica, é um processo objetivo que inexistem partes, lide e o contraditório. Para este, não há razão para dedução do contraditório na qual as partes litigam, pois, inexistem os direitos subjetivamente relevantes. Trata-se fundamentalmente de um processo objetivo, sem contraditores, embora os autores do ato normativo impugnado possam ser ouvidos. Há partes meramente formais. embora seja possível falar de legitimidade ativa e passiva, é preciso fazer uso dessas categorias processuais com reservas e cautela.

vários modelos jurídicos constitucionais, os legitimados ativos que gozam de prerrogativas para propor uma ação direta de inconstitucionalidade, como o caso do Brasil, que elenca de forma taxativa os órgãos com competência para propor ADIN, os seguintes: O Presidente da República, Procurador Geral República, Mesa do Senado, Ordem dos Advogados, Câmara dos Deputados, Partidos Políticos, Entidades Sindicais com representação nacional, todavia o regime brasileiro não integra os cidadãos como partes legítimas ou seja, como rol dos legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade, sendo que este último aspecto divide várias opiniões de juristas, se é ou não viável contemplar cidadão como parte formalmente ativa. Em Moçambique, além dos já mencionados, podem propor ação direta de inconstitucionalidade a reunião de dois mil cidadãos, todavia não contempla os partidos políticos, a Ordem dos Advogados, sendo que este último, desempenha um papel fundamental na representação da Sociedade Cível. Os Advogados figuram como freios para questionar as autoridades políticas e governamentais, de outro lado, esta omissão de não contemplação da Ordem dos Advogados em Moçambique, enfraquece a legitimidade democrática do Estado, ademais, a Constituição moçambicana não integra outros entes coletivos de

natureza privada pública no rol dos legitimados, enquanto no regime português, integra no rol dos legitimados para além dos acima mencionados, o Provedor de Justiça. O que acaba fortalecendo a participação democrática e o sistema jurídico como um todo.

No que tange a legitimidade passiva, como antes frisado, a doutrina e alguns sistemas jurídicos, concebe ADIN como um processo inexistente de partes, cabendo por conseguinte, uma atuação objetiva do Estado, através dos seus órgãos a legitimidade de reivindicar atos que violem a Constituição, embora alguns sistemas como brasileiro, que já avança na possibilidade dos órgãos legislativo ou a autor do ato normativo, que suscita incerteza da sua constitucionalidade possam ser ouvidos e deduzir um parecer.

Todavia a nossa inquietação persiste no sentido, de não haver um contraditório propriamente dito para feitos jurídicos, atrelado a recorribilidade da decisão, caso o Parlamento não tenha mesmo entendimento do Judiciário, isto no âmbito brasileiro, sendo que em Moçambique este problema já fica atenuado, em virtude da garantia do contraditório permitido ao Parlamento.

No tocante a Constituição moçambicana, ela é omissa em relação a previsão do contraditório no excerto constitucional, porém, a lei orgânica que regula a funcionalidade do Conselho Constitucional moçambicano, admite no seu artigo 51, o exercício do contraditório do órgão que tenha dado origem o ato normativo impugnado, para se pronunciar no período estabelecido por lei, sob pena de preclusão, entretantes, a justificativa é contrária ao da inexistência da lide e das partes. Entretanto, face a ideia de não permissibilidade do contraditório inerente a objetividade das as ações concentradas de constitucionalidade e inconstitucionalidade, defendida por alguns ordenamentos jurídicos, pode- suscitar o seguinte problema hipotético, ou seja: *Imaginemos que um dos legitimados ativos, a título de exemplo, A Ordem dos Advogados, entendam que um determinado preceito ordinários, viola os direitos do comunidade indígena, neste caso, a "igualdade", diante disso, o Presidente da República entenda o contrário, e conseqüentemente propõe uma ação direta de inconstitucionalidade para o órgãos competente para o julgamento, jurisdicional ou político, de acordo com as diretrizes de cada Estado. Por sua vez, o Parlamento ou Assembleia legislativa, ou Congresso entenda o oposto, aos pedidos de declaração de inconstitucionalidade proposto pela Ordem*

*dos Advogados, entendendo que a lei é constitucional, e que esta respeita os ditames constitucionais consagrados na carta magna, e que a goza da vontade política do Parlamento para sua legitimação.*

Neste imbróglio supra, questionar-se-ia o seguinte: (i) se eria legítimo e cabível um julgamento sem um contraditório do autor do ato normativo que deu à luz a norma, (ii) ou bastaria simplesmente ouvi-los, garantir a permissibilidade de emitir seu parecer, sem nenhum caráter vinculativo e sem efeito recursal, (iii) por fim, admitiria mos um contraditório processual em todos os julgamentos no que diz respeito às questões constitucionais políticas aos autores que tenha elaborado o ato normativo e outros interessados no ato impugnado, para que este se justifique a sua motivação política que levava a criação do ato normativo e a sua discordância em questão.

Em nosso posicionamento, acolheríamos a terceira hipótese, da admissibilidade processual do exercício do contraditório em julgamento constitucionais, dos autores do normativo ou órgão gerador do suposto ato normativo questionado, como mecanismo jurídicos e políticos para garantir ampla participação democrática na legitimação dos atos normativos do Estado. Destarte, a permissibilidade do contraditório como procedimento devido nas ações de constitucionalidade, garante o respeito ao desiderato político normativo do corpo social e por sua vez, acautela o interesse e a dinâmica discursiva, de todos os grupos sociais se posicionem, por intermédio do Parlamento, as instância representativa das diferentes fragmentações sociais e plurais, por via do contraditório permitindo uma dialética de diversas compressões sobre o sentido paradoxal de ato normativo questionado ou impugnado e conseqüentemente ter-se-ia um julgamento justo, imparcial, democrático, que respeite o interesse do legislador, enquanto detentor originários do poder legislativo. A declaração de inconstitucionalidade não afeta pura e exclusivamente os interesse jurídico, mas antes o interesse político do povo. E relegar essa força a uma decisão monocrática do Judiciário, configuraria na redutibilidade da soberania popular concedia ao Parlamento.

