

OS ENTRAVES PARA A CARACTERIZAÇÃO DO STF COMO CORTE CONSTITUCIONAL A PARTIR DO PARADIGMA DAS CORTES CONSTITUCIONAIS ESPANHOLA, PORTUGUESA E ALEMÃ

DIFFICULTIES ON CHARACTERIZING BRAZIL'S SUPREME COURT AS A CONSTITUTIONAL COURT, THROUGH THE ANALYSIS OF THE CONSTITUTIONAL COURTS OF SPAIN, PORTUGAL AND GERMANY.

Autor: Emanuel de Melo Ferreira. Advogado da União. Especialista (UNISUL/LFG). Mestre em Ordem Jurídica Constitucional (UFC).

RESUMO

A análise comparativa da Jurisdição Constitucional, em especial no que tange ao estudo das Cortes Constitucionais, é o ponto central do presente texto, buscando-se traçar as linhas distintivas entre o Supremo Tribunal Federal (STF) e as Cortes Constitucionais da Espanha, Portugal e Alemanha. O objeto de tal comparação é perquirir se, diante dos paradigmas lançados, o STF pode ser concebido como Corte Constitucional. Para tanto, foram utilizados os seguintes critérios de comparação: 1) modo de composição das Cortes; 2) periodicidade do exercício da função de Juiz Constitucional; 3) competência do órgão. Para atingir tal fim, foram estudados, inicialmente, os conceitos básicos de jurisdição constitucional para, em seguida, investigar os dispositivos das Constituições daqueles Países, nos pontos específicos acerca das Cortes Constitucionais. Finalmente, propôs-se um estudo de caso cujo objeto fôra a recente nomeação da Ministra Rosa Weber, de modo a demonstrar como o controle exercido pelo Senado Federal do ato de indicação feito pela Presidenta da República é ineficaz, contribuindo, fortemente, para o distanciamento do STF em relação àquelas outras Cortes.

PALAVRAS-CHAVE: Cortes Constitucionais europeias; Supremo Tribunal Federal; Composição.

ABSTRACT

The comparative analysis of judicial review, in special in what concern about the study of Constitutional Courts, is the core of this text, seeking to show the different lines between Supremo Tribunal Federal (STF - Brazil's Supreme Court) and the Constitutional Courts from Spain, Portugal and Germany. The object of that comparative approach consists of asking if, looking to the paradigms shown, STF can be characterized as a Constitutional Court. To achieve that goal, had been used the following lines of comparison: 1) the Court's composition; 2) duration of the Judges' mandate; 3) jurisdiction of the Court. In the beginning of the article, had been studied basic concepts about judicial review, advancing to investigate the Constitution of that Countries, in special about the Constitutional Courts. Finally, it had been suggested a case-study, concerning to the recent nomination of Rosa Weber to the STF, trying to prove that the Federal Senate control on the act of nomination from the President is quite inefficient, which contributes, strongly, to separate STF from those other Courts.

KEYWORDS: Europeans Constitutionnal Courts. Brazil's Supreme Court. Composition.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo propõe-se a analisar as dificuldades para a caracterização do Supremo Tribunal Federal (STF) como Corte Constitucional, levando em conta as experiências de Portugal, Espanha e Alemanha. A metodologia empregada, portanto, será a

comparativa, passando-se à análise específica das disposições constitucionais referentes àquelas Cortes europeias, para, em seguida, realizar a devida abordagem acerca do STF.

Para alcançar tal objetivo, no entanto, será necessária uma preliminar digressão propedêutica acerca da jurisdição, em geral, e da jurisdição constitucional, em especial. Sendo assim, conceitos básicos serão analisados, buscando-se delimitar precisamente o tema em estudo, demonstrando-se, notadamente, as vacilações doutrinárias na conceituação da jurisdição constitucional.

Em seguida, o estudo comparativo propriamente dito será iniciado, passando-se à análise das Constituições espanhola, portuguesa e alemã no que tange ao disciplinamento constitucional das respectivas Cortes Constitucionais. Em seguida, a comparação com o STF será lançada, partindo-se das seguintes linhas de raciocínio: 1) modo de composição da Corte; 2) periodicidade do exercício da função de Juiz Constitucional; 3) competência do órgão.

O texto investigará se, à luz dos paradigmas lançados, ainda há espaço para o exercício vitalício do cargo de Ministro do STF, ou se ainda subsiste a possibilidade de o mesmo ser ocupado unicamente por indivíduos indicados e nomeados pelo Presidente da República, após a sabatina do Senado. Nesse ponto, será proposto um estudo de caso acerca recente nomeação da Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, visando perquirir a eficiência do controle senatorial sobre o ato de indicação. Este ponto, apesar de não partir de um estudo comparativo, tem pertinência com o objetivo maior proposto, de modo que é necessária sua inserção no presente texto. Além disso, indagar-se-á, brevemente, se a competência recursal ordinária no âmbito da Suprema Corte brasileira concorre para sua descaracterização como Corte Constitucional.

2. A JURISDIÇÃO COMO FUNÇÃO ESTATAL E A CONSTITUIÇÃO

Sabe-se que a função jurisdicional do Estado caracteriza-se por ter como finalidade solucionar conflitos, substituindo as partes litigantes, mediante a provocação destas, aplicando o direito à espécie e estabilizando definitivamente as relações sociais através de uma decisão que, num certo momento, tornar-se-á imutável.¹ Essa conceituação abarca as clássicas

¹ Na clássica conceituação de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, tem-se que: “Da jurisdição, já delineada e em sua finalidade fundamental no cap. 2, podemos dizer que é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça”. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 139. José Alfredo de Oliveira Baracho, por outro lado, enfatiza o caráter soberano da jurisdição, pois, quando o Estado a exerce, tem-se a manifestação da soberania deste: “A jurisdição é a função de declarar o direito aplicável aos fatos, bem como é causa final e específica da atividade do judiciário. Incumbindo de garantir à sociedade um ordenamento jurídico, ao exercer a atividade jurisdicional está o Estado manifestando a soberania que lhe é inerente. Muitos autores definem a jurisdição como função da soberania do Estado, que se

características da jurisdição, como a substitutividade, a lide, a inércia, o escopo jurídico da aplicação do direito e a definitividade.

Com o desenvolvimento das relações humanas, notadamente após a Segunda Guerra Mundial, a aplicação da Constituição ganha contornos mais significativos, a ponto de se qualificar como jurisdição constitucional a função estatal voltada especificamente para a aplicação das normas constitucionais. Diga-se, no entanto, que mesmo antes do citado evento histórico, a jurisdição constitucional já ocupava os estudos de doutrinadores do quilate de Kelsen, apontado como seu criador, tendo em vista, principalmente, os estudos por ele desenvolvidos para a confecção da Constituição austríaca de 1920.

Inserindo a jurisdição constitucional como a forma mais propícia para a garantia da Constituição, Kelsen, no clássico “Jurisdição constitucional”², aborda a natureza superior da Constituição; sua rigidez; as questões em torno dos conceitos de legalidade e de inconstitucionalidade; a sanção aplicável à lei inconstitucional; a conveniência de um controle dos atos legislativos por um órgão fora desse poder; as linhas gerais em torno da composição das Cortes Constitucionais; o parâmetro e o objeto do controle de constitucionalidade; o processo do controle de constitucionalidade e os significados jurídicos e políticos da jurisdição constitucional. Percebe-se, portanto, como a referida obra clássica pautou (e ainda pauta) muitos dos debates sobre jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade, pois seus conceitos básicos estão lá lançados.³

Estudar a jurisdição constitucional demanda a superação de alguns óbices prévios. Primeiramente, as vacilações terminológicas em torno do tema dificultam o entendimento do que venha a ser a jurisdição constitucional, a justiça constitucional, o processo constitucional, direito processual constitucional, o direito constitucional processual, o direito constitucional judicial e o próprio controle de constitucionalidade. Tais expressões, diga-se desde já, não podem ser admitidas como sinônimas.

As referidas vacilações terminológicas serão enfrentadas adiante, fixando-se os fundamentos para a utilização das respectivas expressões no decorrer do texto, como forma de

consubstancia no poder de declarar o direito aplicável aos casos concretos.” BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p, 75.

² KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Introdução e revisão técnica de Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p, 121-187.

³ A pauta sugerida pelo autor, no entanto, encontra-se em vias de alteração no Brasil, notadamente tendo em vista recentes decisões proferidas pelo STF, numa postura de ativismo às vezes exagerada, como por exemplo, quando da edição da súmula vinculante nº 11. Kelsen concebia a natureza da jurisdição constitucional e da função das Cortes Constitucionais como não propriamente jurisdicionais, mas legislativas, ainda que negativamente, uma vez que determinava a anulação de uma lei emanada pelo Poder Legislativo. O dogma do legislador negativo foi relativizado diversas vezes pelo STF, não sendo este, no entanto, o momento adequado para analisar tal fenômeno.

se preservar a coerência e o rigor analítico da dogmática jurídica. Levando em conta que a expansão da jurisdição constitucional após a Segunda Guerra é tributária da criação de diversas Cortes Constitucionais,⁴ traçar-se-á um estudo comparativo entre os perfis constitucionais das Cortes portuguesa, espanhola e alemã, para, em seguida, compará-las com a Suprema Corte brasileira.

3. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E EXPRESSÕES AFINS – DISTINÇÕES

3.1 Jurisdição constitucional, justiça constitucional e controle de constitucionalidade

De um modo geral, os autores concordam que a jurisdição constitucional é a função estatal voltada para a aplicação das normas constitucionais, tendo como objeto, portanto, a matéria jurídico-constitucional de um determinado Estado.⁵

A caracterização da jurisdição constitucional pode ser feita sob o aspecto formal ou material.

Sob o aspecto formal, a jurisdição constitucional é definida a partir do órgão que a exerce, ou seja, a partir das funções das Cortes Constitucionais ou das Supremas Cortes. Essa é a caracterização clássica da jurisdição constitucional, que deve, no entanto, ser adequadamente entendida, notadamente levando-se em conta as particularidades de cada ordem constitucional, em especial a brasileira.

Em suas origens históricas, partindo-se da já referida obra de Kelsen e da Constituição austríaca de 1920, a jurisdição constitucional era voltada, exclusivamente, para o controle de constitucionalidade. E mais: ao controle abstrato. Pode-se atribuir a essa origem as posteriores vacilações e confusões terminológicas daqueles que tratam como sinônimas as expressões controle de constitucionalidade e jurisdição constitucional.

