

OS MODELOS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

[\[ver artigo online\]](#)

Gustavo Goldoni Barijan¹

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a evolução do controle de constitucionalidade do ordenamento infraconstitucional a partir da própria evolução social e do conceito de supremacia da Constituição em dois momentos: o primeiro com a formação dos Estados nacionais e suas próprias Constituições, e depois com o surgimento do constitucionalismo. Após, desenvolverá as duas principais formas do exercício desse controle, o primeiro surgido nos Estados Unidos, pelo controle realizado judicialmente dos atos. O segundo, pelo surgimento das Cortes Constitucionais na Europa Continental. Após a análise desses dois modelos, será demonstrada a posição do Brasil neste tema, em especial do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: controle de constitucionalidade; cortes constitucionais; direito comparado.

THE MODELS OF CONSTITUTIONAL JUSTICE AND THE SUPREME FEDERAL COURT

ABSTRACT

The present work seeks to analyze the evolution of the review of constitutionality of the infra-constitutional order from the social evolution itself and the concept of supremacy of the Constitution in two moments: the first with the formation of national States and their own Constitutions, and then with the emergence of the constitutionalism. Afterwards, it will develop the two main forms of exercising this control, the first one arising in the United States, through the judicial control of the acts. The second, by the emergence of Constitutional Courts in Continental Europe. After analyzing these two models, Brazil's position on this issue will be demonstrated, especially the Federal Supreme Court.

Keywords: constitutionality control; constitutional courts; comparative law.

¹ Advogado, mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Estado de São Paulo. ggbarijan@gmail.com



INTRODUÇÃO

O primeiro documento com que se comumente diz ter sido o início do processo de constitucionalização é a *Magna Carta* de 1215. Em breve síntese, os barões ingleses entraram em guerra com o Rei João Sem Terra pelo aumento exagerado dos tributos, impondo-lhe não apenas que a tributação inglesa passaria a ser discutida pelo Parlamento, mas também trouxe um mecanismo de proteção contra as arbitrariedades do poder monárquico, o instituto do *habeas corpus*. Nesse contexto foi assegurado que o poder monárquico seria restringido pelo *law of the land*, um primeiro processo de pavimentação do controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público.

O direito inglês desenvolveu-se a pelo processo de *common law*, ou de Lei da Terra, pelo qual os costumes e a tradição jurídica e política são as grandes formadoras do próprio ordenamento jurídico. Essa evolução resulta no condensamento de sua Constituição ao ápice da Revolução Gloriosa de 1689, marco da instauração da Monarquia constitucional, a qual mantém-se em vagarosa e sutil evolução até os dias atuais.

Já os Estados Unidos, embora tenha sua tradição jurídica próxima ao da antiga Metrópole, resultou em outro processo de constitucionalização, o mesmo da Europa Continental. Sobre esta, tem-se como marco a Revolução Francesa de 1789, configurando em uma primeira Carta Política, a de 1791. Este documento escrito inaugurou a República, dividiu competências e instituiu direitos básicos junto da *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*. Próximo foi o processo de independência das 13 Colônias, após concretizado, unindo-se na Convenção da Filadélfia para a construção de um único país e de sua Constituição – também escrita. O Brasil, seguindo a tradição política da Europa Continental, após declarar sua independência de Portugal, outorga a Constituição Política do Império, redigida em 1824.

Nota interessante a ser pontuada, inicialmente a Constituição estadunidense tinha apenas 7 artigos, os quais tratavam a distribuição de competência entre os Poderes, da forma do federalismo e do modo de ratificação pelos Estados. Apenas em 1791 a Constituição, por meio de emendas constitucionais, passou a ter um rol mínimo de direitos, pelo que ficou conhecido o *Bill of Rights*.

Ao observar estes três primeiros modelos de Constituição, vê-se que não houve uma preocupação imediata por parte dos constituintes de elaborar um mecanismo que fosse capaz

de proteger os princípios e regras de suas respectivas Cartas das evoluções legislativas ou de atos do Executivo, principalmente se esse controle fosse realizado pelo Judiciário. Sobre este tema, é célebre a expressão de Alexander Hamilton no *Federalist* nº 78, quando afirmou da dependência para com o Executivo:

It proves incontestably, that the judiciary is beyond comparison the weakest of the three departments of power; that it can never attack with success either of the other two; and that all possible care is requisite to enable it to defend itself against their attacks. It equally proves, that though individual oppression may now and then proceed from the courts of justice, the general liberty of the people can never be endangered from that quarter; I mean so long as the judiciary remains truly distinct from both the legislature and the Executive. For I agree, that there is no liberty, if the power of judging be not separated from the legislative and executive powers.²

Se a expressão do texto é de desconfiança da independência do Judiciário frente aos demais poderes nos Estados Unidos, em relação à França a desconfiança estava atrelada ao papel que os juízes desempenharam no *Ancien Regime*, principalmente de perseguição e opressão que exerciam junto ao povo. Essa desconfiança resulta em dispositivo da Constituição de 1791 que veda ao Judiciário a capacidade de interpretar denominada lei. Em caso de dúvida, essa deveria ser remetida à Assembleia Nacional, sob pena de usurpação da competência dos verdadeiros redatores da vontade geral. Esse tipo de dúvida, outrossim, já havia sido suscitado por Montesquieu em seu *O Espírito das Leis*, da qual se cunhou a repisada expressão “juiz boca da lei”.³