No dizer do conceituado professor Dirley Da Cunha Júnior, os legitimados ativos para propositura da ação direta de inconstitucionalidade, não são considerados partes, pelo menos do ponto de vista formal, uma vez que nessa ação

de nítido caráter objetivo, inexistem partes e qualquer litígios, referente a situação subjetiva ou individual. Podendo se dizer que estes, apenas são partes meramente formais, por encontra-se incumbido pela ordem jurídica da responsabilidade de arguirmos judicialmente as inconstitucionalidades das leis ou dos atos normativos do poder público. Tão pouco podem ser considerados partes passivas nas ações diretas os responsáveis pela elaboração do ato questionado, tendo em conta que as ações diretas não são propostas contra alguém ou determinado órgão, mas sim em face de uma lei ou um ato normativo suspostamente considerado inconstitucional. (CUNHA, 2008, p.332)

No entanto, é possível concordar parcialmente com o posicionamento acima aludido, que ações diretas concentradas, constituem um processo objetivo, que inexistem partes e nem é direcionado a uma pessoa, seja física ou jurídica do Direito Privado ou Público, mas por outro lado, é necessário refutar ao raciocínio da negação do contraditório neste processo. Em nossa tese o contraditório é necessário independente de ser ou não um processo de partes, a relevância do contraditório vai além dos processos ser ou não de partes, objetivo e subjetivos.

A garantia do contraditório procedimental ou processual é essencial, porque se uma suposta lei for considerada inconstitucional por um dos legitimados ativos, não significa que o questionamento feito por este ente, goza de mesmo sentido jurídico e político para cada grupo integrante do corpo social e do órgão que tenha elaborado o ato questionado. Sendo que as matérias do que é e não é constitucional não são uniformes, quanto a sua aceitação em uma ordem jurídica, dividindo compressão heterogênea. que é corriqueiro, sendo que as questões constitucionais são muitas das vezes antagônicas e ideológicas.

A heterogeneidade ideológica é vislumbrada em diversas situações, a título de exemplo, podemos avocar, questões tais como: O casamento de família homoafetiva, questões de cotas raciais, questões relacionadas ao aborto, entre outras, que dividem a ideologias políticas da sociedade. Portanto, não seria plausível relegar todo este aparato paradoxal para único ente monocrático, que é o Judiciário, sem que o Parlamento contradite o teor de um suposto ato impugnado, que é por excelência o órgão legiferante. Em nosso visor, a negação do contraditório a autor do ato normativo, isto é, ao poder legislativo, consubstancia-se em usurpação do poder legislativo pelo judiciário e que acaba suscitando atualmente maior onda de

judicialização da política pelo judiciário, onde assistimos o judiciário exercendo a função do legislativo, através de uma decisão de grupos de Juízes, aditando uma norma genérica para viger na sociedade, o que é compatível com o regime de Estado democrático de direito, princípio republicano e separação de poderes e de funções. Fenômeno este, que se assiste hodiernamente no direito brasileiro. Onde o judiciário tem o papel julgador e legislativo concomitantemente.

O contraditório engendraria o debate político, jurídico em volta de uma norma questionada, e ainda acautelaria a possibilidade de se deduzir a carga argumentativa daquele que tenha elaborado a norma, se concorda ou não com o posicionamento da suposta antinomia constitucional. O contraditório, é uma garantia para fundamentação jurídica racional, que encontram o supedâneo nas regras do discurso, que só é possível chegar-se a um consenso por força de diretrizes comunicativas ressaltado por Habermas e Robert Alex. O consensualismo é só possível quando há o respeito por regras do discurso prático, em situação de debates típicos, onde os falantes podem introduzir e problematizar qualquer assertiva e argumenta-la. Portanto consenso político jurídico sobre a questionamento de uma determinada norma, é possível chegar-se ao consenso do que é ou não constitucional. (ALEX,2011, P.30) Todavia, se o Congresso ou o Parlamento, tiver oportunidade de se defender sobre o que tenha o motivado para a elaboração de um determinado ato normativo, subsumi-se que há uma legitimação democrática do desiderato geral do povo, quando as fragmentações societais representadas pelo Congresso, podem apoderar-se do contraditório e inserir premissa contrárias ou consentâneas sobre o objeto em pauta.

O contraditório nesta perspectiva, não pode ser analisado exclusivamente como um princípio jurídico, ou uma garantia constitucional pertencente a dogmática processual, pelo contrário, um princípio político, vital para sustentação da teoria de discurso. E norma jurídica, antes de figurar como um comando do dever ser, ela é resultado de uma premissa discursiva, em que os pontos de vista são analisados pelos diferentes sujeitos. como bem afirmamos, que ações genéricas de constitucionalidade, são por excelência de natureza política e não jurídica, e por conseguinte o contraditório, tem o papel de garantir a soberania do povo para imiscuir-se no debate político por meio dos seus representantes políticos.

## 5. O PAPEL DO ADVOGADO GERAL DA UNIÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

No tocante as ações genéricas de inconstitucionalidade, o ordenamento jurídico brasileiro, possui a figura do Advogado Geral da União, que segundo vários doutrinadores brasileiro, este não pode ser considerada parte passiva nas ações diretas, o Advogado Geral da União, a despeito do que dispõe o artigo 103, da Constituição Federal, que determina sua “citação” previa para defender obrigatoriamente o ato normativo impugnado de inconstitucionalidade proposta perante o Supremo Tribunal.

O papel do Advogado Geral da União na ação direta de inconstitucionalidade por ação é segundo, o *Supremo Tribunal Federal Brasileiro*, o *curador da presunção de constitucionalidade da lei*, devendo, pois, obrigatoriamente defender o ato impugnado. Essa posição de Advogado Geral da União, *defensor incondicional de todo e qualquer processo da ação direta de inconstitucionalidade*. segundo dispõe o artigo 131, da Constituição Brasileira.