⁴ Luís Roberto Barroso lembra que foi a Alemanha o primeiro País a instalar uma Corte Constitucional (1951), seguido da Itália (1956). O autor ainda assinala que tal “tendência prosseguiu com Chipre (1960) e Turquia (1961). No fluxo da democratização ocorrida na década de 70, foram instituídos tribunais constitucionais na Grécia (1975), na Espanha (1978) e em Portugal (1982). E também na Bélgica (1984). Nos últimos anos do século XX, foram criadas cortes constitucionais em países do leste europeu, como Polônia (1986), Hungria (1990), Rússia (1991), República Tcheca (1992), Romênia (1992), República Eslovaca (1992) e Eslovênia (1993). O mesmo se passou em países africanos, como Argélia (1989), África do Sul (1996) e Moçambique (2003). Atualmente na Europa, além do Reino Unido, somente a Holanda e Luxemburgo ainda mantêm o padrão de supremacia parlamentar, sem adoção de qualquer modalidade de *judicial review*”. BAROSSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista de Direito Administrativo nº 240 (Abril/Junho de 2005). Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Ob. cit. p, 97; CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003. p, 965; SEGADO, Francisco Fernandez. *La jurisdiccion constitucional en España*. Madri: Editora Dykinson, 1984. p, 14; CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª ed. Porto Alegre: Safe, 1999. p, 25; BAROSSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p, 3; MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa Medina. *Direito processual constitucional*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p, 56.

O aspecto material, por outro lado, caracteriza a jurisdição constitucional a partir da aplicação das normas constitucionais para a solução das questões postas, seja qual for o órgão que execute essa função. Segundo Luís Afonso Heck, tem-se o aspecto material da jurisdição constitucional “a partir do procedimento judiciário (ou arbitral), o qual conduz ao controle de constitucionalidade, objetivando garantir diretamente a observância da Constituição”.⁶ Para Ivo Dantas, por outro lado, a perspectiva material não é propriamente referível à jurisdição constitucional, pois esta é definida somente em seu aspecto orgânico, fazendo com que tal aspecto material caracterize o processo constitucional, que “seria sempre definido sob uma perspectiva material, ou seja, é o conjunto de atos regulados pela Lei, determinando como e em que condições a Jurisdição Constitucional se manifesta”.⁷

Analisando sob outro aspecto, a jurisdição constitucional pode ser entendida em sentido amplo e estrito.

Em sentido amplo, ela compreende as diversas competências típicas das Cortes Constitucionais, como as atinentes: 1) ao controle de constitucionalidade; 2) ao julgamento de conflitos de competência entre certos órgãos de cúpula, previstos constitucionalmente; 3) à atuação como “Tribunal da Federação”, ao atuar perante os litígios envolvendo os entes políticos, como nas causas entre União e Estados-Membros; 4) à persecução penal dos ocupantes de certos cargos, como se tem com a responsabilização penal de Deputados ou Senadores; 5) à tutela dos direitos fundamentais; 6) à legitimidade de partidos políticos. Nessa acepção ampla, percebe-se que, nos ordenamentos que consagram somente o controle concentrado de constitucionalidade, há uma coincidência entre o aspecto formal da jurisdição constitucional e esta acepção, já que as competências acima enumeradas, que variam de acordo com cada ordenamento constitucional, só podem ser efetivadas pela Corte Constitucional.

Em sentido estrito, por outro lado, a jurisdição constitucional confunde-se com o controle de constitucionalidade. Assim, aqui está a distinção entre ambos: o controle de constitucionalidade é uma espécie do gênero jurisdição constitucional. Nesse sentido, Cappelletti assenta, no início de seu clássico estudo comparado sobre o controle de constitucionalidade, que:

Na verdade, parece oportuno precisar, desde agora, que o tema do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis não pode, certamente, identificar-se com a jurisdição ou a justiça constitucional, a *Verfassungsgerichtsbarkeit* dos alemães. Ele, ao contrário, não representa senão um dos vários possíveis aspectos

⁶ HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*. Porto Alegre: Safe, 1995. p, 24.

⁷ DANTAS, Ivo. *Constituição e processo*. 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 2007. p, 306.

da assim chamada “justiça constitucional”, e, não obstante, um dos aspectos certamente mais importantes. (...) Não pretendo tratar, aqui, de outras manifestações da justiça constitucional, diversas do controle de constitucionalidade das leis: como, por exemplo, de todas aquelas manifestações que se concentram no Bundesverfassungsgericht, isto é, no Tribunal Constitucional Federal alemão, a saber, o controle sobre legitimidade constitucional dos partidos políticos, o julgamento das acusações do Bundestag ou do Bundesrat ou do Bundespräsident, etc. (...)

Todas essas manifestações da “justiça constitucional” podem, de certo, reduzir-se a unidade, pelo menos, sob o seu aspecto funcional a função da tutela da atuação judicial dos preceitos da suprema lei constitucional. No entanto, é indubitável a profunda diferença estrutural que intercorre entre aquelas várias manifestações pelo que bem se pode justificar uma exposição limitada, particularmente, àquela que de todas é provavelmente a mais importante, ou seja, o controle judicial sobre a legitimidade constitucional das leis.⁸

Todas as concepções em torno do conceito e conteúdo da jurisdição constitucional retratam as divergências quanto ao seu objeto. Assim, Paulo Roberto de Gouvêa Medina apresenta quatro concepções doutrinárias acerca dele:

a) a dos que só a concebem em relação ao controle concentrado de constitucionalidade, exercido por Cortes Constitucionais; b) a dos que a consideram atinente ao controle de constitucionalidade, em geral, por qualquer dos seus sistemas, seja o sistema concentrado, seja o sistema difuso; c) a dos que como tal compreendem tanto o controle jurisdicional da constitucionalidade quanto o exercício da jurisdição para a tutela dos direitos fundamentais, dando a essa última a denominação específica de jurisdição constitucional das liberdades; d) a dos que entendem que ela envolve toda forma de exercício da função jurisdicional que importe aplicação de matéria essencialmente constitucional.⁹

A primeira concepção, extremamente restritiva, é tributária dos estudos de Kelsen, que concebia a jurisdição constitucional a partir do controle de constitucionalidade concentrado. A segunda concepção amplia o debate para o controle difuso, mas ainda não compreende a tutela dos direitos fundamentais. É somente com a terceira e quarta concepções que a jurisdição constitucional tem seu objeto mais bem delineado.¹⁰ Assim, com o surgimento de diversas normas constitucionais voltadas não só para a declaração de direitos, mas também para a proteção e concretização dos mesmos, com a criação de diversas ações tipicamente constitucionais, tem-se uma nova caracterização da jurisdição constitucional como função apta para a defesa dos direitos fundamentais.¹¹ Finalmente, a quarta concepção é a mais ampla de todas, já que condiz com a aplicação de qualquer norma constitucional.

É interessante observar, ainda, que Cappelletti, na citação transcrita anteriormente, utiliza indistintamente as expressões “justiça constitucional” e “jurisdição constitucional”. De

⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Ob. cit. 23-26.

⁹ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa Medina. Ob cit. p, 57.

¹⁰ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa Medina. Ob cit. p, 60.

¹¹ José Alfredo de Oliveira Baracho perfilha esse entendimento, pois “reduzir a jurisdição constitucional apenas ao controle de constitucionalidade é limitar o seu campo de abrangência, que é bem maior”. Ob. cit. p, 112.

fato, ao se admitir que a jurisdição constitucional deve ser entendida sob o aspecto material, ou seja, não restrita à atuação da Corte Constitucional, cabendo a cada juiz aplicar as normas constitucionais, parece não haver mesmo distinção entre as expressões. Nesse sentido, o adequado entendimento do tema leva à conclusão de que, no Brasil, a caracterização da jurisdição constitucional sob o aspecto meramente formal é inadequada, pois todo juiz pode aplicar a Constituição, notadamente levando-se em conta o controle difuso de constitucionalidade. É essa a conclusão de Marcelo Cattoni, ao afirmar que, no Brasil, “toda jurisdição é jurisdição constitucional”.¹²

Por outro lado, é possível pensar em justiça constitucional como a meta a ser alcançada a partir do desempenho da jurisdição constitucional. A partir do momento em que a própria Constituição consagra o valor justiça em diversos de seus dispositivos, partindo da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a jurisdição constitucional só se legitima se almejar alcançar a justiça constitucional.

É possível encarar, ainda, a justiça constitucional sob um aspecto orgânico. Assim, de maneira ampla, compreenderia todos os juízes brasileiros, já que todos podem aplicar diretamente a constituição. Esse aspecto orgânico do termo é o mesmo encontrado quando se utiliza as expressões “Justiça do Trabalho”, “Justiça Eleitoral”, “Justiça Comum Estadual” ou “Justiça Comum Federal”. Assim, em que pese todos esses magistrados serem dotados de jurisdição constitucional, como defendido por Cattoni, eles exercem suas funções no interior da justiça constitucional. Sob um aspecto estrito, a justiça constitucional também referir-se-ia somente às Cortes Constitucionais.¹³

Em síntese, pode-se concluir: a jurisdição constitucional pode ser compreendida em um aspecto formal e material; amplo e estrito. No aspecto formal, a importância maior é atribuída ao sujeito que exerce a jurisdição, enquanto no aspecto material basta o exercício em si da função de aplicar diretamente a Constituição. No aspecto amplo, a jurisdição constitucional abarca todas as competências constitucionalmente previstas para a atuação da Corte Constitucional, desde que diga respeito à aplicação da Constituição. No aspecto estrito,

¹² CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p, 213. Nesse mesmo sentido também se manifesta Teori Zavascki: “Qualquer que seja o modo como se apresenta o fenômeno da inconstitucionalidade ou o seu agente causador, ele está sujeito a controle pelo Poder Judiciário. A atuação desse Poder do Estado na interpretação e aplicação da Constituição constitui o que se denomina jurisdição constitucional. É atividade que não se restringe, portanto, ao controle de constitucionalidade das leis e nem é exercida apenas pelo Supremo Tribunal Federal. Ela congrega todos os órgãos do Poder Judiciário e compreende o conjunto das atribuições jurisdicionais que digam respeito à salvaguarda e à efetividade das normas constitucionais.” ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p, 14.

¹³ MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. *Fundamentos Constitucionais do Processo – sob a perspectiva dos direitos e garantias fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2002. p, 17-18.

diz respeito somente ao controle de constitucionalidade. Por outro lado, é possível diferenciar a justiça constitucional das demais expressões, entendendo esta como a finalidade a ser buscada pela jurisdição constitucional. Além disso, ela possui uma conotação orgânica, que também pode ser ampla e estrita. De maneira ampla, a justiça constitucional abriga todos os magistrados. De maneira estrita, refere-se somente à Corte Constitucional.

3.2 Direito processual constitucional, direito constitucional processual, direito constitucional judicial

Os autores diferenciam, ainda, o direito processual constitucional, o direito constitucional processual e o direito constitucional judicial.