Esse paradigma foi paulatinamente sendo cambiado a partir da própria evolução da jurisprudência e das reformas constitucionais, pelo princípio de supremacia da Constituição, que aos poucos foi ganhando musculatura entre os Estados. Já na alvorada do século XIX, surge

² HAMILTON, Alexander. 2008. Em tradução livre: Isso prova incontestavelmente que o judiciário é incomparavelmente o mais fraco dos três poderes; que nunca pode atacar com sucesso nenhum dos outros dois; e que todo cuidado possível é um requisito para capacitá-lo a se defender de seus ataques. Prova igualmente que, embora a opressão individual possa de vez em quando proceder dos tribunais de justiça, a liberdade geral do povo nunca pode ser ameaçada a partir desse bairro; quero dizer, enquanto o judiciário permanecer verdadeiramente distinto tanto do legislativo quanto do executivo. Pois concordo que não há liberdade se o poder de julgar não estiver separado dos poderes legislativo e executivo.

³ MONTESQUIEU, 2005. Pg. 175.

nos Estados Unidos o controle difuso de constitucionalidade, antecedido pelo famigerado *Dr. Bonham's Case*. Já a experiência da Europa Continental terá lugar com a criação do Tribunal Constitucional Austríaco, a partir das contribuições de Hans Kelsen. Esses temas serão melhor explorados mais à frente. De todo modo, a segunda metade do século XX foi um divisor de águas na construção de teorias hermenêuticas da Constituição, principalmente pelo fator político-social do pós-Segunda Guerra Mundial. O Direito, sendo essencialmente uma ciência aplicada, não esteve fora dos grandes acontecimentos que moldaram o mundo após a queda do nazifascismo.

A queda deste inimigo comum trouxe um novo modo de repensar o Direito, principalmente no concernente às Constituições daí derivativas, seja na Europa pós-Guerra, seja posteriormente nos países periféricos. Isso ocorreu, principalmente, pelo surgimento de Constituições não apenas interessadas nas formalidades da elaboração do processo legislativo, mas em conter inscrita uma série de direitos fundamentais que possuem em seu núcleo duro a dignidade da pessoa humana.

1. A CONSTITUIÇÃO COMO LIMAR ENTRE O JURÍDICO E O POLÍTICO

A dificuldade de construção de uma jurisdição constitucional reside no fato de que a Carta Magna se encontra na divisão entre os campos da Política e do Direito. Embora seja fato que ambos os sistemas se retroalimentam, estes possuem regras distintas para serem operadas, regras essas que devem ser respeitadas pelos operadores de cada sistema para garantir a continuidade da funcionalidade dos mecanismos, sem que um incorpore ou se submeta ao outro. Inevitavelmente, esses sistemas devem se chocar, gerando atritos e rangedoras. Sistemáticamente, tais choques são polidos e amortizados pela justiça constitucional, tanto no âmbito material quanto no âmbito formal, o que deve ser visto de forma natural.

Conforme narra Falcone, há apenas uma tensão aparente entre o Judiciário e o Legislativo quando do controle de constitucionalidade, principalmente na atual era moderna marcada pela diversidade e pluralidade não apenas de pensamentos políticos, mas também cultural⁴. As regras de ambos os sistemas são, como afirmados próprios, e aparentemente apresentam não estar em sincronia. Isso, porque, o fim da Política deve ser o da hegemonia, ou

⁴ FALCONE, Marconi. 2008. Pg. 11-17.

seja, busca-se por meio do livre convencimento ou acordo entre os atores possuir a maioria para a aprovação de um projeto político específico. Tal busca pela hegemonia passará a tentar neutralizar as forças políticas opostas, seja de partidos políticos, movimentos sociais, minorias ou parcelas da sociedade civil em geral. Naturalmente, convém destacar que a busca pela hegemonia pressupõe o não uso da violência ilegítima, ou seja, aquela que não possui previsão na segurança interna ou externa do Estado, dado que então estaria a não mais tratar da Política, mas sim do sistema autocrata. A discricionariedade é permitida no sistema Político, que observará a partir de uma análise de certo grau de conveniência e oportunidade, a aprovação dos comandos gerais e abstratos, ou de comandos específicos para determinados casos.

Já o sistema Jurídico é aquele que impescinde da existência de direitos. Garantindo, pois, direitos mínimos aos cidadãos, protegerá as minorias para fazer prevalecer a pluralidade de concepções culturais e políticas, sem que possam ser extintos pelas maiorias eventuais que estejam nos Parlamentos. O sistema Jurídico não permite a discricionariedade, posto que deve valer-se de elementos prévios e previsíveis, ou seja do Direito, para a formulação da sentença nos casos específicos para os quais for chamado a solucionar. Em outras palavras, o sistema Jurídico não pode deixar de manifestar-se quando houver uma lide a si encaminhada, e deve utilizar-se de parâmetros jurídicos anteriores para balizar o dispositivo.