E de acordo o Supremo Tribunal Federal, este, entende que exercício da função do Advogado Geral da União, estabelecida no artigo 131 da Constituição, e o da defesa do ato impugnado ADIN, quando funciona como curador especial. Nas primeiras situações o Advogado Geral da União age na condição de representante e consultor jurídico do poder executivo e na segunda, na condição de curador da presunção de constitucionalidade das leis ou atos normativos.

Segundo Dirley da Cunha, acentua o seguinte:

A atuação do Advogado Geral da União de curador especial, do ato normativo tacado estende-se aos atos estaduais. Valem dizer, o a Advogado geral da União deve obrigatoriamente defender o ato impugnado, ainda que seja estadual com certas salvas.

Pode-se entender de antemão que o AGU, exerce o contraditório nas ações diretas de inconstitucionalidade segundo artigo 131 da Constituição Federal Brasileira, pura exclusivamente para exercer a defesa obrigatória da presunção da

constitucionalidade segundo Ressalta o artigo nº 3 do artigo 131, quando o supremo tribunal federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

### **5.1. OBJEÇÃO A TESE ADOTADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA**

Primeiramente é preciso refutar, a ideia de impugnação a todo custo, mesmo em situação clara de não compatibilização de uma lei ou ato normativo que não se compatibiliza com a constituição. Entretanto em nossa tese, o Advogado Geral da União não deveria a todo custo defender a constitucionalidade de um ato normativo, mas defende-la quando necessário. A ideia de defesa obrigatória incondicional da presunção de constitucionalidade das leis, ela demonstra fragilidades, em determinadas circunstância porque, existem situação de clara evidência de que a lei ou determinado ato normativo padece de inconstitucionalidade, e nesta situação de quase unânime da existência da inconstitucionalidade, pois, não seria cabível manter a ideia da defesa incondicional da sua presunção, sob pena de não assegurar a vontade soberana dos cidadãos, o desiderato do estatal.

A segunda critica a este modelo, insere-se no âmbito, do autor do ato normativo impugnado, neste caso, o Advogado Geral da União, não consubstanciar como o órgão que tenha participado da elaboração direta da Lei ou do ato normativo, suspostamente inconstitucional, sendo que este não é parte vital que deu luz a suposta norma incompatível com à Constituição. E outro fato, reside no âmbito do desconhecimento da motivação ou dos fundamentos políticos, jurídicos e éticos que tenha dado origem a uma determinada Lei ou ato normativo. Portanto em nossa tese, o órgão por excelência da defesa da constitucionalidade seria o próprio órgão que deu origem o ato. Neste caso o parlamento e outros autores do Estado.

Este argumento pode ser fundamentado com base do modelo francês, moçambicano, entre outros, que adota um sistema político para o controle da constitucionalidade, no qual, o controle é exercido pelo Conselho Constitucional, *Conseil constitutionnel*, que tem poder jurisdicional, embora seja um órgão político e não judicial.

Todavia, ainda que o raciocínio do legislador brasileiros e outros, não seja de um modelo político, mas sim judicial, é preciso ressaltar que a vontade política da feitura das leis e os demais atos normativos que partem do Congresso, (Parlamento) e não do Advogado Geral da União, embora este tenha um papel fundamental no que tange a sua competência como assistente, consultor e curador em ADIN,s. O Papel de do defensor da presunção da constitucionalidade, em nossa tese seria do Congresso (Assembleia Legislativa), Parlamento, tendo em consideração que a vontade política das leis de um Estado, emanam deste órgão.

No sistema tripartido de poderes, é inconcebível desvincular o Parlamento do exercício do contraditório, pois, limita a vontade política soberana, que deveria prevalecer na ordem jurídica e política do Estado. Que por outro lado fique claro, que garantir contraditório obrigatório, não é mesmo com discricionariedade de julgador poder ouvir os órgãos legiferante, pois não significa a possibilidade vinculante do contraditório processual, em sentido jurídico propriamente dito, ser ouvido é apenas uma possibilidade discricionária do julgador do ato incompatível com a Constituição, neste sentido, o seu parecer embora não seja colhido como muita exatidão no processo, não é crucial para a tomada de decisão, o que difere com o contraditório como uma garantia processual. Que garante paridade de armas do envolvidos.

Brasil, embora não tenha adotado o modelo político, para o controle da constitucionalidade, no que tange natureza de ADIN, contudo, judicial.

Nada obsta a participação política através do contraditório do legislativo para declarar a sua vontade, determinando se a lei questionada é ou não constitucional, uma vez que este, é o autor da lei violadora da Constituição. Este é quem goza prevalecia passiva de pronunciar-se da sua vontade de política da criação de uma determinada lei.

## **6. O CONTRADITÓRIO COMO GARANTIA A UMA DECISÃO JUSTA, CONSENSUAL E DEMOCRÁTICA**

Nesse diapasão, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, preceitua que o contraditório impõe a condução dialética do processo, e que, em outras palavras, exige que em cada passo do processo cada parte tenha a oportunidade de

apresentar suas razões, ou, se for o caso, as suas provas. Implica ele, portanto, na igualdade entre as partes.