Para Canotilho, o direito processual constitucional não se confunde com o direito constitucional processual. Através do primeiro, ter-se-ia o conjunto de regras e princípios constitucionalmente previstos voltados para a instrumentalização de qualquer processo no qual se discutisse questão constitucional, tomando a expressão em maneira ampla, incluindo, assim, o controle de constitucionalidade da lei e atos normativos, o processo de verificação e declaração da incapacidade de qualquer candidato a Presidente da República ou o processo de verificação da perda do cargo de Presidente da República, dentre outros. Essas atribuições decorrem diretamente da Constituição portuguesa de 1976, adiante explorada quando do estudo da jurisdição constitucional em Portugal. Em sentido estrito, o direito processual constitucional teria como objeto o processo constitucional, entendido como o processo objetivo voltado para a análise vertical da lei e atos normativos em face da Constituição.¹⁴

Por outro lado, o direito constitucional processual caracteriza-se por ser o conjunto de regras e princípios processuais constitucionalmente previstos, aplicáveis aos mais diversos ramos do processo, seja ele civil, penal ou administrativo.¹⁵ Assim, é forçoso reconhecer um verdadeiro paradigma processual¹⁶ de constitucionalidade da Constituição, cabendo ao intérprete, ao analisar determinada disposição infraconstitucional, buscar, inicialmente, a compatibilidade desta com o referido paradigma.

O Direito Constitucional Judicial, por outro lado, compreenderia “o conjunto de regras e princípios que regulam a posição jurídico-constitucional, as tarefas, o *status* dos magistrados, as competências e a organização dos tribunais” (destaque no original).¹⁷

Para Ivo Dantas, que lança sua proposta de sistematização dessas expressões aqui estudadas após a apresentação de um longo debate doutrinário entre diversos autores, o

¹⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. Ob. cit. p, 965.

¹⁵ Idem. p, 966.

¹⁶ Idem. p, 967.

¹⁷ Idem. p, 967.

Direito Processual Constitucional compreenderia: 1) a Jurisdição, a Justiça ou Tribunal Constitucional; 2) A estrutura e a composição dos Tribunais Constitucionais; 3) Garantia da suprallegalidade constitucional e as formas de torná-la efetiva: o controle de constitucionalidade; 4) os remédios constitucionais (a jurisdição constitucional das liberdades). Por outro lado, o Direito Constitucional Processual seria concebido como o ramo que abriga as garantias referentes ao devido processo legal. Finalmente, ter-se-ia o Direito Constitucional Judicial, que abrigaria: 1) a estrutura do Poder Judiciário e do Ministério Público; 2) as garantias e impedimentos; 3) a advocacia como função essencial à Justiça.¹⁸

O Direito Constitucional Processual traçaria, assim, o perfil constitucional do processo, informando seus princípios básicos. Por outro lado, o Direito Processual Constitucional também manteria uma íntima relação com o processo, notadamente no que tange à jurisdição constitucional das liberdades e a consagração de diversas ações constitucionais. O tema, como se vê, coloca em evidência as relações entre Constituição e processo.

Em verdade, quando se pensa em efetividade do processo, por exemplo, está-se querendo dar concretude a diversas normas constitucionais que garantem a inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF/88), pois não se pode conceber o direito fundamental do acesso à justiça como algo meramente formal, que se perfaça com o simples ajuizamento da ação. O exercício do direito fundamental de ação, logicamente, demanda uma resposta estatal sobre o litígio, sabendo-se que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, LIV) e que tal atividade deve ocorrer numa duração razoável (art. 5º, LXXVIII), respeitando o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º LV).

Essa simples digressão principiológica revela, num primeiro momento, a relação entre a Constituição e o processo, já que a ambiência desses princípios, como é cediço, é o texto constitucional. Isso sem falar nos diversos outros princípios aplicáveis mais precisamente ao processo penal (art. 5º, XXXVII, XXXVIII, XLV, XLVI, XLVII, etc.) ou nos princípios de posituação implícita, como o princípio da proporcionalidade, decorrentes de outros princípios. Esse é o campo do Direito Constitucional Processual.

Some-se a tais disposições o fato de a Constituição ter previsto diversas ações especificamente constitucionais, como o *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII), *habeas data* (art. 5º, LXXII), mandando de injunção (art. 5º, LXXI), mandado de segurança individual e coletivo

¹⁸ DANTAS, Ivo. Ob. cit. p. 338.

(art. 5º, LXIX e LXX, respectivamente) e as ações de controle concentrado de constitucionalidade, quais sejam, ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, “a”), ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º) ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, “a”), argüição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º) e a ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III), todas de competência originária do STF. A Lei Maior ainda fixa a competência de diversas cortes do País (arts. 102, 105, etc), bem como determina a prerrogativa de foro de certas autoridades (arts. 102, I, “b” e “c”; 105, I “a” e “b”, etc.). Recentemente, com o advento da EC nº 45/2004, até mesmo a previsão de súmula vinculante da jurisprudência do STF (art. 103-A) e a criação da repercussão geral como (art. 102, § 3º), foram objeto de inserção no texto constitucional, fazendo com que o processualista lance seus olhos primeiramente no texto constitucional, a fim de apreender com profundidade seu material de estudo.¹⁹ Esse seria o campo do Direito Processual Constitucional, seja em sua acepção ampla (todas as competências constitucionais da Corte Constitucional) ou estrita (controle de constitucionalidade).

Constituição e processo se aproximam ainda mais quando se tem em mente que certas normas constitucionais possuem inegável caráter processual, devendo-se trazer à baila a clássica distinção entre normas jurídicas materiais e normas jurídicas instrumentais ou processuais. Às primeiras cabem ordenar a conduta humana em interferência intersubjetiva, determinando quais interesses devem ceder em face de outros e em quais medidas. Às segundas cabem disciplinar a atuação das primeiras, contribuindo somente de forma indireta para a resolução dos conflitos.²⁰ Ora, é possível conceber a Constituição sob um aspecto formal, cujas normas teriam a função de elaborar e identificar outras normas da ordem jurídica nela baseada, não apontando como devida determinada conduta.²¹ É exatamente isso que ocorre com as normas constitucionais fixadoras de competência, organizatórias dos órgãos máximos do Estado, cuja ambiência constitucional não desautoriza o entendimento

¹⁹Willis Santiago Guerra Filho, analisando as relações entre Constituição e processo, assinala que “o final dos anos sessenta e o princípio da década de setenta marca o advento de uma virtual renovação dos estudos do direito processual, quando se passa a enfatizar a consideração da origem constitucional dos institutos processuais básicos. Proliferam, então, as análises da conexão do processo com a Constituição, ao ponto de se poder encarar o direito processual como uma espécie de ‘direito constitucional aplicado’, como certa feita formulou a Corte Constitucional alemã”. *Teoria processual da constituição*. 3ª ed. São Paulo: RCS Editora Ltda, 2007. p, 15-16.

²⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Ob. cit. p, 90.

²¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. 3ª ed. São Paulo: RCS Editora Ltda, 2007. p, 18.

acerca de seu caráter processual, pois tal natureza é determinada por seu objeto e não por sua topografia.²²

Pode-se apontar, ainda, uma última relação entre a Constituição e processo. É através deste que se tem uma das formas de concretização daquela.²³ Em verdade, ao se estabelecer abstratamente um conjunto de valores no texto constitucional, a efetivação destes demanda a intermediação de procedimentos, que, por sua vez, serão igualmente informados por esses valores. Isso se torna mais claro quando se tem em mente, por exemplo, o princípio da razoável duração do processo, insculpido no art. 5º LXXVIII da constituição. A fim de concretizar essa norma constitucional, o legislador, informado por esse princípio na sua dimensão objetiva,²⁴ cria institutos que visam tornar o processo mais célere, como o julgamento antecipadíssimo da lide (art. 285-A do CPC). Através desse procedimento, fundamentado na razoável duração do processo, procura-se concretizá-la, mantendo, portanto, uma circularidade entre a norma fundamental e o procedimento por ela fundamentado.

3.3 Crítica doutrinária às expressões

A par dessas considerações terminológicas em torno do Direito Processual Constitucional e do Direito Constitucional Processual, deve-se assentar, nesse momento, a crítica doutrinária feita a essas concepções.

Inicialmente, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco ponderam que o direito processual constitucional não se trata de um novo ramo autônomo da ciência processual, mas sim um método de trabalho, uma forma de analisar o processo em relação à Constituição.²⁵ Divergindo de tal orientação, Willis Santiago Guerra Filho aponta que a tendência é o Direito Processual Constitucional desmembrar-se do Direito Constitucional e formar um ramo autônomo, já que não há um ramo do Direito Processual que possa acolhê-lo completamente. Diz-se isso porque o Direito Processual Constitucional apresenta assuntos de interesse geral, ou seja, que informa o processo civil, penal e

²² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Ob. cit. p, 91.

²³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. 3ª ed. São Paulo: RCS Editora Ltda, 2007. p, 17.

²⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide*. São Paulo: RT, n. 141, nov. 2006.

²⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Ob. cit. p, 81.

trabalhista. Ainda segundo o autor, essa característica poderia fundamentar, até mesmo, a absorção da Teoria Geral do Direito pelo novo ramo do Direito Processual Constitucional.²⁶

Por outro lado, deve-se advertir que o autor não vê qualquer interesse prático na dicotomia entre Direito Processual Constitucional e Direito Constitucional Processual. Para ele, a expressão a ser utilizada é a primeira, pois a segunda só se poderia falar em sentido metafórico.²⁷

Finalmente, José de Albuquerque Rocha também critica a dualidade das expressões, mas parte de um pressuposto diferente, que diz respeito à supremacia da Constituição, para assentar o acerto da expressão Direito Constitucional Processual, ao invés de Direito Processual Constitucional. Assim, o autor aponta que a segunda expressão enfatiza o caráter processual das normas, em que pese a sua natureza constitucional e em detrimento desta, subvertendo a supremacia e o status superior da Constituição. Por outro lado, a primeira expressão enfatiza o caráter constitucional das normas, induzindo à interpretação correta, qual seja, das normas infraconstitucionais de acordo com as normas constitucionais.²⁸ Para o autor, portanto, mais correta seria a expressão Direito Constitucional Processual, por respeitar a hierarquia superior das normas constitucionais.

Sem dúvida alguma, as normas constitucionais devem informar as normas infraconstitucionais, de modo que a advertência feita por José de Albuquerque Rocha é procedente nesse sentido. No entanto, é possível manter a denominação Direito Processual Constitucional ao se ter em mente, além da advertência feita, o fato de que essa expressão designa as normas que regulam o processo constitucional, ou seja, o instrumento utilizado pela jurisdição constitucional para alcançar a justiça constitucional, como o processo de controle de constitucionalidade ou o processo das ações constitucionais destinado à tutela dos direitos fundamentais.²⁹

4. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DIREITO COMPARADO

Analisar-se-á, em seguida, o perfil constitucional das Cortes Constitucionais espanhola, portuguesa e alemã, centrando especial atenção aos mecanismos de controle de constitucionalidade previstos nos respectivos textos constitucionais.

²⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: Editora RCS, 2005. p. 6-7 e nota de rodapé nº 05. Também nesse sentido: MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Ob cit.* p. 05.