Deste modo, conclui-se que a justiça constitucional é o instrumento de superação dos arbítrios políticos, posto ser a própria Constituição o elemento dinâmico da articulação da ordem política e social. Deste modo, não elimina o sistema Político, mas, ao contrário, possibilita a abertura deste sistema, ao permitir a troca permanente dos cargos eletivos e o acesso ao poder pelas minorias, sejam elas sociais sejam elas políticas. *Pari passu*, garante uma mínima previsibilidade no campo Político por todos os seus atores, com o fim de possibilitar-lhes a plena participação.

Feitas estas ponderações sobre a justiça constitucional, passa a explorar os dois grandes modelos hodiernos, o primeiro como expoente a Suprema Corte dos Estados Unidos, o segundo da Europa Continental, que tem como parâmetro o Tribunal Constitucional Alemão.

2. A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

2.1. O modelo estadunidense: origens históricas

O exemplo mais remoto que se tem do controle de constitucionalidade é inglês, no caso *The College of Physicians vs Dr. Thomas Bonham*, de 1609. O Colégio de Médicos era a instituição responsável pela concessão de licença para a prática da medicina. Desde 1540, o Colégio de Médicos podia apenar com a prisão aqueles que praticassem a medicina fora de seus quadros, ou de maneira irregular, mantendo-os presos pelo tempo que entendessem oportuno. No ano de 1605, Thomas Bonham forma-se em medicina na Universidade de Cambridge e peticiona ao Colégio de Médicos requerendo o direito de administrar medicamentos. Tendo sido recusado seu pedido, continuou a ministrar os remédios de forma irregular. Após receber diversas multas, foi convocado ao Colégio e afirmou que este não possuía competência para impedir a prática da medicina por aqueles que se graduaram na matéria. Por isso, o presidente do Colégio decretou a sua prisão por desacato.

O argumento de Bonham levado ao Tribunal do *common law* (*Common Pleas*) foi de que o espírito da lei era de prevenir práticas médicas incorretas que seriam realizadas por impostores. Porém ele era médico graduado, e, por possuir título universitário, estaria isento da jurisdição do Colégio de Médicos. Seu argumento foi acolhido no Tribunal, que se utiliza da premissa de que a autoridade concedida ao Colégio de Médicos era de dois poderes distintos. A primeira referia-se à prática ilícita, que permitia ao Colégio multar quem exercesse a medicina sem a sua licença. A segunda, dizia respeito ao exercício da má prática médica, essa sim podendo ser apenada com a prisão. Ou seja, a conduta da prática da medicina sem a licença do Colégio apenas poderia ser apenada com multa, não com a prisão. Já essa última penalidade deveria ser aplicada apenas àqueles que praticassem de forma errônea a profissão, portanto com a finalidade de proteger o ofício, e não a instituição que o regulariza. Esse foi o primeiro caso de *judicial review* de um ato administrativo, que servirá de influência em outros, em especial o famigerado caso *Murphy vs Madison*.

Antes de adentrar na decisão em si, importante fazer uma compacta história dos fatos da época. Nos últimos momentos de seu mandato, após ter perdido a eleição para a oposição, o presidente John Adams aumentou o número de tribunais federais, criando cargos de juizes em cada um deles, além de ter dado ao presidente, com a aprovação do Congresso, o poder de nomear juizes federais e juizes de paz. Essa reforma foi nomeada por *Midnight Judges Act*, e um dos juizes nomeados por Adams foi Willian Marbury. Porém, antes de serem finalizadas as formalidades para sua nomeação, com a sua diplomação, a oposição assumiu a presidência. A

oposição, agora situação, não diplomou Marbury, violando direito seu que foi outorgado pelo Presidente antecessor. Com isso, Marbury impetrou ação judicial diretamente na Suprema Corte, com base no *Judiciary Act*, de 1798, pedindo para que lhe fosse entregue o diploma de nomeação para o cargo que havia direito, uma vez que a atual Administração, que tinha como Secretário de Estado James Madison, se recusava a fazê-lo. Havia grande impasse político chiando em Washington, o *Chief Justice* da Suprema Corte era o ex-Secretário de Estado de Adams, John Marshal, de modo que é possível afirmar que possuía certo interesse na resolução do caso. Ademais, se acolhesse o pedido, havia boatos de que a Administração não a cumpriria, e pior, poderia pedir o *impeachment* dos membros da Corte.

Envolto por tamanha pressão e sob risco de ruptura da recém-criada República, Marshal tomou uma decisão que viria a modificar o próprio conceito de Constituição. Reconheceu que o meio de ação escolhido por Marbury, o *writ of mandamus*, era correto, Tal ação era correta para a tutela daquele direito em questão. Todavia, não chegou a adentrar no mérito, julgando improcedente ainda em matéria preliminar. Segundo sua decisão, a Suprema Corte não poderia julgar o mérito da ação frente a uma inconstitucionalidade do próprio *Judiciary Act*. No caso, esta lei concederia uma competência para a Suprema Corte que estava fora daquelas estipuladas pela própria Constituição de 1787. Assim, caso fosse permitido ao Congresso modificar a Constituição do mesmo modo que cria ou altera uma lei ordinária, criando competências não previstas, a supremacia da própria Constituição seria uma inverdade. A partir dessa decisão paradigmática, ficou assentada a possibilidade de o Judiciário rever os atos do Congresso que fossem contrários à Constituição, inaugurando, assim, o *Judicial Review of legislation*.