Eduardo Couture, assevera que a justiça se serve da dialética porque o princípio da contradição é o que permite, por confrontação dos opostos, chegar à verdade. Já, dizia Hegel. Processo põe-se e compõe-se num ciclo que presume um começo e que só o alcança ao final. Sendo assim, considera-se que o contraditório surge na dialética da busca às certezas dos fatos apurados no processo, como fundamento imprescindível nas esferas jurídicas cível, administrativa, penal, trabalhista, fiscal, arbitral, constitucional, eleitoral etc., sejam elas variáveis ou contenciosas, com a invocação do direito subjetivo público do Estado-Juiz na verificação dos pressupostos necessários para concessão da tutela jurisdicional. Será sempre pertinente o contraditório. (FAZZALARI, 2006, P.56)

A participação simétrica dos interessados na construção do processo, numa perspectiva democrática, torna-se indispensável na medida em que o contraditório se torna uma garantia fundamental e, conseqüentemente, todos os problemas envolvendo os direitos fundamentais atingirão também o contraditório. Note-se, outrossim, a importância da existência da garantia ao contraditório e o seu desenvolvimento dentro do sistema jurídico como método dialético na persecução processual em busca da verdade. (FAZZALARI, 2006 57-68)

segundo Marcelo Veiga Franco citado por FAZZALARI, O processo é espécie do gênero procedimento, qualificado pelo contraditório e realizado em simétrica paridade. Procedimento sem contraditório é mero procedimento, porém não é processo. O contraditório é essencial à definição do processo. Nessa perspectiva, o contraditório é concebido como a “estrutura dialética do procedimento”, consistindo: a) na participação dos destinatários dos efeitos do ato final, em simétrica paridade de posições, na fase procedimental preparatória do provimento; b) na mútua implicação das atividades dos destinatários, voltadas a promover requerente ou a impedir requerido a emanação do provimento; c) na efetiva relevância e influência das atividades desenvolvidas pelos destinatários perante o autor do provimento final (juiz ou árbitro); d) na possibilidade de

exercício, por cada interessado ou destinatário dos efeitos do ato final (denominados de contraditores), de um conjunto de escolhas, de reações e de controles; e) na existência de controle não só das atividades de cada um dos contraditores, mas também na necessidade de fiscalização dos resultados da função exercida pelo autor do provimento final.

O contraditório, além de constituir um elemento indeclinável de um processo com a finalidade de se alcançar determinado significado de um procedimento, o contraditório garante a participação democráticas dos destinatários de um conteúdo ou da de uma norma jurídica, para manifestação de uma pretensão normativa. Todavia, o contraditório não pode ser entendido o seu papel exclusivo em processos subjetivos. Embora este tenha maior predominância em processo de partes, em que ambos sujeitos jurídicos gozam paridades de armas para arguir a sua defesa e pretensos jurídicas.

Portanto o contraditório pode ainda ser caracterizado como um instrumento vital para a fundamentação das decisões jurídicas em um Estado de direito democrático, no qual diferentes interessados, deduzem as suas versões sobre determinado teor normativo e jurídico, que paira sobre determinado aspecto. (FRANCO, 2012)

O contraditório pressupõe umas das regras fundamentais para dialética decursiva, uma asserção pode satisfazer uma pretensão de correção quando, uma determinada proposição ou permissa ela é levada ao debate, no qual os sujeitos argumentam e contra-argumentam uma determinada asserção. Esta tese pode ser verificada empiricamente nas teorias comunicativas Herbemasiana e da argumentação Alexiana, Haustiniana, dentre várias, no âmbito das teorias do discurso prático e a fundamentação jurídica.

Portanto, o contraditório, para fins da presente pesquisa, não tonifica exclusivamente o cunho processualístico e jurídico dogmático, mas uma dimensão ampla, do contraditório como uma garantia processual, fundamental para um processo ou procedimentos justo e democrático.

Entretanto o contraditório além de exercer este papel processual de garantias de paridade de armas no processo e oportunidade de defesa, o contraditório

constitui um princípio de fundamentação das decisões jurídicas e políticas do Estado, na medida que este exerce um papel de controle das decisões jurídicas, sempre que existir entendimentos oposto em asserções jurídicas e políticas. Por sua vez o contraditório garantiria uma participação democráticas dos interessados em processos constitucionais, neste caso o legislativo como foi frisado.

Segundo ÉLIO FAZZALARI,

o processo nada mais seria um procedimento caracterizado pelo contraditório, no qual deve se buscar a participação daqueles, cuja a esfera jurídica pode vir ser atingida pelo este procedimento final, nestes termos a o contraditório seria concebido como um princípio como organização e atuação do Estado.

Para procedimentos constitucionais julgado pelas cortes constitucionais ou conselhos constitucionais , nada obsta a possibilidade processual para o legislativo se manifestar em caráter de defesa a sua convicção, motivação política para a feitura de um determinado ato normativo, considerando que nas ações de constitucionalidade não seja processos de partes e de caráter objetivo, este argumento não é suficiente para afastar ao exercício do contraditório, pelo órgão que tenha elaborado o suposto antinômico , portanto o contraditório garante um processo democrático das instituições do Estado garantido deste modo a observância princípio da separação dos poderes, manifestação de interesses e opiniões contrárias ao do legitimado ativo. (FAZZALARI, 2006)<sup>4</sup>

## **7. MODELO FRANCÊS DE FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE**

Segundo leciona o Clèmerson Merlin Cleve, A França, sempre pautou por uma concepção peculiar do princípio da separação de poderes. Após a revolução de

---

<sup>4</sup> O princípio do contraditório não está exclusivamente a serviço de um processo de partes, mas também em processos objetivos. Este é essencial porque havendo a contradição os interessados farão parte e introduziram asserções antagônicas em uma dialética diametricamente opostas. Portanto neste caso o contraditório exerce um papel argumentativo e discursivo, para consenso políticos e legais.

1789 tratou-se, para os franceses, de praticar uma concepção radical do referido princípio. Daí porque não poderia o judiciário interferir nos negócios do executivo. Os abusos e ilegalidade do executivo seria coibido por um órgão extrajudiciário, o *Conselho do Estado*, assim como os abusos e ilegalidade do judiciário seria censurado pela *Corte de Cassação*. Entretanto, não desenvolveu, o modelo constitucional francês, uma concepção menos rígida da separação de poderes como a praticada pelos os americanos, que admitiriam interferência recíprocas entre os poderes do Estado, para fim de assegurar a mecânica dos *checks and balances*. Não é de admirar, portanto que mesmo adotando constituições rígidas, o direito francês jamais tenha atribuído aos órgãos judiciários competências para o exercício da fiscalização da constitucionalidade. Tratar-se-ia, evidentemente, de nítida intromissão do judiciário no âmbito de atuação do Parlamento. (CLEVÈ,2000, P.48)<sup>5</sup>

Sempre que na França, e isto desde Sieyès, pretendeu-se instituir um mecanismo de fiscalização da constitucionalidade, assumiria referido mecanismo, uma feição nitidamente política. A constituição de 14 de janeiro de 1852, institui outra vez *sénat conservateur*, que evidentemente não funcionou. A opção pela fiscalização política de legitimidade das leis manifestou-se novamente na Constituição de 1946, com a Constituição do *comité constitutionnel*, e na de 1958, ainda em vigor, com a criação de *Conseil constitutionnel*.