²⁷ *Idem.* p. 7-8, nota de rodapé nº 06.

²⁸ ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 58.

²⁹ *Idem.* p. 59.

O estudo comparativo tem por objetivo mostrar as diferenças entre aquelas Cortes e o STF, seja no tocante à forma de composição, à existência de mandato para os juízes constitucionais, a previsão de competências mais estritas ou o fato de tais cortes, de um modo geral, não estarem inseridas no Poder Judiciário.

Os Tribunais Constitucionais europeus apresentam as seguintes características: 1) número reduzido de membros; 2) mandato para o exercício do cargo; 3) natureza de “super-órgão”, não estando na estrutura do Poder Judiciário; 4) competências estritas para o controle de constitucionalidade, proteção dos direitos fundamentais, julgamento de conflitos federativos e das questões penais atinentes aos ocupantes dos cargos de mais alto escalão; 5) elenco de incompatibilidades as quais estão submetidos seus membros.

Kelsen, comentando a forma de composição preferível para os Tribunais Constitucionais, destacava a importância de se estabelecer um número reduzido de membros, a fim de não converter a Corte numa assembleia, pois era sobre questões de direito que o Tribunal era instigado a se manifestar.³⁰

Sobre o modelo de indicação e da parceria entre o Poder Executivo e o Legislativo para levar a cabo a nomeação dos juízes, bem como da necessidade de se preencher o Tribunal com especialistas e afastar ou minimizar as indesejáveis influências políticas, Kelsen assenta que:

Entre os modos de recrutamento particularmente típicos, não poderíamos preconizar sem reservas nem a simples eleição pelo Parlamento, nem a nomeação exclusiva pelo chefe de Estado ou pelo governo. Talvez fosse possível combinar ambas, por exemplo, com o Parlamento elegendo juízes apresentados pelo governo, que deveria designar vários candidatos para cada das vagas a serem preenchidas, ou vice-versa. É da mais alta importância conceder, na composição da jurisdição constitucional, um lugar adequado aos juristas de carreira. Por exemplo, poder-se-ia conseguir isso atribuindo às Faculdades de Direito do país, um direito de apresentação para pelo menos uma parte das vagas, ou também atribuindo ao próprio tribunal o direito de fazer uma apresentação para cada vaga que seja ou de preenchê-las por eleição, isto é, por cooptação. De fato, o tribunal tem o maior interesse em fortalecer sua autoridade trazendo a si especialistas eminentes. Também é importante excluir da jurisdição constitucional os membros do Parlamento ou do governo, já que são precisamente os atos de ambos que ela deve controlar. É tão difícil quanto desejável afastar qualquer influência política da jurisdição constitucional. Não se pode negar que os especialistas também podem – consciente ou inconscientemente – deixar-se determinar por condições de ordem política. Se esse perigo for particularmente grande, é quase preferível aceitar, em vez de uma influência oculta e por conseguinte incontrolável dos partidos políticos, sua participação legítima na formação do tribunal, por exemplo fazendo que uma parte das vagas seja preenchida por eleições realizadas pelo Parlamento, levando-se em conta a força relativa dos partidos. Se as outras vagas forem atribuídas a especialistas, estes poderão levar muito mais em conta as condições puramente

³⁰ KELSEN, Hans. Ob. cit. p. 153-154.

técnicas, porque então sua consciência política se veria aliviada pela colaboração dos membros a que caberia a defesa dos interesses propriamente políticos.³¹

A possibilidade de o Parlamento indicar alguns dos membros do Tribunal Constitucional é amplamente reconhecida, como será visto adiante. Por outro lado, a não ocultação das preferências políticas por parte dos juízes, como preconizado pelo autor, não pode se converter, em hipótese alguma, em exercício de atividade político-partidária, expressamente vedada nos mais diversos textos constitucionais, como também será demonstrado adiante.

4.1 O Tribunal Constitucional espanhol

A Constituição espanhola de 1978, em seu Título IX, art.s 159 a 165,³² apresenta as linhas básicas do Tribunal Constitucional. O primeiro ponto a destacar, de resto mais ou

³¹ Idem. p, 154-155.

³² “Artículo 159.

1. El Tribunal Constitucional se compone de 12 miembros nombrados por el Rey; de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial.

2. Los miembros del Tribunal Constitucional deberán ser nombrados entre Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional.

3. Los miembros del Tribunal Constitucional serán designados por un período de nueve años y se renovarán por terceras partes cada tres.

4. La condición de miembro del Tribunal Constitucional es incompatible: con todo mandato representativo; con los cargos políticos o administrativos; con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato y con el empleo al servicio de los mismos; con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal, y con cualquier actividad profesional o mercantil. En lo demás, los miembros del Tribunal Constitucional tendrán las incompatibilidades propias de los miembros del poder judicial.

5. Los miembros del Tribunal Constitucional serán independientes e inamovibles en el ejercicio de su mandato.

Artículo 160.

El Presidente del Tribunal Constitucional será nombrado entre sus miembros por el Rey, a propuesta del mismo Tribunal en pleno y por un período de tres años.

Artículo 161.

1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:

a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.

b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca.

c) De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí.

d) De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas.

2. El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses.

Artículo 162.

1. Están legitimados:

a) Para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas.

b) Para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.

2. En los demás casos, la ley orgánica determinará las personas y órganos legitimados.

menos comum em diversos países europeus, é o fato de o Tribunal Constitucional não estar contido na estrutura do Poder Judiciário. Nesse sentido, o art. 1º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional espanhol estabelece que: “1. El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica”.

A natureza jurisdicional do órgão, mesmo não estando contido no Poder Judiciário, é afirmada por Francisco Fernandez Segado, para quem o procedimento, o estatuto de seus membros e o valor das decisões da Corte mostram-se na órbita da jurisdição.³³ Levando em conta que a decisão do Tribunal Constitucional faz coisa julgada, ou seja, torna-se imutável e indiscutível, bem como o fato de a declaração de inconstitucionalidade ter eficácia contra todos, nos termos do art. 164 da Constituição espanhola, tem-se a consagração daquela característica essencial da jurisdição, ou seja, a definitividade, que a distingue das demais funções estatais.

O Tribunal Constitucional é composto por doze membros, nomeados pelo Rei para cumprir um mandato de nove anos, sendo que tal ato se insere na competência vinculada,³⁴ após a proposta do nome por diversos órgãos de cúpula, conforme o art. 159.1. Também de uma maneira geral, os juízes das Cortes Constitucionais são submetidos a uma série de vedações e incompatibilidades, como forma de buscar sua independência e imparcialidade. Nesse sentido, especialmente em relação aos membros do Tribunal Constitucional espanhol, tem-se a vedação para o exercício de política partidária, a ocupação de cargos políticos ou o desenvolvimento de atividades mercantis, dentre outras hipóteses previstas no art. 159.4.

Artículo 163.

Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que em ningún caso serán suspensivos.

Artículo 164.

1. Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el boletín oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a La estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos.

2. Salvo que en el fallo se disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la ley en la parte no afectada por La inconstitucionalidad.

Artículo 165.

Una ley orgánica regulará el funcionamiento del Tribunal Constitucional, el estatuto de sus miembros, el procedimiento ante el mismo y las condiciones para el ejercicio de las acciones.” Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.es/en/Pages/Home.aspx>. Acessado em: 11/03/2012.

³³ SEGADO, Francisco Fernandez. Ob. cit. p, 51.

³⁴ SEGADO, Francisco Fernandez. Ob. cit. p, 57.

Comentando a competência do Tribunal em cotejo com a competência do Tribunal Constitucional alemão, que tanto influenciou a criação daquele órgão máximo da constitucionalidade espanhol, Francisco Fernandez Segado afirma que:

Así, mientras nuestro Tribunal Constitucional carece de la facultad de controlar La constitucionalidad de los partidos políticos, competencia de la que – previa iniciativa da cualquiera de las Cámaras del Parlamento, del Gobierno Federal, o del Gobierno de cualquier Länd en lo que se refiere a los partidos cuya organización no exceda de su ámbito territorial – conoce el Tribunal Constitucional Federal alemán algo sumamente importante, que es ser también Tribunal Constitucional de los sistemas jurídicos autonómicos, cosa que no lo es el Tribunal alemán, pues en el sistema germano federal existe em cada Länd un Tribunal Constitucional, que decide sobre La compatibilidad de las Leyes de los Länder con las Constituciones respectivas de éstos.³⁵

A competência do Tribunal Constitucional Federal alemão será adiante analisada, devendo-se destacar, desde já, que a ausência de controle sobre as leis dos Lander em face das respectivas constituições destes não afasta, de forma alguma, a atuação do Tribunal alemão como Tribunal da Federação, já que a competência para dirimir os conflitos federativos lhe é assegurada.

4.1.1 O recurso de amparo e a aproximação com a ADPF incidental

É no tocante ao controle de constitucionalidade e à proteção dos direitos fundamentais, no entanto, que a atuação do Tribunal Constitucional mais chama atenção. Nesse sentido, o art. 161 estabelece a competência do Tribunal, prevendo o controle abstrato de constitucionalidade, através do *recurso de inconstitucionalidad*, as autoridades legitimadas para a deflagração do mesmo, e o controle concreto de constitucionalidade, através do recurso de amparo, cuja legitimação é atribuída a toda pessoa natural ou jurídica que invoque um interesse legítimo, dentre outras autoridades.

A legitimação extremamente ampliada para o ajuizamento do recurso de amparo, mesmo que submetido à interpretação do que venha a ser um “interesse legítimo”, mostra uma salutar abertura do processo de controle de constitucionalidade, em tudo condizente aos anseios democráticos. No Brasil não há, infelizmente, uma norma semelhante, não cabendo o argumento de que os legitimados para a propositura da ADI, previstos no art. 103 da CF/88, bastariam para defender o interesse da coletividade em ser regida por leis constitucionais. Ora, tal argumento cai por terra quando se analisam os legitimados para a propositura do *recurso de inconstitucionalidad* na Constituição espanhola, bem semelhantes aos legitimados

³⁵ SEGADO, Francisco Fernandez. Ob. cit. p. 48-49.

previstos na CF/88, o que não impediu a outorga de uma verdadeira legitimação popular para a defesa dos direitos fundamentais através do recurso de amparo.

É bem verdade que a ADPF incidental, em sua feição originariamente prevista no art. 2º, inciso II da Lei 9.882/99, previa que qualquer indivíduo que estivesse sofrendo ou estivesse na iminência de sofrer ataque a preceito fundamental, proveniente de ato do Poder Público, poderia, se comprovasse a controvérsia judicial sobre a questão, ajuizar diretamente a ADPF perante o STF. Ocorre que tal previsão fora vetada pelo então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso.