2.2. O *judicial review*

A revisão das leis, ou melhor, do ordenamento jurídico infraconstitucional, através do processo é garantia fundamenta para a existência, preservação e concretização de uma Constituição escrita, como a dos Estados Unidos da América, das quais as normas devem ser consideradas sempre superiores às emanadas pelo Poder Legislativo em processo legiferante ordinário. A decisão no caso *Madison vs Marbury* concretiza mudanças profundas no constitucionalismo. Isso, porque, fica institucionalizada a influência direta que a Constituição escrita impõe ao processo democrático. Nesta toada, com a escolha dos estadunidenses por uma

constituição escrita, há de existir um controle e rechaço de todos os atos legislativos contrários ao seu teor.

De outro modo, admitir-se-ia que os atos legislativos, e mesmo do Executivo, inconstitucionais poderiam ter o mesmo valor e igual eficácia em relação aos constitucionais, e a real distinção entre governo limitado e ilimitado estaria desfeita. Em outras palavras, qualquer ato legislativo poderia alterar a Constituição, o que impediria que ela usufrísse do status de lei fundamental. Assim, em verdade pouco importaria a promulgação de uma Constituição. Se esta tem como finalidade exatamente barrar o poder estatal por meio do controle das maiorias e proteção das minorias, restringindo o poder exercido por aquelas, a sua mera modificação por maioria legislativa seria um contrassenso, portanto uma linguagem jurídica limitada e inútil.

Desta feita, pode-se afirmar que, a partir do paradigma do caso *Marbury vs Madison*, tem-se por construída a ideia da Constituição como regra jurídica. Fica, portanto, expressamente registrado que o *judicial review* constitui elemento fundamental para garantir a concretização da Constituição.

Sendo consignado que a Constituição é elemento de preservação do direito, cabe aos juízes fazer o controle de constitucionalidade dos atos legislativos ou executivos que sejam contrários à própria Constituição, antes mesmo de ingressar no mérito da demanda. Cabe, portanto, ao aparelho jurisdicional, ou seja, ao conjunto do Poder Judiciário, sem distinção de hierarquia entre juízes e/ou Tribunais, verificar a constitucionalidade das normas a partir das lides apresentadas, sem que haja um procedimento constitucional específico e geral. Claro que, dentro do modelo de precedentes dos Estados Unidos, a declaração de inconstitucionalidade constitui jurisprudência, a ser utilizada em outros casos e por outros juízos.

Assim, não pode ser uma pessoa obrigada a fazer qualquer ação ou omissão, ainda que por ordem legal, mas que fosse inconstitucional, protegendo não apenas a integridade do direito e a supremacia da Constituição, mas também os próprios direitos fundamentais e subjetivos dos cidadãos. Ressalva se faz ao caso Brasileiro, em que a Constituição Federal de 1988 privilegia a cláusula do *full bench* em seu art. 97. Essa é a reserva de plenário, segundo o qual o controle de constitucionalidade realizado por meio dos Tribunais, na modalidade difusa, deve ser realizado por meio do Plenário do Tribunal, ou por seu Órgão Especial, a depender do regimento interno de cada Tribunal, conferindo maior estabilidade e segurança no entendimento fixado em controle de constitucionalidade.

2.3. O modelo da Europa Continental: a influência de Hans Kelsen

O modelo de controle desenvolvido por Kelsen pode ser extraído principalmente do capítulo quinto de sua celebrada obra a Teoria Pura do Direito, principalmente ao tratar do sistema estático das normas jurídicas⁵. Sobre este sistema estático do direito, Kelsen descreve que o conteúdo das normas superiores confere fundamento de validade das normas dela produzidas, portanto inferiores, deduzidos por meio de uma operação lógica. Segundo o próprio autor, sua teoria é pura porque ela almeja assegurar o conhecimento do direito, excluindo de seu conhecimento tudo o que não pertença ao objeto determinado precisamente como direito. Sobre este aspecto, convém colacionar passagem da explicativa obra de Georges Abboud:

Assim, a normatividade do Direito é o problema central da Teoria do Direito. Essa normatividade é desenvolvida sob três premissas fundamentais, a saber: 1) a definição da norma em termos lógico-semânticos, como conteúdo de sentido; 2) o conceito normativo de validade como força obrigatória geral; e 3) a elaboração da norma fundamental.

Desse modo, a Teoria Pura do Direito busca libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. É com Kelsen que a ciência jurídica adquire seu objetivo e métodos precisamente definidos. É mister destacar que, a partir da estática kelseniana, o direito passa a estruturar-se de maneira escalonada e lógica. Nesse sistema, o fundamento de validade de determinada norma passa a ser outra norma de grau hierárquico superior, a norma passa a ser outra norma de grau hierárquico superior, a norma passa a buscar sua validade exclusivamente na própria positividade e não mais em valores, sejam eles éticos, morais, religiosos etc.⁶

Segundo o sistema estático elaborado por Kelsen, a norma superior confere validade para a norma inferior no ordenamento jurídico, bem como para a própria atuação do Poder Público. A partir dessa premissa, é possível sistematizar o controle abstrato de constitucionalidade. Isso, porque, a fiscalização abstrata da constitucionalidade tem relação com o conceito de Constituição, que seria formada pelos preceitos que regulam a criação de normas jurídicas gerais e abstratas, especialmente a criação de leis.