Como se pode observar, o modelo francês de fiscalização de constitucionalidade não é exercido pelo judiciário. Para além da peculiar e rígida concepção do princípio da divisão dos poderes. Entretanto, esta fundamentação parte desde a revolução de 1789, segundo qual a lei constitui expressão da vontade geral. Por isso que a soberania da nação reside no Parlamento. Se é assim o Parlamento é soberano e se sua obra constitui a expressão da vontade geral, não há razões para dela se desconfiar. Este foi o entendimento que guiou a França desse a revolução de 1780. (CLEVÈ,2000, P.48)<sup>6</sup>

Somente com a Constituição de 1958, o país passou a experimentar um *authentique controle de la constitutionnalité des loi*. Embora o conselho constitucional seja dotado de caráter político, não exercendo, portanto, no que se

---

<sup>5</sup> O Modelo francês de controle de Constitucionalidade é um modelo puramente político de caráter jurisdicional, semelhante do modelo Moçambicano.

<sup>6</sup> O Modelo francês de controle de Constitucionalidade é um modelo puramente político de caráter jurisdicional, semelhante do modelo Moçambicano.

refere a fiscalização de constitucionalidade, função é jurisdicional, ela fora organizada de modo a alcançar uma importância, hoje pouco contestada no quadro das instituições francesas. Sua atuação, por outro lado, vem permitido a emergência de uma respeitabilidade sem precedentes no meio jurídico e político francês. (CLEVÈ,2000 p.47-49)

No âmbito de modelo Francês, o Conselho Constitucional é um órgão político, que exerce uma função jurisdicional, sendo que este órgão não é um órgão que compreende o judiciário e muitos o menos o legislativo, todavia, um órgão político dotado de jurisdição para exercer exclusivamente controle da Constituição. A Constituição moçambicana também adotou o mesmo sistema francês. (CLEVÈ,2000, p.47)

O problema central da nossa pesquisa não se cinge em determinar qual seja o melhor modelo a ser seguido, contudo, entender, quer no controle judicial, político se é a possível a possibilidade de procedimental de exercício de um contraditório do legislativo em ações de controle concertado de constitucionalidade, julgados por estes entes com jurisdição e competência para o efeito

O modelo Francês, face aos outros modelos judiciais, tais como brasileiro, americano, o primeiro, apresenta melhor argumentos, quanto a natureza do órgão do controle constitucional, dado ao fato de ser um órgão político e não judicial, portanto a matéria inerente ao exame da constitucionalidade de uma lei, ou ato normativo é de cariz política, para legitimar as normas no interior do sistema, inerente as questões que expressam a vontade geral da massa política populacional o (povo) embora hodiernamente o conceito de vontade geral perde sua força ontológica e alvo de crítica´.

## **8. MODELO MOÇAMBICANO DE CONTROLE CONSTITUCIONAL**

A primeira Constituição de Moçambique, que vigorou de 1975 a 1990, adoptou o regime político de democracia popular, baseado no modelo socialista (artigos 1.º e 4.º, § 5)1, consagrou o sistema de partido único e o princípio da unidade do poder. Este princípio traduzia-se na supremacia formal da Assembleia Popular face aos demais órgãos do Estado. Porém, a prática institucional conduziu a

uma concentração do poder na figura do Presidente da República, do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

A Lei n.º 9/2003, de 22 de outubro, Lei Orgânica do Conselho Constitucional, assegurou a entrada em funcionamento deste órgão de soberania criado pela Constituição da República em 1990. A Constituição da República, que entrou em vigor em 21 de janeiro de 2005, introduziu alterações significativas na concepção deste órgão e suas competências, impondo-se, assim, a aprovação de uma nova Lei Orgânica. Nestes termos, a Assembleia da República, ao abrigo do disposto no artigo 179 da Constituição, determina

Lei nº 6/2006 de 2 de agosto (Lei Orgânica do Conselho constitucional), atualmente vigente no direito moçambicano também trouxe mínimas alterações do atual regime do Conselho Constitucional.

No ordenamento jurídico moçambicano, é passível o controle difuso e concentrado, preventivo e sucessivo, parcial e geral sendo que o primeiro, que tem suas aspirações do modelo norte americano, no qual qualquer juiz e tribunal pode perceber e conhecer a inconstitucionalidade de uma determinada lei, quando não esteja em conformidade com a Constituição, enquanto norma hierarquicamente superior no ordenamento jurídico, e que fundamenta todas as normas jurídicas abaixo delas, portanto o controle difuso, no controle difuso a decisão da constitucionalidade tem efeitos para as partes, que alegam a inconstitucionalidade ou constitucionalidade da mesma como causa de pedir, e não como pedido que só é possível no controle concentrado, abstrato.<sup>7</sup>

No controle concentrado o órgão responsável para julgar ações constitucionais é o *Conselho Constitucional*, composto por sete juízes nomeados pelo Presidente da República, ratificado pelo Parlamento (Assembleia da República) que é um órgão político por natureza, dotado de poder jurisdicional, diferenciando-se do modelo brasileiro que é o *Supremo Tribunal Federal*, mais alto órgão do poder judiciário, que fiscaliza e julga ações constitucionais.