As razões do veto se baseiam em argumentos pretensamente pragmáticos, ao mostrar a preocupação com a multiplicação de ações desse tipo e o funcionamento regular do STF. Ora, tal argumentação parece esquecer os flagrantes óbices para a propositura da ADPF, notadamente na modalidade incidental. É que, além da comprovação da referida controvérsia judicial sobre a questão, ou seja, a demonstração de que tal violação se mostra relevante, atingindo diversas pessoas já litigando pelo Poder Judiciário, a parte tem ainda que preencher o requisito da subsidiariedade, a saber, a ADPF, mesmo a incidental, só é cabível se não houver qualquer outro meio, tão eficaz quanto, para o alcance da finalidade pretendida, que é sanar a violação ao preceito fundamental.³⁶

Reconheça-se, no entanto, que está em vias de aprovação um Projeto de Lei na Câmara dos Deputados que corrige o equívoco do veto,³⁷ atribuindo a legitimação popular para o ajuizamento da ADPF incidental. O projeto de lei se insere no pacto de intenções chamado “Segundo Pacto Republicano”, firmado pelos Presidentes dos três Poderes.³⁸ É um avanço no controle de constitucionalidade brasileiro, sem dúvida.

³⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Arquição de descumprimento de preceito fundamental*. In.: *Ações constitucionais*. Org.: DIDIER JR., Fredie. 3ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2008. p, 510.

³⁷ Trata-se do Projeto de Lei nº 6543/2006, cuja ementa assim dispõe: “Altera a Lei nº 9.882 de 3 de dezembro de 1999, para legitimar, para a propositura da arguição de descumprimento de preceito fundamental, as pessoas lesadas ou ameaçadas de lesão por ato do Poder Público, e dá outras providências”. De acordo com o projeto, o art. 2º da Lei 9.882/99 passaria a ter um terceiro inciso e um terceiro parágrafo, com as seguintes redações: “art. 2º, inciso III - qualquer pessoa lesada ou ameaçada de lesão por ato do Poder Público” e §3º - “a propositura da arguição pelas pessoas referidas no inciso III deste artigo deverá observar os requisitos fixados no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, exigindo-se que a questão constitucional discutida no caso atenda aos mesmos requisitos exigidos para a caracterização da repercussão geral a que se refere o § 3º do art. 102 da Constituição. (NR)”. Igualmente, o art. 3º da referida Lei passaria a vigorar com o seguinte inciso VI: “no caso da propositura da arguição pelas pessoas referidas as no inciso III do art. 2º, a comprovação dos requisitos a que se refere o § 3º do mesmo artigo.” Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/proposicoes>. Acessado em: 11/03/2012.

³⁸ Assim está previsto no ponto 1.4 do Pacto, no que diz respeito à proteção dos Direitos Humanos e Fundamentais: “1.4 - Legitimação da propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental por pessoas lesadas ou ameaçadas de lesão por ato do Poder Público”. Disponível em: http://www.adperj.com.br/downloads/II_PactoRepublicano.pdf. Acessado em: 29/11/2009.

4.2 O Tribunal Constitucional português

A Constituição portuguesa de 1976, em seu Título VI, art. 221º ao 224º,³⁹ fixa as linhas mestras do Tribunal Constitucional português.

Novamente, tem-se o modelo de indicação política, com a designação de dez dos treze juízes pela Assembleia da República, sendo os outros três cooptados pelos integrantes do Tribunal, todos submetidos a um mandato de nove anos, de acordo com o art. 222º. Tem-se, assim, uma legitimação somente indireta para estes, já que não são escolhidos diretamente por aquela casa parlamentar.⁴⁰ O Tribunal Constitucional português, portanto, segue o modelo de cooptação também preconizado por Kelsen, como visto anteriormente.

³⁹ “Artigo 221º (Definição)

O Tribunal Constitucional é o tribunal ao qual compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional

Artigo 222º (Composição e estatuto dos juízes)

1. O Tribunal Constitucional é composto por treze juízes, sendo dez designados pela Assembleia da República e três cooptados por estes.
2. Seis de entre os juízes designados pela Assembleia da República ou cooptados são obrigatoriamente escolhidos de entre juízes dos restantes tribunais e os demais de entre juristas.
3. O mandato dos juízes do Tribunal Constitucional tem a duração de nove anos e não é renovável.
4. O Presidente do Tribunal Constitucional é eleito pelos respectivos juízes.
5. Os juízes do Tribunal Constitucional gozam das garantias de independência, inamovibilidade, imparcialidade e irresponsabilidade e estão sujeitos às incompatibilidades dos juízes dos restantes tribunais.
6. A lei estabelece as imunidades e as demais regras relativas ao estatuto dos juízes do Tribunal Constitucional.

Artigo 223º (Competência)

1. Compete ao Tribunal Constitucional apreciar a inconstitucionalidade e a ilegalidade, nos termos dos artigos 277.º e seguintes.
2. Compete também ao Tribunal Constitucional:
 - a) Verificar a morte e declarar a impossibilidade física permanente do Presidente da República, bem como verificar os impedimentos temporários do exercício das suas funções;
 - b) Verificar a perda do cargo de Presidente da República, nos casos previstos no n.º 3 do artigo 129.º e no n.º 3 do artigo 130.º;
 - c) Julgar em última instância a regularidade e a validade dos actos de processo eleitoral, nos termos da lei;
 - d) Verificar a morte e declarar a incapacidade para o exercício da função presidencial de qualquer candidato a Presidente da República, para efeitos do disposto no n.º 3 do artigo 124.º;
 - e) Verificar a legalidade da constituição de partidos políticos e suas coligações, bem como apreciar a legalidade das suas denominações, siglas e símbolos, e ordenar a respectiva extinção, nos termos da Constituição e da lei;
 - f) Verificar previamente a constitucionalidade e a legalidade dos referendos nacionais, regionais e locais, incluindo a apreciação dos requisitos relativos ao respectivo universo eleitoral;
 - g) Julgar a requerimento dos Deputados, nos termos da lei, os recursos relativos à perda do mandato e às eleições realizadas na Assembleia da República e nas Assembleias Legislativas das regiões autónomas;
 - h) Julgar as acções de impugnação de eleições e deliberações de órgãos de partidos políticos que, nos termos da lei, sejam recorríveis.
3. Compete ainda ao Tribunal Constitucional exercer as demais funções que lhe sejam atribuídas pela Constituição e pela lei.

Artigo 224º (Organização e funcionamento)

1. A lei estabelece as regras relativas à sede, à organização e ao funcionamento do Tribunal Constitucional.
2. A lei pode determinar o funcionamento do Tribunal Constitucional por secções, salvo para efeito da fiscalização abstracta da constitucionalidade e da legalidade.
3. A lei regula o recurso para o pleno do Tribunal Constitucional das decisões contraditórias das secções no domínio de aplicação da mesma norma.” Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/home.html>. Acessado em: 11/03/2012.

⁴⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. Ob. cit. p, 683.

Analisando a competência do Tribunal, é curioso notar a existência de atribuições meramente certificatórias, referentes à verificação: 1) de morte de qualquer candidato à Presidente da República ou 2) da perda do cargo do Presidente da República ou da morte deste, de acordo com o art. 223º, 2, “a,” “b” e “d”. A existência de competências desse tipo, de resto desconhecidas no Tribunal Constitucional espanhol, como visto, ou no próprio Tribunal Constitucional Federal alemão ou no STF, como adiante analisado, leva Canotilho a diferenciar decisões materialmente jurisdicionais das decisões formalmente jurisdicionais. Assim, nas primeiras se incluíam as decisões proferidas no controle de constitucionalidade, enquanto as segundas abrangiam aquelas atribuições certificatórias.⁴¹

No tocante ao controle de constitucionalidade, é interessante observar que a Constituição portuguesa de 1976 prevê uma parte específica sobre o assunto, qual seja, a Parte IV, Título I, que trata da fiscalização da constitucionalidade entre os arts. 277º e 283º. De um modo geral, a regulamentação lá oferecida coincide, em sua essência, com as disposições pertinentes da CF/88, com a diferença marcante de que, no caso português, a própria Constituição prevê com detalhes os efeitos das decisões do Tribunal, nos arts. 279º e 282º.

Essa coincidência se justifica pelo fato de o modelo de controle de constitucionalidade português ser o jurisdicional misto, ou seja, admite-se o controle difuso e o controle concentrado, como no ordenamento brasileiro. Outra aproximação possível entre os dois modelos de controle é a previsão do controle das omissões inconstitucionais, muito embora, no modelo português, a Constituição não diferencie a omissão imputável ao Poder Legislativo da omissão relativa aos demais órgãos administrativos, de acordo com o art. 283º, diferentemente do que se tem no art. 103, § 2º da CF/88.⁴² Assim, não há a previsão de um prazo para o suprimento da omissão por parte dos órgãos administrativos responsáveis pela omissão. O modelo português, no entanto, aparta-se do brasileiro no que concerne ao controle preventivo de constitucionalidade, admitido em certas hipóteses, como no caso da constitucionalidade dos referendos nacionais, regionais e locais, de acordo com o art. 222º, 2,

⁴¹ Idem. p, 680.

⁴² “Artigo 283º (Inconstitucionalidade por omissão)

1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.

2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente”. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/home.html>. Acessado em: 11/03/2012.

“f”, bem como nas hipóteses elencadas no art. 278º.⁴³ No controle preventivo, a decisão do Tribunal determina o veto da lei ou a reabertura do processo legislativo.⁴⁴

Uma peculiaridade do sistema português é a existência de leis de valor reforçado, que se colocam acima das demais leis, mas abaixo da Constituição. As leis de valor reforçado são: 1) as leis orgânicas; 2) as leis que carecem de aprovação por maioria de dois terços; 3) bem como aquelas que, por força da Constituição, sejam pressuposto normativo necessário de outras leis ou que por outras devam ser respeitadas, nos termos do art. 112º, 3 da Constituição portuguesa. A existência dessa tipologia legal apresenta reflexos perante a competência do Tribunal Constitucional, pois, o art. 280º, ao tratar do controle concreto de constitucionalidade e da legalidade, atribui, por exemplo, competência específica para o Tribunal, em grau de recuso, julgar o acerto de decisões que fundamentam a recusa da aplicação de lei com base na ilegalidade desta em face de uma lei de valor reforçado.⁴⁵ Desse modo, o Tribunal Constitucional português, além de guardião da constitucionalidade, é guardião da legalidade, a partir do parâmetro das leis reforçadas.⁴⁶

⁴³ “Artigo 278º (Fiscalização preventiva da constitucionalidade)

1. O Presidente da República pode requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de tratado internacional que lhe tenha sido submetido para ratificação, de decreto que lhe tenha sido enviado para promulgação como lei ou como decreto-lei ou de acordo internacional cujo decreto de aprovação lhe tenha sido remetido para assinatura.

2. Os Representantes da República podem igualmente requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de decreto legislativo regional que lhes tenha sido enviado para assinatura”. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/home.html>. Acessado em: 11/03/2012.