⁵ KELSEN, Hans, 2012. Pg. 215-306. Sobre o tema: para fins desse trabalho, não serão utilizados os conceitos da dinâmica entre as normas, ou mesmo da norma hipotética fundamental. Isso, porque, para fins de explicação do controle concentrado de constitucionalidade, apenas será necessário se debruçar sobre a validade da norma superior sobre a inferior, das quais utilizaremos como parâmetro a Constituição.

⁶ ABOUD, Georges, 2021. Pg. 519.

Isso, porque, se a Constituição contém a regulação do processo legiferante, a Constituição torna-se parâmetro o controle formal e material desse processo. Há limites normativos para a atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, balizados pela própria Constituição. Por consequência, pode-se extrair que é a partir do sistema normativo kelseniano que o Poder encontra seu nascimento real e limite, dentro do próprio direito. Sempre haverá uma norma jurídica autorizadora que corresponderá ao ato dos Poderes.

Assim, há a sistematização do controle de constitucionalidade, e um Tribunal Constitucional seria o protagonista. A fiscalização abstrata da constitucionalidade tem relação com o conceito de Constituição, construída pelos preceitos que regulam a criação de normas jurídicas gerais e abstratas. Em outras palavras, é a regulação do próprio processo legislativo. Neste aspecto, Kelsen equipara o processo de controle de constitucionalidade com o próprio processo legislativo. Enquanto aquela consiste na criação de normas gerais positivas, aquela cria normas negativas. Pode-se afirmar que anular uma lei por inconstitucionalidade é o mesmo que afirmar que se cria uma norma geral negativa, confundindo-se com a própria função do Poder Legislativo. Por isso que os estudiosos de Kelsen darão ao processo abstrato de constitucionalidade o nome de legisladores negativos.

Ainda cabe destacar que o controle de constitucionalidade, hodiernamente, não pode ser visto apenas a partir de uma visão formal do processo legislativo conforme descrito na Constituição. Qualquer processo de criação de norma infraconstitucional que resulte em norma que contrarie materialmente regra ou princípio constitucional também é cabível de submissão ao controle e de declaração de inconstitucionalidade.

2.4. Os Tribunais Constitucionais

Os projetos de Cortes Constitucionais, idealizadas por Kelsen, tiveram início com a Constituição da Áustria de 1920. O modelo expandiu-se pela Europa, acabando por ser adotado por países como Alemanha, Itália, Bélgica, Espanha, Portugal e, desde 2009, também pelo Reino Unido, embora seja uma corte limitada pelo próprio modelo de *common law* e por não existir Constituição escrita nesse país.

Favoreu⁷, ao analisar as Cortes Constitucionais europeias, observa que há divergências quanto os procedimentos adotados, bem como a forma de alcançar a sua jurisdição. Por outro lado, tem êxito ao descrever características comuns dessas Cortes abaixo listadas. A primeira é a proximidade das formas de governo, sendo que Alemanha, Itália, Espanha e Bélgica são parlamentaristas, já França, Bélgica e Portugal seguem uma forma semi-parlamentarista. Nestes países há uma pluralidade de jurisdições (administrativa, judiciária etc.). A Corte Constitucional pressupõe a existência dessas demais jurisdições, que encaminharão para a Corte as demandas de controle de constitucionalidade.

Também é imprescindível, até por uma questão de lógica aristotélica, que haja previsão constitucional da existência dessas Cortes Constitucionais. O motivo é ordinário, essas Cortes não podem estar sujeitas a modificações legislativas, para que tenham a independência necessária para atuar em matéria superior, ou seja, constitucional. A previsão deve dispor sobre as competências, número de membros, forma de atuação, dentre outras, garantindo que não seja influenciada por maiores ocasionais do Legislativo que queiram suplantar a sua atuação.

A justiça constitucional é concentrada no Tribunal Constitucional. Em outras palavras, essa Corte possui o monopólio do julgamento da constitucionalidade das leis, excluindo, portanto, a atuação dos juízes e tribunais ordinários sobre essa matéria. Neste caso, ainda que reservada a competência exclusiva quanto à justiça constitucional, os países divergem quanto a amplitude de outras matérias que podem ser analisadas. Assim, é possível que outras questões constitucionais podem ser encaminhadas para essa Corte, como a disputa de competência federativa ou do julgamento criminal de pessoas que possuem foro por prerrogativa de função. Esse tipo de competência é suplementar e pode ou não ser definido à Corte, a depender da escolha dos constituintes. De todo modo, a exclusividade, da análise de constitucionalidade do ordenamento jurídico infraconstitucional, deve pertencer à Corte Constitucional.

Já as indicações não podem ser obrigatoriamente de magistrados. No sistema de justiça ordinário, juízes entram na carreira por certos meios (no caso do Brasil, por concurso público), e alcançam progressões na carreira regularmente, como servidores públicos que são, a partir de seu regime estatutário. Já a indicação da Corte não deve obedecer a estes critérios tradicionais, sendo que os juízes não necessariamente devem ser magistrados de carreira, mas podem ser

⁷ FAVOREU, Louis, 2004. Pg. 18-39.

escolhidos advogados, membros do Ministério Público, professores universitários, outros funcionários públicos e mesmo entre aqueles que não são juristas.