Portanto no controle abstrato ou concentrado, no modelo brasileiro, francês e moçambicano gozam de eficácia *erga omnes*, isto é uma característica geral das

---

<sup>7</sup> O Modelo moçambicano de controle constitucional admite a o contraditório do legislativo e ampla defesa da lei, quando este entenda ou tenha posicionamento contrário de Conselho Constitucional, Previsto no artigo 51 da Lei nº 6/2006 de 2 de agosto (Lei Orgânica do Conselho constitucional),

normas jurídicas e decisões jurídicas de caráter geral, segundo a qual se estabelece que qualquer pessoa ou ente que se encontre enquadrado na conjectura de incidência deverá observar aquele regramento adotado pela a entidade julgadora .

No constitucionalismo moçambicano é também possível o controle sucessivo e preventivo, o controle é *sucessivo* quando a sua impugnação ocorre no momentos posterior da vigência da lei, e é preventivo quando exercido no momento da sua feitura, seja de um projeto de lei, nos termos do artigo 246 da CRM, o presidente República é quem tem legitimada ativa para verificar preventivamente a constitucionalidade das leis

Quando o Conselho Constitucional declara a inconstitucionalidade de uma lei em processo de controlo preventivo, o efeito da decisão é o veto obrigatório e devolução da lei à Assembleia da República para reapreciação (ARTIGO 246, n.º 5 da CRM).

Quantos a previsão Constitucional da inconstitucionalidade por omissão, a Constituição moçambicana é omissa quanto a este aspecto, todavia sob ponto de vista prático é possível a sua manifestação, Moçambique tem um complexo de normas constitucionais que estipulam um agir aos órgãos integrantes do Estado, todavia, vislumbra-se inercia regulamentar das determinadas pretensões jurídicas. (CONSTITUIÇÃO da República de Moçambique,2004, P.286-300)

Em torno deste imbróglio, que pairam no sistema jurídico moçambicano, sobre a omissão de previsão de inconstitucionalidade por omissão, faz-nos indagar o seguinte; qual seria o mecanismo jurídico a ser tomada no âmbito de verificação de inconstitucionalidade por omissão, tendo em vista que não existe um aparato normativo para o seu exercício. Portanto, para anemizar o problema. seria possível remediar mediante as técnicas interpretativas do Direito, embasado no pós-positivismo, que oferece abertura do próprio direito, como uma ciência tópica argumentativa e valorativa, pois, seria juridicamente justificável a possibilidade de se propor uma ação por omissão de forma a garantir o acesso à justiça e garantir a segurança jurídica e a eficácia das normas fundamentais, mesmo sem uma previsão expressa.

## 8.1. CONTRADITÓRIO DA ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA EM MOÇAMBIQUE

A Lei Orgânica do Conselho Constitucional, Lei n.º 6/2006, de 2 de Agosto, consagra o princípio do contraditório para os processos de fiscalização de constitucionalidade e de ilegalidade, que consiste em notificar, após a admissão do pedido, do órgão autor da norma impugnada para, querendo, se pronunciar dentro de um certo prazo (artigo 51).

O procedimento no Conselho Constitucional tem natureza contraditória, mas não oral. Como foi antes referido, a Lei Orgânica que prevê a notificação do órgão autor da norma, cuja declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade se pede, para se pronunciar, querendo, nos limites do prazo legal (artigo 51). (A Lei Orgânica do Conselho Constitucional, Lei n.º 6/2006, de 2 de agosto)

Lei moçambicana que regula o processo constitucional, demonstra enorme evolução, ao garantir o contraditório ao Parlamento, como uma garantia processual no prazo de 20 dias. Para se pronunciar quanto ao seu conteúdo material, portanto este pronunciamento será levado em consideração no âmbito do julgamento da ADIN. (A Lei Orgânica do Conselho Constitucional, Lei n.º 6/2006, de 2 de agosto)<sup>8</sup>

O legislador constitucional moçambicano, embora não tenha declarado termo *contraditório* pode se entender do texto que se refere ao *pronunciamento* dos órgãos que tenha alabardo a suposta lei impugnada, tem uma natureza do contraditório, diferentemente do regime brasileiro, que em ações diretas de inconstitucionalidade quanto ao seu procedimento regulado pela lei 9.869/1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da Ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal que prevê *pedidos de informação ao órgão que tenha elaborado a Lei*. Que segundo a doutrina brasileira, divide opiniões que para alguns este pronunciamento configura em um verdadeiro contraditório e ampla de defesa ,exercido pelo órgão que tenha dado origem ao auto normativo e para outros entendem que não é possível o

---

<sup>8</sup> Quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou qualquer outro ato normativo, rege como regra geral os efeitos retroativos, mas em algumas circunstâncias a lei, por sua vez abre espaço para a Modulação dos efeitos quando estejam em causa a segurança jurídica, direitos adquiridos, coisa julgadas, dentre outros interesses acautelados pelo Direito, neste caso não retroagem.

No tocante ao modelo moçambicano de controle de constitucionalidade, é concretizado pelo órgão político, Conselho Constitucional, que derivou do modelo Francês.

contraditório pela natureza desse processo, pelo fato, das ações concertadas não configurar como processo subjetivo, mas sim, objetivo, no qual existem partes, lide. Não existem interesses subjetivos. Entretanto estes entendimentos não é unânimes como salientado anteriormente.

O princípio de contraditório em nossa tese, não está vinculado pura e exclusivamente aos processo de partes ou ao processos subjetivos, mas também é possível falar de contraditório, mesmo em processo objetivos, quando a interpenetração de um determinado preceito ganhe uma forma antagônica ou oposta, portanto nestes caso o contraditório será pertinente para uma dialética isenta e imparcial e para se chegar a uma solução geral da comunidade jurídica.