⁴⁴ “Artigo 279º (Efeitos da decisão)

1. Se o Tribunal Constitucional se pronunciar pela inconstitucionalidade de norma constante de qualquer decreto ou acordo internacional, deverá o diploma ser vetado pelo Presidente da República ou pelo Representante da República, conforme os casos, e devolvido ao órgão que o tiver aprovado.

2. No caso previsto no n.º 1, o decreto não poderá ser promulgado ou assinado sem que o órgão que o tiver aprovado expurgue a norma julgada inconstitucional ou, quando for caso disso, o confirme por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções”. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/home.html>. Acessado em: 11/03/2012.

⁴⁵ “Artigo 280º (Fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade)

2. Cabe igualmente recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais:

a) Que recusem a aplicação de norma constante de acto legislativo com fundamento na sua ilegalidade por violação da lei com valor reforçado;

b) Que recusem a aplicação de norma constante de diploma regional com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto da região autónoma;

c) Que recusem a aplicação de norma constante de diploma emanado de um órgão de soberania com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto de uma região autónoma;

d) Que apliquem norma cuja ilegalidade haja sido suscitada durante o processo com qualquer dos fundamentos referidos nas alíneas a), b) e c).” Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/home.html>. Acessado em: 11/03/2012.

⁴⁶ “Nesse sentido, Canotilho aponta que: “Nessa perspectiva, o TC passou a ser não apenas o defensor da constituição perante actos do legislador, mas também o guardião de certas leis no confronto: 1) do Parlamento com o Governo (leis de bases/decretos-leis de desenvolvimento, leis de autorização/decretos-leis autorizados); 2) do parlamento e governo com as regiões autónomas (leis gerais da República, decretos legislativos); 3) das

4.3. O Tribunal Constitucional Federal alemão

A Lei Fundamental alemã de 1949 prevê, no Título IX a configuração do Poder Judiciário. Dentre essas disposições, destaca-se a normatização básica do Tribunal Constitucional Federal, previsto, no art. 92, como órgão que exerce tipicamente função jurisdicional.⁴⁷

A Lei Fundamental alemã delegou à lei a efetiva instituição da Corte, ocorrida dois anos depois com a edição da Lei de 12 de março de 1951.⁴⁸ A Lei Fundamental determina, no art. 94,⁴⁹ que o Tribunal Constitucional será formado por magistrados federais e outros membros eleitos pelo Conselho Federal e pelo Parlamento Federal. Percebe-se, assim, que há uma previsão expressamente constitucional para juízes de carreira integrarem a Corte, previsão essa inexistente no ordenamento brasileiro. A mesma disposição constitucional delega à referida lei a organização e procedimento do tribunal. A Corte é composta por dezesseis juízes, divididos igualmente por dois Senados, cada qual gozando do mesmo status de Corte Constitucional. O Tribunal conta ainda com uma Câmara em cada Senado, composta por três juízes, para a análise prévia do cabimento do recurso constitucional,⁵⁰ uma das ações julgadas originariamente pela Corte, como adiante referido, quando da análise da sua competência.

regiões autônomas em relação ao parlamento e governo (leis estatutárias); 4) da autovinculação do parlamento (lei de enquadramento do orçamento/lei anual). Ob. cit. p. 928-929”.

⁴⁷cc “Artículo 92 [Organización judicial]

El Poder Judicial es confiado a los jueces; es ejercido por la Corte Constitucional Federal y por los tribunales federales previstos en la presente Ley Fundamental y por los tribunales de los Länder”. Disponível em: http://www.brasilia.diplo.de/Vertretung/brasilia/pt/01__Deutschland/Constituicao/grundgesetz__espanol__down__property=Daten.pdf. Acessado em: 11/03/2012.

⁴⁸cc “Artículo 115 g [Posición de la Corte Constitucional Federal]

No podrá ser menoscabada la posición constitucional y el cumplimiento de las tareas constitucionales de la Corte Constitucional Federal ni de sus jueces. La ley sobre la Corte Constitucional Federal no podrá ser modificada por una ley de la Comisión Conjunta, salvo que también a juicio de la Corte Constitucional Federal la modificación sea imprescindible para que pueda seguir cumpliendo sus funciones. Hasta que se dicte una tal ley, la Corte Constitucional Federal podrá tomar las medidas necesarias para poder seguir funcionando. Las resoluciones de la Corte Constitucional Federal a que se refieren la segunda y la tercera frase serán tomadas por la mayoría de los magistrados presentes”. Disponível em: http://www.brasilia.diplo.de/Vertretung/brasilia/pt/01__Deutschland/Constituicao/grundgesetz__espanol__down__property=Daten.pdf. Acessado em: 11/03/2012.

⁴⁹ “Artículo 94 [Composición de la Corte Constitucional Federal]

(1) La Corte Constitucional Federal se compone de magistrados federales y de otros miembros. Los miembros de la Corte Constitucional Federal serán elegidos por mitades por el Bundestag y por el Bundesrat. No podrán pertenecer ni al Bundestag ni al Bundesrat ni al Gobierno Federal ni a los órganos correspondientes de un Land.

(2) Una ley federal regulará su organización y procedimiento determinando los casos en los cuales sus decisiones tienen fuerza de ley. Dicha ley podrá establecer como condición de los recursos de amparo el agotamiento previo de la vía judicial y establecer un procedimiento especial de admisión.” Disponível em: http://www.brasilia.diplo.de/Vertretung/brasilia/pt/01__Deutschland/Constituicao/grundgesetz__espanol__down__property=Daten.pdf. Acessado em: 11/03/2012.

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 3

São requisitos para nomeação dos juízes: a idade mínima de quarenta anos e o preenchimento dos requisitos exigidos para o exercício da carreira de juiz.⁵¹ A aposentadoria compulsória ocorre aos sessenta e oito anos e os juízes estão submetidos a um mandato de doze anos, vedada a recondução.⁵² Três membros de cada Senado são escolhidos dentre juízes que integram outros Tribunais Federais.⁵³ A escolha é feita pelo Conselho Federal, através de eleição direta, tomando o voto dos Estados de maneira unitária e pelo Parlamento Federal, através de uma eleição indireta feita por colégio eleitoral composto por doze parlamentares, criado de acordo com as regras de uma eleição proporcional.⁵⁴

Quanto à competência, o Tribunal não ostenta caráter de instância recursal, não lhe cabendo a revisão do julgado dos Tribunais inferiores, como se pode constatar através do art. 93.⁵⁵ Assim, desempenha exclusivamente a jurisdição constitucional, diferentemente do STF, que apresenta competência recursal ordinária.

⁵¹ Idem. p, 05.

⁵² Idem. p,0 6.

⁵³ Idem. p, 05.

⁵⁴ Idem. p, 05. Sobre as complicações que podem surgir a partir desse sistema de composição da Corte, sobretudo quanto à demora na indicação por parte dos órgãos competentes, Gilmar Mendes aponta que: “a experiência com a demora na escolha dos juízes pela Comissão Parlamentar levou o legislador a outorgar ao próprio Tribunal o direito extraordinário de indicação, desde que a escolha do novo juiz não se tenha verificado no prazo de dois meses a contar da vacância do cargo e o mais velho dos integrantes do colégio eleitoral ou o presidente do Conselho Federal tenha sido exortado a decidir sobre a matéria”. Idem. p. 05-06.

⁵⁵ “Artículo 93[Competencia de la Corte Constitucional Federal]

(1) La Corte Constitucional Federal decide

1. sobre la interpretación de la presente Ley Fundamental respecto a controversias sobre el alcance de los derechos y deberes de un órgano supremo de la Federación o de otras partes investidas de derechos propios por la presente Ley Fundamental, o por el reglamento interno de un órgano federal supremo;

2. en caso de controversias o dudas relativas a la compatibilidad formal y material de la normativa federal o de los Länder con la presente Ley Fundamental, o la compatibilidad del derecho de los Länder con otras normas del Derecho federal, a petición del Gobierno Federal, del Gobierno de un Land o de un tercio de los miembros del Bundestag;

2a. en caso de controversias sobre si una ley se adecua a los requisitos Del artículo 72, apartado 2, a petición del Bundesrat, del Gobierno de un Land o de la Asamblea legislativa de un Land;

3. en caso de controversias sobre los derechos y deberes de la Federación y de los Länder, especialmente en lo que concierne a la ejecución del Derecho federal por los Länder y al ejercicio del control federal;

4. en otras controversias de Derecho público entre la Federación y los Länder, entre los Länder o dentro de un Land, siempre que no este abierta otra vía judicial;

4a. sobre los recursos de amparo que pueden ser interpuestos por toda persona que se crea lesionada por el poder público en uno de sus derechos fundamentales o en uno de sus derechos contenidos en los artículos 20, apartado 4, 33, 38, 101, 103 y 104;

4b. sobre los recursos de amparo interpuestos por municipios y mancomunidades de municipios por violación a través de una ley, del derecho de autonomía municipal establecido en el artículo 28, exceptuándose, sin embargo, aquellos casos de violación por leyes de los Länder en los que quepa recurso ante la Corte Constitucional del respectivo Land;

5. en los demás casos previstos en la presente Ley Fundamental.

(2) La Corte Constitucional Federal decide además a petición del Bundesrat, de un Gobierno de un Land o de la Asamblea legislativa de un Land, si en caso del artículo 72, apartado 4 no subsiste la necesidad de una regulación por ley federal según el artículo 72, apartado 2, o si el Derecho federal ya no pudiese ser aprobado en los casos del artículo 125 a, apartado 2 frase 1. La declaración que la necesidad ya no existe o que el Derecho de la Federación ya no pudiese ser aprobado, sustituye a una ley federal según el artículo 72, apartado 4 o según el artículo 125 a, apartado 2 frase 2. La petición según la frase primera sólo es admisible, si un proyecto de ley

A partir do citado artigo, tem-se que a competência da Corte alemã refere-se ao controle abstrato e concreto de constitucionalidade, ao julgamento do recurso constitucional, ao julgamento dos conflitos entre órgãos federais e dos litígios federativos, ao processo de verificação e qualificação de normas e às demais questões de relevo, como a denúncia contra o Presidente da República, proibição dos partidos políticos, supressão dos direitos fundamentais e o processo especial de aferição da legitimidade das eleições.

O controle abstrato de constitucionalidade é exercido mediante requerimento do Governo Federal, de um Governo Estadual ou de um terço dos membros do Parlamento Federal. Somente lei editada após a promulgação da Constituição pode ser alvo desse controle, a menos que a lei anterior tenha sido incorporada pelo legislador pós-constitucional.⁵⁶ No controle concreto, de acordo com o art. 100, os Tribunais devem suspender os processos nos quais tenha surgido a dúvida acerca da constitucionalidade de dispositivo relevante para a solução da questão, remetendo-a ao Tribunal. No sistema alemão, portanto, a censura à lei ou ato normativo é monopolizada pelo Tribunal Federal.⁵⁷

O julgamento do recurso constitucional pressupõe o esgotamento das instâncias ordinárias, já que ele é um instrumento excepcional de provocação daquela Corte, útil para combater as ofensas aos direitos fundamentais causadas pelo Poder Público.⁵⁸ Sua utilização é objeto de grande preocupação, pois seu uso indiscriminado poderia transformar o Tribunal em última instância recursal. Sua admissibilidade, como referido anteriormente, é analisada pelas Câmaras.

según el artículo 72, apartado 4 o según el artículo 125ª, apartado 2 frase 2 ha sido rechazado en el Bundestag o no se ha deliberado en el plazo de un año y dictado una resolución sobre él, o si un proyecto de ley correspondiente ha sido rechazado en el Bundesrat.

(3) La Corte Constitucional Federal intervendrá, además, en los casos que le sean atribuidos por ley federal”. Disponível em: http://www.brasilia.diplo.de/Vertretung/brasilia/pt/01__Deutschland/Constituicao/grundgesetz__espanol__down_property=Daten.pdf. Acessado em: 11/03/2012.

⁵⁶MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 16.

⁵⁷ “Artículo 100 [Control concreto de normas]

(1) Si un tribunal considera que es inconstitucional una ley de cuya validez depende el fallo, se suspenderá el proceso y se recabará, cuando se trate de la violación de la Constitución de un Land, La decisión del tribunal del Land competente en asuntos constitucionales, y la de la Corte Constitucional Federal cuando se trate de la violación de la presente Ley Fundamental. Ello rige también cuando se trate de la violación de la presente Ley Fundamental por la legislación de un Land o de la incompatibilidad de una ley de un Land con una ley federal.

(2) Si en el curso de un litigio hubiera dudas acerca de si una regla de Derecho internacional es parte integrante del Derecho federal y fuente directa de derechos y deberes para el individuo (artículo 25), el tribunal recabará la decisión de la Corte Constitucional Federal.

(3) Si en la interpretación de la Ley Fundamental, la Corte Constitucional de un Land quiere apartarse de una decisión de la Corte Constitucional Federal o de la Corte Constitucional de otro Land, recabará la decisión de la Corte Constitucional Federal”. Disponível em: http://www.brasilia.diplo.de/Vertretung/brasilia/pt/01__Deutschland/Constituicao/grundgesetz__espanol__down_property=Daten.pdf. Acessado em: 11/03/2012.

⁵⁸ Idem. p. 15.

Os conflitos entre órgãos federais e entre as entidades da federação são também atribuições originárias daquela Corte. Podem ser partes nestes casos: Presidente da República, Governo Federal, Conselho Federal, Parlamento Federal ou qualquer parlamentar, desde que não esteja a defender interesse pessoal, mas funcional. Igualmente, a Corte funciona como “Tribunal da Federação” quando dirime litígio entre as unidades federativas.

Finalmente, tem-se o processo de verificação de normas, quando há dúvida no fato de determinada norma de direito internacional público integrar o direito federal, além do processo de qualificação de normas, quando pairam dúvidas sobre a qualificação de determinada lei como federal, de acordo com o art. 126.⁵⁹

As decisões do Tribunal fazem coisa julgada formal e material, com eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes para os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública. Os processos perante o Tribunal são gratuitos, exceto no caso de recursos constitucionais manifestamente aventureiros, podendo ser aplicada multa aos litigantes de má-fé.⁶⁰

4.4.O Supremo Tribunal Federal

4.4.1 Críticas doutrinárias à composição e à competência

Com a CF/88, um novo horizonte democrático se abriu para a sociedade e, logicamente, para o STF. Esse órgão constitucional é composto por onze Ministros (vitalícios) nomeados pelo Presidente da República após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, devendo a escolha recair sobre cidadãos maiores de trinta e cinco e menores de sessenta e cinco anos de idade, dotados de notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 101). Os membros do Tribunal devem ser brasileiros natos (art. 12, §3º, IV, CF/88), tendo a Corte sede na Capital Federal e jurisdição em todo o território nacional (art. 92 §1º e § 2º, respectivamente). Sua competência está posta no art. 102, e dividida em originária (art. 102, I) e recursal, podendo as questões de instâncias inferiores ascenderem à Corte através do Recurso Ordinário (art. 102, II) ou Extraordinário (art. 102, III e § 3º). Destaca-se a competência originária concernente ao julgamento e processamento das ações de controle concentrado de constitucionalidade, como referido quando se analisou anteriormente os aspectos gerais da relação entre Constituição e processo, conformadora da jurisdição constitucional exercida pela Corte. Cabe ainda ao Tribunal o julgamento das mais altas autoridades do Estado (art. 102, I,

⁵⁹ “Artículo 126 [Controversias sobre la continuidad de la vigencia del derecho como Derecho federal] Las controversias sobre la continuidad de la vigencia de las normas, como Derecho federal, serán resueltas por la Corte Constitucional Federal”. Disponível em: http://www.brasilia.diplo.de/Vertretung/brasilia/pt/01__Deutschland/Constituicao/grundgesetz__espanol__down_property=Daten.pdf. Acessado em: 11/03/2012.

⁶⁰ Idem. p, 20.

“b” e “c”), seja nos delitos penais comuns ou nas infrações político-administrativas, o que faz com que diversas ações constitucionais nas quais figurem como partes uma das autoridades referidas nessas alíneas sejam também de sua competência, de acordo com as demais alíneas do art. 102, I.

Diga-se que um dos entraves para a caracterização do STF como Corte Constitucional é sua competência recursal ordinária, causadora de uma forte demanda processual que acaba por ofuscar as grandes questões constitucionais dignas de uma Corte desse jaez. No ponto, no entanto, deve-se reconhecer que os institutos da repercussão geral e da súmula vinculante já estão contribuindo para a Corte se debruçar, cada vez mais, somente sobre as questões de grande relevância constitucional.⁶¹

Um ponto que causa polêmica na doutrina é o modo de composição do Tribunal, nos termos antes referidos, principalmente quando se tem em vista o exemplo de outras Cortes Constitucionais, como a alemã, na qual os juízes exercem mandato e são eleitos para o cargo. André Ramos Tavares, citado por Francisco Gérson Marques de Lima,⁶² sustenta a legitimidade dos critérios de composição da Corte e nomeação presidencial tendo em vista a democracia indireta e o respeito à vontade das minorias. Aduz ainda que em se adotando a vitaliciedade, afastar-se-ia a atividade partidária dos membros do Tribunal, sabendo-se que “o envolvimento aberto com a atividade partidária é mesmo sentido por todos como ilegítimo”.⁶³ Assim, os grupos de pressão praticamente inexisteriam na Corte, só sendo admitidos quando manifestados de maneira ordenada nos autos, através de sustentações orais ou fundamentadamente através de suas petições.⁶⁴

Respondendo a tais argumentos, Francisco Gérson Marques de Lima discorda do primeiro autor, assentando que:

As ideias básicas da democracia repousam no governo da maioria, periodicidade dos governantes e participação popular. O modo de escolha dos membros do STF ofende, de uma só vez, todas estas ideias. Ademais, a sustentação é divorciada da realidade, porquanto é notória a existência de grupos de pressão sobre a Corte brasileira, especialmente provenientes do Planalto, de forma tanto velada quando, em algumas questões, aberta. Basta lembrar-se da agitação do Planalto quando temas previdenciários, tributários e de processo constitucional são submetidos ao STF. E, nestas questões, a regra é que os ministros nomeados

⁶¹ Apesar disso, a competência recursal ordinária, prevista para o julgamento, em recurso ordinário, dos crimes políticos e dos *habeas corpus*, do mandado de segurança, do *habeas-data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão, nos termos do art. 102, II, continuam consistindo em entrave para a ideal qualificação do Tribunal como Corte Constitucional.

⁶² MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. *O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira*. Fortaleza: ABC Editora, 2001. p. 47.

⁶³ Idem. p, 47.

⁶⁴ Idem. p, 47.

por determinado ocupante da Presidência da República a ele se vinculam, acompanhando as suas diretrizes.⁶⁵

Tais dificuldades aumentam quando se analisam os outros órgãos de cúpula do Estado brasileiro e se constata que a composição deles é diretamente eletiva, democrática, enquanto a composição do STF segue uma eleição indireta, apesar de lhe conferir competência para controlar os atos dos outros Poderes, podendo, assim, anular um ato praticado pelos representantes do povo, detentores de um mandato.⁶⁶ Tendo-se em vista a composição do Poder Judiciário nacional, a crítica feita não só se mostra procedente como também agrava ainda mais a ilegitimidade da Corte, já que não há, sequer, a previsão de parte dos seus membros serem integrados por juízes de carreira, como no modelo alemão. Esse modo de composição fortalece o Poder Judiciário, pois prestigia seus membros, que só podem ser assim considerados após aprovação em concurso público de provas e títulos.

A vitaliciedade dos membros do STF é um dos traços que mais o diferencia das Cortes Constitucionais europeias, como visto. Não se pode admitir que um juiz do STF possa passar trinta e cinco anos no cargo, já que, com uma eventual nomeação aos trinta e cinco anos, a aposentadoria compulsória, nos moldes atuais, só ocorrerá aos setenta anos. A situação se agravará ainda mais se essa idade para a aposentadoria compulsória for posteriormente aumentada.

A fixação de um mandato para os membros da Corte em nada retiraria a independência dela, contribuindo, ainda, para uma maior rotatividade e oxigenação nos julgados. Um entendimento equivocado como era aquele acerca dos efeitos do Mandado de Injunção, por exemplo, não precisaria, provavelmente, de vinte anos para ser modificado, em se adotando um mandato periódico. Não vale o argumento de que, para se proceder a essa oxigenação, basta a nomeação de um novo membro ou de um membro mais jovem e idealista. Ora, um membro com pouca idade pode se mostrar inovador no início de sua carreira, mas, possivelmente após quinze, vinte ou trinta anos no cargo, as posições progressistas podem muito bem se tornar reacionárias. É que um período muito alongado no cargo favorece a esse acomodamento.⁶⁷

⁶⁵ Idem. p. 48. A crítica do autor, na realidade, insere-se num contexto mais amplo, pois ele aponta os entraves à legitimidade da atuação do STF, que, segundo sustenta, é distanciada dos anseios sociais. Um desses óbices é a sua forma de composição, tida por antidemocrática, como o trecho acima transcrito demonstra. Os outros obstáculos seriam a proliferação de decisões distanciadas da população, “impopulares e, por vezes, perniciosas” e a impossibilidade de controle eficaz dos atos da Corte pela sociedade. *Ib. idem.* p. 48-49. Para a presente dissertação, como dito anteriormente, só interessa um olhar crítico no tocante à forma de composição da Corte.

⁶⁶ Idem. p. 50.

⁶⁷ Corroborando a ideia acerca da necessidade de um mandato para os juízes do STF, tem-se a interessante colocação da Ministra Cármen Lúcia, que mostra seu descontentamento pessoal com a vitaliciedade dos

4.4.2 A problemática em torno do modo de indicação e sabatina dos Ministros – crítica à recente nomeação da Ministra Rosa Weber

Outro aspecto que afasta sobremaneira o STF das Cortes Constitucionais antes estudadas é a ausência de qualquer controle efetivo por parte do Poder Legislativo, em especial do Senado Federal, sobre o ato de indicação feito pelo Presidente da República. À exceção daquele peculiar caso em que um médico fora nomeado para a Corte, o Senado nunca foi de encontro à vontade presidencial.

Diversos fatores são apontados para tamanha submissão: 1) despreparo da maioria senadores, não alinhados com os valores republicanos que apontam a necessidade de qualquer pessoa, mesmo a postulante ao cargo de Ministro do STF, prestar contas sobre seu notório conhecimento jurídico e reputação ilibada; 2) medo de eventuais represálias por parte do Ministro, quando se deparar com processo de interesse do Senador que não lhe fora “amigável”; 3) submissão à vontade do Poder Executivo, muito mais por “politicagem” do que por reais convicções políticas, demonstrando um total descompromisso com a independência e altivez do Parlamento; 4) aspectos circunstanciais, como o relativo ao tempo de intervenção dos Senadores durante a sabatina: míseros cinco minutos.⁶⁸ Evidentemente que este último fator é uma mera decorrência dos anteriores, não sendo ele, isoladamente, o responsável pelo ineficiente controle da sabatina.

Essa excessiva concentração de poderes nas mãos do Presidente da República, sem controle efetivo por parte de quem deveria fazê-lo, faz surgir situações que ajudam a desautorizar e deslegitimar o STF. Prova disso foi a recente indicação da Ministra Rosa Weber.

Há diversos modos de se criticar a indicação de um Ministro: 1) ligação com certo partido político; 2) inidoneidade moral, acarretando ausência de reputação ilibada; 3) inexistência de notório saber jurídico. O presente comentário limitar-se-á a trilhar esta última crítica.⁶⁹

membros do STF: “a pessoa passa a ser chamada de ‘Excelência’ todos os dias. Daqui a pouco, começa a acreditar que é mesmo.” Revista Época de 16 de novembro de 2009. Editora Globo. Edição de nº 600. p, 51.

⁶⁸ Durante a sabatina do Ministro Dias Toffoli, o Senador Pedro Simon foi enfático na crítica a esse absurdo prazo regimental. Somente a título de curiosidade, veja-se que nos Estados Unidos, cuja ordem jurídica também prevê a sabatina parlamentar, tal controle parlamentar sobre a indicação da Ministra Sonia Sotomayor perdurou por nada menos que quatro dias, conforme noticiado no seguinte sítio eletrônico: <http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL1232649-5602,00.html>. Acessado em: 11/03/2012.

⁶⁹ Tal crítica poderia ser também direcionada à indicação do Ministro Dias Toffoli, nos seguintes termos: “Um dos casos recentes – e emblemáticos – da forma de nomeação e da sabatina foi o do ministro José Antônio Toffoli. Durante muitos anos advogado do PT, não fez pós-graduação e foi reprovado em dois concursos para juiz (1194 e 1995). Contudo, foi indicado para o cargo máximo da Justiça brasileira por Lula. Esperava-se que a sabatina no Senado fosse rigorosa. Ledo engano. Foi cercado de elogios. Somente fizeram uma pergunta sobre

A então Ministra do Tribunal Superior do Trabalho, Rosa Weber, desenvolveu toda sua carreira no âmbito trabalhista, tendo sido indicada pela Presidente Dilma Roussef para ocupar a vaga aberta com a aposentadoria da Ministra Ellen Gracie. Durante a sabatina, o Senador Demóstenes Torres, levando a sério sua função naquele momento, resolveu testar os conhecimentos da magistrada sobre direito penal e processo penal, fazendo diversas perguntas relativamente simples, especialmente sobre a interpretação do STF acerca de diversos temas daquelas disciplinas.

O que se assistiu foi uma verdadeira aula de constrangimento e desconhecimento jurídico sobre tais pontos.⁷⁰ Indagações básicas sobre, por exemplo, a interpretação do STF acerca do princípio da insignificância em face da reincidência não foram satisfatoriamente respondidas, mostrando que a indicada sequer conhecia a jurisprudência específica do Tribunal ao qual passaria a ocupar.

Ora, poder-se-ia objetar que nem mesmo um Ministro do STF tem de “saber de tudo”, tamanha a vastidão do direito. A questão não é tão simplória assim. Um Ministro do STF precisa conhecer, e muito, temas afetos às matérias penais, pois a Corte tem uma ampla competência sobre o assunto. As questões penais são da mais alta relevância e o desconhecimento delas indica sim falta de notório saber jurídico, apto a ser controlado pelo Senado Federal.⁷¹

Indaga-se: como a Ministra poderá, satisfatoriamente, julgar uma pretensão punitiva como aquela veiculada na ação penal nº 470, o conhecido caso “mensalão”, o qual apresenta nada menos que 39 réus? A resposta é simples, mas entristecedora: convocando um grande especialista no assunto para funcionar como juiz auxiliar, o Juiz Federal Sérgio Moro.⁷²

Diz-se que tal atitude, prevista no regimento interno do STF, é entristecedora porque caberia à Ministra deter conhecimentos jurídicos suficientes para, ela própria, redigir seu voto, recorrendo aos juízes auxiliares, quando muito, somente para fins de otimização e celeridade na prestação jurisdicional. Conhecendo a falta de notório conhecimento jurídico sobre as

possíveis envolvimento políticos. E mais nada. Acabou sendo facilmente aprovado.” VILLA, Marco Antônio. *A história das Constituições brasileiras – 200 anos de luta contra o arbítrio*. São Paulo: Leya, 2011. p. 146-147.

⁷⁰ É possível assistir tal passagem no seguinte link: http://www.youtube.com/watch?v=LRYJXeaVuDo&feature=results_video&playnext=1&list=PL21958CE8F3732894. Acessado em: 11/03/2012.

⁷¹ As críticas lançadas à Ministra, de modo algum, apresentam tom generalizador ou pessoal. Não se discute a competência técnica de Sua Excelência para julgar, por exemplo, causas trabalhistas. Sendo assim, nada a impugnar por ela outrora ter ocupado o cargo de Ministra do TST. A questão é que, quando se trata de ocupar um cargo no STF, a exigência deveria ser muito maior, levando em conta as diversas outras matérias de competência da Corte.

⁷² Informação veiculada no Blog do Fred: <http://blogdofred.blogfolha.uol.com.br/2012/02/27/mensalao-e-juizes-auxiliares-no-stf-1/>. Acessado em: 11/03/2012.

matérias penais por parte da Ministra, não é desarrazoado supor que a função do juiz auxiliar, no caso, não será esta última, mas sim a de substituir completamente a atuação da magistrada.

Eis mais uma comprovação da ineficácia da sabatina: mesmo se demonstrando, cabalmente, a falta de notório conhecimento jurídico penal da indicada, seu nome foi amplamente aprovado, com 57 votos a favor, 14 contra e uma abstenção.⁷³

Simbolicamente, tal aprovação gera até mesmo um paradoxo. É que para aqueles que estão começando suas carreiras, seja na academia ou no âmbito de concursos públicos, qualquer prova oral ou defesa de tese/dissertação é um momento de avaliação extremamente exigente, por vezes repleto de comentários ríspidos e reprovações. No entanto, esse rigor não se aplica aos postulantes do mais alto cargo no Poder Judiciário. Para estes, mesmo diante da falta de notório saber jurídico, não há reprovação, mas sim aprovação com louvor. É quase um desestímulo ao estudo, numa completa inversão de valores.

5. CONCLUSÃO

A jurisdição constitucional tem desempenhado papel fundamental nos países democráticos, contribuindo para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito através do respeito aos direitos fundamentais, cujo delineamento jurisprudencial tem se mostrado uma das tarefas mais importantes das Cortes Constitucionais.

Tal função só se torna bem realizável quando a Corte detém uma competência especificamente constitucional, a fim de analisar a constitucionalidade da lei em tese, não cabendo a um Tribunal dessa magnitude: 1) uma competência recursal ordinária; 2) a existência de vitaliciedade dos Ministros; 3) uma composição ao livre arbítrio do Presidente da República; 4) a inexistência de reserva de vagas para certas categorias.

Nesse sentido, o STF não pode ser concebido como Corte Constitucional, sendo um órgão de inegável estatura constitucional que exerce jurisdição constitucional, mas que tem suas atribuições como Corte Constitucional severamente comprometidas, devido, principalmente, à sua forma de composição.

No particular, impõe-se reformar a Constituição no ponto acerca da nomeação dos Ministros, prevendo-se mecanismos para controle efetivo do Senado Federal, bem como a reserva de vagas para certas categorias, como magistrados ou docentes. O estudo de caso proposto, concernente à indicação da Ministra Rosa Weber, bem demonstra como o controle senatorial é ineficaz, contribuindo para uma perigosa concentração de poderes na pessoa do

⁷³ <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2011/12/13/aprovada-indicacao-de-rosa-maria-weber-ao-stf>. Acessado em: 11/03/2012.

Presidente da República, que sabe da possibilidade fática de indicar, praticamente, qualquer nome, sem medo de rejeição.

Em relação à competência recursal ordinária, deve-se reconhecer que o desenvolvimento da prática atinente à edição de súmulas vinculantes e à aplicação da repercussão geral como forma de “filtragem” constitucional, já contribuem para a ascensão à Corte de grandes temas constitucionais. Nesse ponto, pode haver aproximação entre o STF e as demais cortes europeias, o que não se afigurará suficiente, no entanto, para sua caracterização como Corte Constitucional, pois a competência ordinária ainda tem assento na Constituição.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BAROSSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista de Direito Administrativo nº 240 (Abril/Junho de 2005). Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- _____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª ed. Porto Alegre: Safe, 1999.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Arquiação de descumprimento de preceito fundamental*. In.: *Ações constitucionais*. Org.: DIDIER JR., Fredie. 3ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.
- DANTAS, Ivo. *Constituição e processo*. 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 2007.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide*. São Paulo: RT, n. 141, nov. 2006.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. 3ª ed. São Paulo: RCS Editora Ltda, 2007.
- _____. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: Editora RCS, 2005.
- HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*. Porto Alegre: Safe, 1995.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Introdução e revisão técnica de Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. *O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira*. Fortaleza: ABC Editora, 2001.
- _____. *Fundamentos Constitucionais do Processo – sob a perspectiva dos direitos e garantias fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa Medina. *Direito processual constitucional*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SEGADO, Francisco Fernandez. *La jurisdiccion constitucional en España*. Madri: Editora Dykinson, 1984.
- VILLA, Marco Antônio. *A história das Constituições brasileiras – 200 anos de luta contra o arbítrio*. São Paulo: Leya, 2011.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.