Observando as indicações recentes nas Cortes europeias, é possível constatar diversas semelhanças, tais quais as autoridades políticas costumam designar juízes próximos e destacados por suas tendências políticas. Nesse sentido, governos mais progressistas, que defendam certas pautas sociais, costumam nomear juízes que também possuam essa mesma tendência. O mesmo se diga de governos mais conservadores, ou de qualquer outro matiz político. Ademais, vê-se que as origens são próximas, já que a expressiva maioria é composta por professores universitários, o que, tem tese, garante maior independência para os juízes nomeados.

Quanto a atuação, é de verdadeira jurisdição. Como será tratado, as Cortes Constitucionais no modelo europeu continental estão a parte do organograma do Poder Judiciário, situando-se acima dos Poderes. Porém, sua atuação deve ser considerada como verdadeira jurisdição, ou seja, as decisões da corte são acobertadas pela coisa julgada, e suas declarações de inconstitucionalidade produzem efeitos *erga omnes*. Ainda, sua decisão não é de mera devolução da matéria ao Legislativo com recomendações. Deveras, a jurisdição constitucional não pode modificar o próprio texto legislativo. Ressalvada a hipótese de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, que é uma hipótese própria, suas decisões não adicionam modificações, mas declaram a invalidade dessa lei. As modificações apenas podem ser introduzidas pelo próprio órgão prolator do texto normativo, naturalmente. A decisão de anulação por inconstitucionalidade gera efeitos desde o seu trânsito em julgado.

Mas talvez o que seja a diferença mais fundamental dessa espécie de justiça constitucional seja, de fato, que a Corte Constitucional fica fora do organograma da justiça ordinária. Se no modelo estadunidense, o controle de constitucionalidade é realizado pelos juízes e Tribunais a partir da análise das lides apresentadas – inclusive a Suprema Corte americana é uma Corte recursal para matérias infraconstitucionais, estas Cortes Constitucionais estão fora do aparelho jurisdicional. Em verdade, está fora do próprio desenho e distribuição de competência entre as funções (administrativa, legiferante e judicante), tornando-se como um Poder independente, com a função de assegurar o respeito e proteger a Constituição em todos os domínios. Isso teria o condão de assegurar à Corte a sua independência, no sentido de impedir que controlasse as decisões e atos de Poderes aos quais também pertencesse em caso contrário.

Ressalte-se que, em alguns casos, não apenas essa Corte funciona no modelo concentrado de controle de constitucionalidade de leis e atos do Executivo, mas também para controle de constitucionalidade de decisões judiciais, no caso de evidente inconstitucionalidade.

De todo modo, sua função principal é o controle pela modalidade abstrata do ordenamento infraconstitucional. Esse controle é exercido por meio de ação direta à Corte, pela remessa do processo pelos demais tribunais em caso de litígio constitucional ou por meio do contencioso objetivo ou subjetivo.

O controle pela via de ação é o mais comum, pelo qual a jurisdição da Corte é acionada pelas autoridades políticas, geralmente as minorias, em um contencioso objetivo, sempre que houver alegação de violação à Constituição em processo legislativo ou ato do Poder Executivo. Os Tribunais Constitucionais europeus, em regra, admitem o controle *a priori* desses atos, pois a lei existe desde a sua votação, e a promulgação, sempre no caso Europeu, em nada acrescentaria para a lei. Em que pese Favoreu afirmar que apenas na França essa modalidade ainda seja mais comum, há previsão na Alemanha, Itália, Espanha, Áustria e Portugal⁸.

Quanto ao controle por remessa dos autos pela jurisdição ordinária, é pouco utilizado, com exceção da Itália. Existe um entendimento de que essa modalidade aproximaria a Corte Constitucional do modelo estadunidense da Suprema Corte, mas é importa fazer ressalvas a esse entendimento. No modelo estadunidense, a Suprema Corte funciona como Corte recursal dentro do organograma do Poder Judiciário ordinário, podendo decidir não apenas matérias constitucionais, mas do ordenamento jurídico infraconstitucional federal como um todo, com o intuito de dar a resposta correta do direito às lides, bem como unificar a jurisprudência daquele país. Ademais, as partes podem acessar a Corte por meio de recursos próprios. Já as Cortes Constitucionais possuem uma competência vinculada na análise das matérias: apenas as constitucionais. E quando se lhe acessa, não é por recurso das partes, mas deve o juiz ou Tribunal remeter à Corte a matéria constitucional em destaque. Ou seja, é também uma autoridade pública que possui o poder/dever de acessar a jurisdição da Corte. Existem ainda outras possibilidades específicas de acesso à Corte Constitucional de cada país europeu, mas que não convém colacionar no presente estudo, em que se espera repassar um panorama geral.

⁸ FAVOREU, Louis, 2004. Pg. 18-39.