## **9. QUESTÕES DE FISCALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL NO DIREITO ALEMÃO**

Antes de adentrarmos ao fulcro do presente trabalho, cabe-nos antes reportar a questões históricas da evolução do constitucionalismo Alemão, que destaca-se a partir da Constituição de Bismark de 1871, a jurisdição constitucional alemã ainda estava longe de sua positivação atual. Nesta época pouco se cogitava, nem tão pouco se previu a existência de um Tribunal Constitucional, sendo que a competência para a solução dos conflitos políticos entre os entes federados foi atribuída ao Conselho Federal 'Bundesrat. Já, com a Constituição de Weimar, de 1919, a situação começa a mudar. Criou -se, nesse momento, o Tribunal de Justiça do Estado, cujas competências eram a solução de conflitos constitucionais entre os órgãos do ente central, entre esse e os Estados e entre os órgãos desse. Além disso, atribuiu-lhe competência para dirimir conflitos de natureza não privada entre o poder central e os Estados, ou entre esses, bem como o de dirimir conflitos constitucionais no âmbito de um Estado que não dispusesse de tribunal competente para tanto. Nesse mesmo momento foi criado o Supremo Tribunal do Reich que, juntamente com o Tribunal de Finanças, decidiam sobre a compatibilidade entre direito estadual e federal, conforme determinava o art. 13, II, daquele Texto Magno. Em que pese a diversidade de formas de controle adotadas pela Constituição de Weimar, ainda não se tinha a possibilidade do controle judicial de constitucionalidade. Isso, todavia, tornou -se possível graças ao labor da doutrina e, principalmente, da jurisprudência, que passou a admiti-lo a partir do acórdão de

04.11.1925 do Supremo Tribunal do Reich. Entretanto, com o período de exceção instaurado pelo regime nazista, que reduziu a Constituição de Weimar a um mero pedaço de papel, aliada à atitude passiva do Poder Judiciário alemão, que contribuiu para o desprezo e para a inefetividade dos direitos e garantias constitucionais fundamentais, o controle da constitucionalidade das leis caiu no esquecimento. (GOMES, 2010, P.21- 27)

## **9.1. O INSTITUTO DO APELO AO LEGISLADOR NO DIREITO ALEMÃO**

Segundo Frederico Barbosa Gomes, Apelo ao legislador ‘Appellentscheidung’ tendo como antecedente a decisão de 4 de maio de 1954 sobre o Estatuto do Sarre, o apelo ao legislador somente recebeu essa denominação em 1970, por obra. Brünneck, antiga ministra do Tribunal Constitucional Federal alemão<sup>32</sup>. O Tribunal Constitucional Federal alemão aplica o apelo ao legislador naquelas situações em que, conquanto entenda ser a lei ainda constitucional, constata que ela está em processo de inconstitucionalização, seja em razão da alteração das situações fáticas, jurídicas ou fáticas e jurídicas. Assim, a lei ainda é constitucional, mas em breve se tornará inconstitucional. Dessa forma, em termos processuais, quando se lança mão desse tipo de decisão, julga-se improcedente o pedido formulado na arguição de inconstitucionalidade, eis que a norma questionada é ainda constitucional, mas o Tribunal Constitucional Federal exorta o legislador para que esse promova as alterações legislativas necessárias para se evitar que aquele vício se consume. (GOMES, 2010, p.15-32)

Ademais esta figura, representa uma aproximação da nossa tese, da possibilidade procedimental para o exercício de contraditório pelo órgão autor do ato normativo, embora que o apelo ao legislador tenha sua particularidade no Direito alemão, todavia este apelo concedido pela corte para que o legislador possa alterar a suposta lei a ser declarada por inconstitucional, vislumbra-se neste instituto uma ampla participação do Parlamento o órgão competente para a criar e editar os atos normativos vigente em um determinado Estado que padece do suposto vício de inconstitucionalidade. (GOMES Barbosa, 2010, p. 32-40)

A questão de um processo puramente objetivo no Direito Alemão vem sendo desmitificado, introduzindo-se diversas figuras, que tem o interesse em fazer o uso

do contraditório e defender a presunção da constitucionalidade das leis, quando se tenha proposta uma ação direta de inconstitucionalidade.

## 10. A FIGURA DO AMICUS CURIAE

É uma figura conhecida como amigo da Corte ou amigo da justiça, tem origem no latim, trata-se da participação de um “terceiro”, estranho à lide, mas que pode contribuir com seus conhecimentos técnicos, especializados, sobre o tema, objeto do debate jurisdicional, trazendo ao magistrado informações que serão úteis no momento de decidir o conflito de interesses sob sua análise, de forma a assegurar maior legitimidade às suas decisões.

Trata-se de um instrumento de participação democrática, na qual garante maior participação da sociedade na tomada decisão da corte constitucional, outrossim, esta amplia a possibilidade de exercício do contraditório nos processos das ações constitucionais. A sociedade aberta de interprete da Constituição, torna a jurisdição constitucional mais acessível para os cidadãos tomarem parte das decisões constitucionais, flexibilizando deste modo o processo objetivo para um processo de participação democrática e aperfeiçoando as decisões nelas tomadas. (MARÇAL, 2018 pag.25-28)

Segundo ,Thiago Marçal, este entende “O amicus curiae”, tem as suas origens históricas do direito inglês e do recente direito norte-americano, é uma figura neutra, imparcial, que traz ao julgador, voluntariamente ou por provocação, informações que não se espera que os juízes tenham conhecimento. A manifestação do *amicus curiae* contribui para que a decisão proferida equacione da melhor forma possível a lide, considerando, para tanto, os fatores subjacentes à norma jurídica, que nem sempre são essencialmente jurídicos. Assim, a figura do amicus curiae, como colaborador da instrução do processo e portador das manifestações dos diversos setores da sociedade e do próprio Estado, revela-se essencial. “Só ela e por ela é que se realiza essa necessária aproximação do juiz com a sociedade e o próprio Estado e, nesse sentido, com o próprio direito a ser aplicado a cada caso concreto que lhe seja submetido para exame”. (MARÇAL, 2018, p.20-23)

## 11. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A admissibilidade do contraditório dos órgãos legiferantes, em processo das ações concertadas de constitucionalidade, constitui uma garantia democrática para o Estado de direito e que potencializa o princípio da separação de poderes vigente em Estados democráticos.