Ainda sobre a celeuma do acesso à Corte, sua função não é a de solucionar lides individuais, ou mesmo de processos coletivos, mas a de proteger todo o texto constitucional contra atos dos demais Poderes no exercício de suas funções. Isso, porque, sua função última é dizer as balizas do texto constitucional para o bom funcionamento do Estado e suas instituições, bem como de assegurar de maneira geral o exercício dos direitos e deveres nele inscritos. Por óbvio, isso não afasta uma de suas principais funções que é a de proteção dos direitos fundamentais, principalmente em face de atos do legislador. É possível que encontremos, como no caso do Conselho de Estado da França, que os juízes ordinários possam fazer esse tipo de controle em face de atos da administração, mas apenas a Corte Constitucional pode fazê-lo em face da função legiferante típica do Poder Legislativo.

3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como visto, ao longo dos séculos desenvolveu-se dois modelos principais de justiça constitucional. A primeira, capitaneada pelos Estados Unidos, faz-se dentro da jurisdição ordinária, em que os juízes e Tribunais, a partir das lides que lhes são apresentadas, devem analisar a eventual (in)constitucionalidade das leis no julgamento do caso concreto. Já o modelo da Europa continental, dos quais destaca-se o Tribunal Constitucional Alemão, a jurisdição constitucional é realizada por uma Corte Constitucional com competências específicas para tanto, e acima dos demais Poderes. A evolução histórica do constitucionalismo no Brasil, no entanto, consagrou os dois modelos, confundindo-os na jurisdição do Supremo Tribunal Federal.

O art. 101 da Constituição Federal de 1988 estabelece que o Supremo Tribunal Federal é composto por 11 ministros, escolhidos pelo Presidente da República, entre cidadãos entre 35 e 65 anos, de notório saber jurídico e reputação ilibada, após a aprovação da escolha por maioria absoluta do Senado Federal. As competências da Corte Suprema estão descritas no art. 102 da CF e no seu Regimento Interno. Sua competência precípua é a guarda da Constituição. Entre nós, o controle difuso de constitucionalidade é previsto desde a Constituição Republicana de 1891, de forte tradição estadunidense, podendo ser declarado por qualquer juiz ou Tribunal, em qualquer grau de jurisdição, sendo possível a discussão ser alçada ao STF por meio de recurso extraordinário (art. 102, inciso III, da CF).

Embora tal controle possa ser exercido por qualquer órgão de jurisdição ordinária, tais decisões apenas surtem efeitos *interpartes*, portanto não se estendem à coletividade. Não à toa,

logo após a declaração pela via difusa no STF, deve o órgão encaminhar a decisão ao Senado Federal, a quem compete retirar a eficácia da lei no todo ou em parte, por disposição do art. 52, inciso X, da CF. Lembrando-se, ainda, que o exercício do controle de constitucionalidade das leis ou atos normativos por meio dos Tribunais de jurisdição ordinária devem respeitar a cláusula do *full bench*, ou da reserva de plenário, com previsão constitucional.

Não obstante, a Constituição de 1988 entendeu, por bem, também conferir ao Supremo Tribunal Federal a competência para atuar como verdadeira Corte Constitucional, seguindo o modelo da Europa continental, ao prever a modalidade de controle concentrado de constitucionalidade, listando ações específicas para este fim, que terão eficácia *erga omnes*, independente da atuação posterior do Legislativo. Este tipo de jurisdição apenas pode ser invocado por agentes públicos em rol taxativo de legitimidade, a invocar a tutela da Corte com o fim de que declare a inconstitucionalidade, ou ainda a constitucionalidade, de determinado ato ou omissão do Legislativo ou do Executivo.

Neste caso, está-se a dizer da ação direta de inconstitucionalidade (ADI), com o intuito de requerer a declaração de inconstitucionalidade quando da expedição um ato normativo do Estado, ou no caso de uma omissão diante de um dever constitucional de legislar – nesse caso denomina-se ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO). Tal ação possui previsão no art. 102, inciso I, alínea *a* e no art. 103, §2º, ambos da Constituição Federal, e regulamentação na Lei nº 9.868/99. De mesmo modo, quando há extenso debate em nível de jurisdição ordinária sobre a constitucionalidade de determinada lei, há a previsão da ação declaratória de constitucionalidade (ADC), pela qual se requer a confirmação da presunção da constitucionalidade da lei pelo STF. Possui previsão também no art. 102, inciso I, alínea *a*, da Constituição, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 3/93, e regulação também na Lei nº 9.868/99.

Ainda nessa senda, a Constituição prevê a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), com o objetivo de reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público, bem como quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluído os anteriores à Constituição. Sua previsão está no art. 102, §1º da Constituição Federal, e regulação da Lei nº 9.882/93.

A reunião, pelo Supremo Tribunal Federal, do exercício do controle de constitucionalidade tanto em sua modalidade difusa quanto concentrada acarreta diversas

críticas sobre esse modelo. A primeira advém da legitimidade que o STF possui de exercer a função de Corte Constitucional sem que tenha a devida representatividade para tanto. Neste sentido, afirma Nelson Nery Jr.:

(...) em países que possuem tribunais constitucionais, como a Alemanha, esse tribunal é órgão constitucional de todos os poderes, situando-se no organograma do Estado ao lado do Executivo, Legislativo e Judiciário, não sendo, portanto, órgão do Poder Judiciário, nem se situando acima dos Poderes Executivo e Legislativo. É formado por pessoas indicadas pelos três Poderes, com mandato certo e transitório, vedada a contínua ou posterior recondução. O tribunal constitucional, é, pois, suprapartidário.⁹

Como vimos, o STF é composto por Ministros indicados pelo Presidente da República, após aprovação por maioria absoluta do Senado Federal. Embora haja a participação de dois Poderes (Executivo e Legislativo) na nomeação dos Ministros, fato é que apenas o Presidente da República possui a competência para a indicação, o que seria prejudicial à legitimidade da própria Corte Suprema. Uma das saídas possíveis seria melhorar o sistema de nomeação para a Corte, incluindo a participação do Legislativo, tal como é no Tribunal de Contas da União¹⁰, e do Judiciário, o que naturalmente incrementaria a legitimidade das decisões da Corte quando do controle concentrado de constitucionalidade.

Por outro lado, a convergência de funções de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, além de outras competências originárias previstas constitucionalmente, sem qualquer sombra de dúvidas, agigantou suas funções, principalmente em relação aos demais Poderes. Georges Abboud faz destaque às decisões monocráticas, que podem suspender a eficácia de determinado ato normativo derivado de uma posição política e democrática adotada pelos demais Poderes:

Exemplo desse excesso de poderes está na possibilidade de julgar com efeito vinculante a ação declaratória de constitucionalidade, determinar cautelares

⁹ NERY JUNIOR, Nelson. Pg. 49.

¹⁰ *In Verbis*, o artigo 73 da Constituição Federal: O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96. § 2º Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão escolhidos: I - um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antiguidade e merecimento; II - dois terços pelo Congresso Nacional.

monocráticas e proferir súmulas vinculantes. Consequentemente, a possibilidade de um julgador, de forma isolada, suspender uma lei aprovada pelo Congresso *sine die*, é algo dificilmente justificável em uma democracia constitucional. Por essa razão, temos enorme preocupação em assegurarmos real sistematização da monocratização da jurisdição constitucional brasileira.¹¹

Tais críticas são contundentes e merecem a atenção dos juristas e mesmo do mundo político. Afinal, com a concentração de competências para fazer o controle de constitucionalidade pelas vias difusa e concentrada, além de outras competências exclusivas, faz com que o Supremo Tribunal Federal seja uma Corte sem qualquer paralelo no mundo, possuindo mais poderes que a Suprema Corte estadunidense e o Tribunal Constitucional Alemão.

¹¹ ABBOUD, Georges, 2021. Pg. 556.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento histórico do constitucionalismo resultou na supremacia da Constituição. Sendo este um documento que visava, de primeiro plano, limitar o poder dos governantes, listar direitos fundamentais e proteger minorias sociais e políticas, não poderia estar à mercê de eventuais maiorias a modificarem seu texto. Fosse em sentido oposto, não apenas seria um texto inútil, como uma completa contradição linguística. Como consequência, surgiram meios de controle das atividades administrativas e legislativas para proteção do texto constitucional. Nos Estados Unidos, a partir do caso *Madison vs Marbury*, o judiciário ordinário possui competência para julgar a constitucionalidade das leis a partir dos casos que lhe são apresentados, tendo como última instância a Suprema Corte. Já na Europa continental, com a inegável influência do pensamento de Hans Kelsen, o controle de constitucionalidade é realizado por Cortes Constitucionais, que possuem competência exclusiva e privativa de exercício da jurisdição constitucional.

No Brasil, a partir de sua evolução histórica, o Supremo Tribunal Federal concentrou ambas as modalidades de controle de constitucionalidade, o difuso e o abstrato. Assim, exerce sua jurisdição tanto por meio do recurso extraordinário, movido por qualquer parte em processo judicial, ou por meio de ações diretas, com legitimados descritos em rol taxativo. Somadas essas competências com outras originárias previstas constitucionalmente afasta o STF tanto do modelo estadunidense como do da Europa continental, fazendo-o sem precedentes e, possivelmente, o mais poderoso Tribunal do mundo. Embora seja resultado da própria evolução política-constitucional do Brasil, é necessário debruçar-se sobre este tema, posto que pode resultar em uma disruptura com os demais Poderes e, ao invés de ser o último guardião da Constituição e, portanto, da Democracia, tornar-se motivo de crises na República.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Ciência política, Estado e direito público*. 3 ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2017.
- BAUNM, Lawrence. *A Suprema Corte americana*. Rio de Janeiro: Forense-Universitá.1987.
- CARRIÓ, Genaro R. *Sobre los límites del lenguaje normativo*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos, 1973.
- FALCONE, Marconi. *Justiça constitucional: o caráter jurídico-político das decisões do STF*. São Paulo: Editora Método. 2008.
- FAVOREU, LOUIS. *As Cortes Constitucionais*. Landy Editora, 2004.
- HAMILTON, Alexander. *Federalist n° 78*. In Lillian Goldman Law Library, 2008. Disponível em: <https://guides.loc.gov/federalist-papers/text-71-80> , visto em 18/06/2022
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- TAVARES, André Ramos. *Justiça constitucional: originalidades históricas e tipicidade latino-americana*. In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, mai./ago. 2014, ano 8, n 30, pp. 245-62.