Por outro lado, as ações diretas de inconstitucionalidade são tidas como ações objetivas, na qual inexistem partes, lide e nem o contraditório propriamente dito, sendo processo objetivo, pois, não existem interesses particulares neste processo. Todavia paira o entendimento que o princípio do contraditório, pelo órgão autor do ato normativo, não tem caráter crucial tratando-se de um processo puramente objetivo, sendo deste modo, negado o princípio do contraditório em seu sentido amplo. Esta negação do princípio do contraditório, não satisfaz o interesse da participativo e democrático da sociedade, compreendido holisticamente nas jurisdições constitucionais, o que inviabiliza, a defesa de determinados interesses, presuntivamente constitucionais, aprovado pelo o órgão que tenha elaborado ato normativo questionado.

Sendo, a lei uma manifestação, ou expressão geral da vontade coletiva do povo, é legítimo que o órgão que representa a vontade soberana de um Estado, manifeste a sua vontade de legitimar ou não a constitucionalidade de uma lei. Entretanto, o contraditório não está exclusivamente a serviço de um processo de partes, como garantia de da ampla defesa e igualdade de armas no processo. Portanto, o contraditório também garante uma dialética procedimental, mantendo o discurso apto e consensualmente legitimado, capaz de garantir um processo, em que o legislativo manifeste a sua defesa em relação ao ato normativo impugnado, portanto, esta compressão fortalece o raciocínio de que o legislativo, é o órgão competente para feitura das leis, e qualquer modificação que interesse a este, enquanto o poder originário da legiferante, este, goza o direito não, somente de ser ouvido, contudo, deduzir contraditório que assegure o seu entendimento na lide.

O processo das ações concentradas de constitucionalidade e inconstitucionalidade são por excelência de natureza política e não judiciais, por esta razão, alguns ordenamentos jurídicos, como o de Moçambique, acentua o

contraditório em processo das ações constitucionais abstratas, outrossim, o mesmo também pode ser notório na ordem alemã que mais flexibiliza o processo objetivo mantendo a participação de vários entes para se pronunciar no âmbito das ações concentradas de constitucionalidade.

Quando se declara que uma lei é constitucional ou inconstitucional há sempre um interesse político paradoxal da sociedade, e o único mecanismo de participação do contingente populacional, (povo) em atos constituintes derivado e nas modificações legais, é viabilizado pela ampla participação e do contraditório, conferido legislativo e os demais entes legiferantes, que são os legítimos representante políticos e democrático do povo.

No entanto, a posição que nega eventual possibilidade do contraditório, por se tratar de um processo objetivo, freia o peso da dimensão política e da participação democrática.

É discrepante, conferir poder ao Parlamento de legislar, e por conseguinte, ausentá-lo no âmbito da sua modificação, o que sucede nas ações constitucionais no regime brasileiro.

Os defensores da corrente que nega o exercício do contraditório ao Congresso, fundamenta com base na imparcialidade, pois, para estes, o Congresso é um sujeito suspeito e conferir-lhe o direito de contradizer, seria um mecanismo de legitimar totalitarismo parlamentar, sendo que não seria imparcial em julgamento na qual o legislativo detivesse demasiado poder, o que enfraqueceria a neutralidade do processo, quando o órgão participa nos julgamento dos seus próprios atos. Em vista disso, o argumento não procede, porque seria coerente, confiar o Congresso, como o órgão originário para legitimar as leis do Estado, e por conseguinte, desconfia-lo de qualquer imparcialidade no âmbito de julgamento, para que deduza o contraditório. Pois, se existe uma confiança prévia de autoriza-lo a fazer as leis, todavia não seria justo e racional, não permitir que este exerça o contraditório, garantindo todos os recursos para a sua participação e o que torna mais democrático, dialético, consensual e plural em sociedade de uma hermenêutica aberta.

O contraditório além de constituir um instrumento de ampla participação democrática, desempenha a função de duplo controle de constitucionalidade, todavia, o poder de decisão em última instância, caberá sempre ao órgão julgador,

seja o a Suprema Corte, o Conselho Constitucional ou mesmo a Justiça Constitucional.

A democracia deve ser entendida como um método de decisões políticas coletiva, onde prevalece a ideia de critério majoritário, que não ocorre em todas situações, pois não nos reportamos a um utilitarismo opressor do contingente democrático, antes do mais, apontamos para o desiderato populacional do Estado nas tomadas de decisões.

Finalmente o contraditório, configura-se ainda, como a garantia para consensualismo político das decisões estatais, satisfazendo as exigências jurídicas para a composição de um procedimento ou de um processo, resguardando o desiderato soberano, no tocante as normas que governam de interior de um Estado.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. **Teoria da argumentação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Controle de Constitucionalidade**. São Paulo, 2012

CLÈVE, Clèmerson de Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro**. 2ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000

CUNHA Júnior, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2008

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Trad. 8ª ed. Elaine Nassif. 1ª ed. Campinas/SP: Bookseller Editora e Distribuidora, 2006

FRANCO, Marcelo Veiga, **A evolução do contraditório: a superação da teoria do processo como relação jurídica e a insuficiência da teoria do processo como procedimento em simétrico contraditório**, 2 São Paulo, 2012

FREDERICO, Barbosa Gomes, **o modelo alemão de controle de constitucionalidade**, Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 26, n. 2: 153-180, jul./dez. 2010

MARÇAL, Thiago. **A participação do amicus curiae no controle concentrado de constitucionalidade**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4018, 2 jul. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/28486>>. Acesso em: 17 nov. 2018.

**constituição da República de Moçambique** foi aprovada em **2004** e entrou em vigor no dia 21 de janeiro de 2005

**CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988** .Disponível: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)

A LEI Orgânica do Conselho Constitucional, Lei n.º 6/2006, de 2 de agosto, 2006, Moçambique. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da Ação direta de Inconstitucionalidade e declaratória de inconstitucionalidade.

**LEI N 9.868, DE 10 DE NOVEMBRO DE 1999**. Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação, Disponível: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm).