

**FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**



VINÍCIUS MOURA DUTENKEFER

CORTE SUPREMA E CONSTITUCIONAL?

**Propostas de reformas do Supremo Tribunal Federal e os modelos de controle de
constitucionalidade**

Rio de Janeiro, 15 de junho de 2015

**FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**



VINÍCIUS MOURA DUTENKEFER

CORTE SUPREMA E CONSTITUCIONAL?

Propostas de reformas do Supremo Tribunal Federal e os modelos de controle de constitucionalidade

Trabalho de Conclusão de Curso sob orientação do Professor Diego Werneck Arguelles apresentado à FGV DIREITO RIO como requisito parcial para obtenção de grau de bacharel em Direito.

Rio de Janeiro, 15 de junho de 2015

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO



CORTE SUPREMA E CONSTITUCIONAL?
Propostas de reformas do Supremo Tribunal Federal e os modelos de controle de
constitucionalidade

Elaborado por VINÍCIUS MOURA DUTENKEFER

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à FGV DIREITO RIO
como requisito parcial para
obtenção de grau de bacharel em
Direito.

Comissão Examinadora:

Nome do Orientador: Diego Werneck Arguelhes

Nome do Examinador 1: Leandro Molhano Ribeiro

Nome do Examinador 2: Thomaz Pereira

Assinaturas:

Diego Werneck Arguelhes

Examinador 1

Examinador 2

Nota Final: _____

Rio de Janeiro, ____ de _____ de 2015

RESUMO

Existem duas formas de controle de constitucionalidade: o modelo difuso, de origem norte-americana, e o modelo concentrado, de origem européia. O presente trabalho, em uma primeira parte, analisa estes modelos no direito comparado, buscando compreender suas principais características. Posteriormente, descrevemos as propostas de criação de um tribunal constitucional no Brasil, durante a Assembléia Nacional Constituinte (ANC) de 1987-1988, evidenciando suas diferenças. Por fim, a partir das discussões na ANC, comentamos algumas propostas de emenda à constituição em trâmite no Congresso que pretendem estabelecer um mandato aos ministros e ampliar os critérios de indicação dos mesmos.

PALAVRAS CHAVE: Supremo Tribunal Federal. Controle de Constitucionalidade. Direito Constitucional Comparado. Desenho Institucional. Assembléia Nacional Constituinte.

ABSTRACT

There are two forms of judicial review: the decentralized model of North American origin, and the concentrated model, of European origin. This work, in a first part, examines these models into the comparative law, trying to understand its main features. Subsequently, we describe the proposed creation of a constitutional court in Brazil during the National Constituent Assembly (NCA) of 1987-1988, highlighting their differences. Finally, from the discussions in the NCA, we comment on some proposed amendments to the Constitution pending in Congress who want to establish terms to the ministers and expand the indication criteria of them.

KEY WORDS: Brazilian Supreme Court. Judicial Review. Comparative Constitucional Law. Institutional Design. National Constituent Assembly.

Sumário

Introdução	1
1. Os modelos norte-americano e europeu de controle de constitucionalidade	5
1.1 As bases teóricas do modelo kelseniano	6
1.2 Expansão do controle concentrado de constitucionalidade	11
1.3 Gardião da constitucionalidade e legislador positivo	12
1.4 Estruturas monista e dualista	13
1.5 Discricionariedade e grau de pureza	14
1.6 Exposição e Fragilidade.....	16
2. Ruptura x Reforma: O desenho institucional do Supremo na Constituinte de 87-88.	18
2.1 Corte Suprema e Constitucional.....	20
3. A reforma do Supremo: propostas de emenda constitucional quanto à indicação e o tempo de permanência dos ministros	28
3.1 Indicação pelo Presidente da República e separação de poderes.....	30
3.2 Vitaliciedade x Cumprimento de mandatos.....	31
Conclusão	35
Bibliografia	37

Introdução

O controle de constitucionalidade, ou *judicial review*, embora seja uma tendência internacional crescente, amplamente disseminada, não constitui uma atividade indispensável em ordenamentos que adotam constituições formais. Em meados da década de 1970 cerca de metade dos países independentes, com regimes formalmente constitucionais, não o possuíam e ainda hoje há uma minoria de estados democráticos que não o admitem¹. Trata-se, portanto, de uma opção política que indica aos membros de determinada comunidade a existência de uma maneira de criar, interpretar e aplicar normas infraconstitucionais, qual seja, em conformidade com o estabelecido na Constituição².

No direito comparado, dois grandes modelos de controle se apresentam: o modelo de controle difuso, a partir de um caso concreto, efetuado pelo Poder Judiciário como um todo e, em última instância, por uma suprema corte, como nos Estados Unidos da América, e o modelo de controle concentrado, da norma em abstrato, de competência de uma corte ou tribunal constitucional, como na maior parte dos países europeus, desenvolvido a partir da concepção teórica do jurista austríaco Hans Kelsen³.

Apesar de o fundamento de ambos os modelos ser o mesmo – a fiscalização da conformidade da norma infraconstitucional à norma constitucional – ambos foram concebidos em diferentes contextos e tendem a produzir resultados distintos em seus respectivos ordenamentos jurídicos.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal é órgão do Poder Judiciário⁴ e tem como função precípua a guarda da Constituição⁵. O controle de constitucionalidade das normas foi introduzido pelo Decreto nº848, em 1890, com o advento da proclamação da República, tendo como parâmetro o modelo norte-americano de *judicial review*, em sua forma difusa.

¹ COMELLA, 2004, p. 20.

² Neste sentido: “(...) ainda que se afirme que um controle de constitucionalidade seja conveniente - porque talvez seja prudente desconfiar dos poderes e prever mecanismos para controlá-los -, esse controle não precisa ser necessariamente judicial, como demonstra o caso francês; ou, como já salientava Pontes de Miranda há décadas: há diversas formas de proteger uma constituição rígida e o controle judicial de constitucionalidade é apenas uma delas. Ou seja: decidir sobre que tipo de controle se deseja é uma questão prática (e política) e não lógica, o que implica dizer que uma eventual escolha por um determinado tipo de controle de constitucionalidade deve ser feita e justificada dentro de um debate sobre desenho institucional e não a partir de um pretenso raciocínio jurídico-formal.” SILVA, 2009.

³ Países europeus como Dinamarca, Finlândia, Países Baixos e Suécia não adotaram cortes constitucionais. Contudo, como observa Victor Ferreres Comella, dos vinte e cinco países que compõe a União Européia, desessete deles adotam o controle concentrado de constitucionalidade.

⁴ Art. 92 da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB.

⁵ Art. 102 da CRFB.

Entre as constituições de 1934 e 1967, passando pela EC nº 16 de 1965, o controle abstrato e concentrado foi sendo introduzido e ampliado, com crescente influência dos modelos europeus⁶. Desta forma, o Supremo Tribunal Federal passou a exercer o controle concreto, abstrato, difuso e concentrado de constitucionalidade. Trata-se, portanto, de um “modelo híbrido” no qual o STF é, ao mesmo tempo, uma Suprema Corte, nos moldes norte-americanos, e uma Corte Constitucional, nos moldes de países como Alemanha, Espanha e Itália.

As diversas competências do Supremo, que foram reforçadas após a promulgação da Constituição da República de 1988, levaram a uma ascensão da instituição em termos políticos e sociais⁷. A criação do Superior Tribunal de Justiça, a ampliação dos legitimados ativos para provocarem a jurisdição constitucional bem como a participação do *amicus curiae* representaram importantes alterações, aparentemente distanciando o Supremo do convencional modelo de controle difuso.

Anos após a promulgação da Constituição de 1988, o modelo brasileiro ganhou novas feições, incluindo a regulamentação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), em 1999⁸, e acriação, por emenda, da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), em 1993. Ambas as inovações contribuíram para a concentração de poder nas mãos do Supremo⁹.

Trata-se atualmente de um tribunal bastantecomplexo, “uma instituição singular em termos comparativos, seja com sua própria história, seja com a história de cortes existentes

⁶ Neste sentido: “Depois de consolidada a competência judicial para controlar a constitucionalidade das leis no Brasil, e depois de décadas fiel ao modelo norte-americano, o sistema brasileiro passou a sofrer um longo processo de concentração. Os anos-chave desse processo foram: 1934, 1965, 1988, 1993, 1999 e 2004. Em 1934, cria-se a primeira forma de ação direta de inconstitucionalidade, limitada ainda apenas aos casos de intervenção federal. Em 1965, é criada a figura da representação de inconstitucionalidade, por meio de uma emenda à ainda vigente constituição de 1946. Essa representação era uma possibilidade de acessar diretamente o Supremo Tribunal Federal para decidir sobre a constitucionalidade, em abstrato, de uma lei. Sua principal limitação era a competência para a sua propositura, restrita ao procurador-geral da República.” SILVA, 2009.

⁷ “Embora o Supremo tenha desempenhado posição relevante nos regimes constitucionais anteriores, com momentos de enorme fertilidade jurisprudencial e proeminência política, como na Primeira República, ou ainda de grande coragem moral, como no início do período militar, não há como comparar a atual proeminência do Tribunal, com a sua atuação passada.” VIEIRA, 2008, p. 02.

⁸ Lei nº 9.882/1999.

⁹ Neste sentido: “Com a promulgação da constituição de 1988, houve inúmeras alterações no modelo brasileiro, todas elas, de certa forma, dando mais poderes ao Supremo Tribunal Federal. Criou-se a ação direta de inconstitucionalidade - com uma lista muito mais ampla de legitimados para sua propositura - o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Em 1993, cria-se, por meio da emenda constitucional 3, a ação declaratória de constitucionalidade. Em 1999, por meio das leis 9.868 e 9.882, é regulamentado com maior clareza procedimental todo o processo de controle de constitucionalidade no Brasil, com uma clara tendência concentradora e vinculante do controle de constitucionalidade exercido pelo STF.⁷⁴ Por fim, em 2004, com a emenda constitucional 45, cria-se a súmula vinculante e a exigência de demonstração de repercussão geral para a admissibilidade do recurso extraordinário no STF.” SILVA, 2009.

em outras democracias, mesmo as mais proeminentes”¹⁰ De “um outro desconhecido”¹¹, temos hoje o Supremo que autorizou o aborto de fetos anencéfalos, reconheceu a união estável para casais homoafetivos, afirmou a constitucionalidade do sistema de cotas para negros e índios nas universidades, entre outros casos, que o tornaram presente na pauta permanente de cobertura da imprensa e nodia a dia dos brasileiros¹².

Para além de suas competências como órgão de cúpula do Poder Judiciário, compete ao Supremo a resolução de diversas controvérsias, seja no âmbito dos demais poderes, seja como instância recursal. Conforme indicam Joaquim Falcão, Diego Werneck Arguelhes e Pablo Cerdeira¹³, a corte comporta três distintas “personas”: (i) a persona constitucional, que trata de questões típicas do controle concentrado de constitucionalidade; (ii) a persona ordinária, responsável pela apreciação de demandas originárias não relacionadas ao controle concentrado e; (iii) a persona recursal que, em alguns dos casos, atuaria como “quarta instância”, posteriormente ao juízo singular, o órgão colegiado de segunda instância e algum tribunal superior. Entre 1988 e 2009, das mais de 1,3 milhão de decisões proferidas pelo STF, 87% delas foram monocráticas, 12% entre turmas e apenas 0,6% foram tomadas em plenário¹⁴.

A ascensão ou protagonismo do Supremo em anos recentes não ocorreu desacompanhada de críticas no meio jurídico. Virgílio Afonso da Silva indica a falta de diálogo entre os ministros, que deveriam tomar decisões de forma consensual e não individual.¹⁵ Ademais, critica-se o elevado número de processos, por conta de suas diversas competências¹⁶, acarretando na lentidão de suas decisões. Critica-se também a indicação

¹⁰ VIEIRA, 2008, p. 04.

¹¹ Referência ao título da obra de Aliomar Baleeiro “O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido” publicada em 1967.

¹² Neste sentido: “No campo dos direitos fundamentais, já foram decididas, ou encontram-se na agenda do Tribunal, questões como: pesquisa com células-tronco, quotas nas universidades, desarmamento, aborto (anencéfalos), demarcação de terras indígenas, reforma agrária, distribuição de medicamentos, lei de imprensa, lei de crimes hediondos, poder da polícia de algemar, direito de greve, etc.” VIEIRA, 2008, p. 11.

¹³ FALCÃO, ARGUELHES, CERDEIRA, 2013.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ Neste sentido: “(...) os ministros do Supremo Tribunal Federal não interagem entre si. (...) é preciso tornar o STF uma instituição que tenha voz própria, que não seja a soma de 11 vozes dissociadas. Em sua forma atual, não há deliberação, não há busca de clareza ou de consenso, não existem concessões mútuas entre os ministros. Se um tribunal, no exercício do controle de constitucionalidade, tem que ser um locus privilegiado da deliberação e da razão pública, e se sua legitimidade depende da qualidade de sua decisão, é preciso repensar a forma de deliberação do STF.” SILVA, 2009.

¹⁶ FALCÃO, CERDEIRA, ARGUELHES, 2013.

exclusivamente política de seus ministros pelo Presidente da República e a vitaliciedade de seus mandatos¹⁷.

A manutenção do STF tanto como corte de cassação quanto como tribunal constitucional logrou vitoriosa na Assembléia Nacional Constituinte de 1987-1988 não sem antes haver um embate entre diferentes propostas que alterariam substancialmente o perfil da instituição. A criação de um tribunal constitucional autônomo, coexistente com um Supremo reformulado, com ministros cumprindo mandato, contou com expressiva adesão dos setores mais progressistas.

Contudo, o texto final da Constituição de 1988, ao mesmo tempo em que manteve a estrutura do Supremo praticamente inalterada, com relação aos regimes políticos anteriores, trouxe algumas inovações que abriram o caminho para a ascensão do tribunal de modo a torná-lo um ator político de alta relevância como vem sendo nos últimos anos.

O presente trabalho tem como objetivo contrastar as diferenças entre os modelos de controle de constitucionalidade a partir de seus dois paradigmas: o controle difuso, de origem norte-americana, e o controle concentrado, de origem europeia e suas implicações no modelo adotado no Brasil. Tomamos como premissa a necessidade da implementação de reformas no Supremo. Mas que tipo de reformas deveriam ser feitas? Em que a discussão dos modelos de controle de constitucionalidade poderia contribuir para o debate de aperfeiçoamento do STF?

A partir da investigação de ambos os controles, tendo por base a literatura de direito comparado, buscamos compreender suas diferenças. Ainda existe discussão relevante de propostas de reforma ao paradigma adotado no país? Que consequências algumas destas reformas poderiam acarretar? Contribuiriam para o melhor desempenho, pelo Supremo, das suas funções previstas na Constituição?

Neste sentido, na primeira parte, indicamos algumas características dos modelos norte-americano e europeu, a partir da análise de juristas e cientistas políticos estrangeiros. A seguir, contextualizamos as discussões da proposta de implantação de um tribunal constitucional no Brasil, nos moldes europeus, durante a Assembléia Nacional Constituinte de 1987-1988. Por fim, selecionamos e comentamos algumas propostas de emenda à Constituição em tramitação no Congresso Nacional que alterariam o perfil do STF, recuperando as discussões durante a ANC.

¹⁷ Na terceira do presente trabalho parte trataremos de Propostas de Emenda à Constituição que instituem mandatos para os ministros e alteram os critérios de indicação dos mesmos, no sentido de reduzir a influência política do Poder Executivo.

1. Os modelos norte-americano e europeu de controle de constitucionalidade

Uma norma pode ser declarada inconstitucional tanto antes de formalmente ingressar no ordenamento jurídico, de forma preventiva – *a priori* – quanto depois de ser editada e passar a produzir efeitos concretos, de forma repressiva – *a posteriori*. O modelo norte-americano representa o controle *a posteriori*, pois, embora também nele exista, em menor escala, o controle abstrato, normalmente uma norma é declarada inconstitucional a partir de um caso concreto¹⁸. Já o modelo europeu comporta tanto o controle preventivo quanto repressivo¹⁹.

O controle difuso de constitucionalidade surgiu no contexto de uma constituição liberal, concisa, essencialmente limitando os poderes estatais, e tem origens no início século XIX no paradigmático caso *Marbury vs. Madison*, “o primeiro precedente”²⁰. A partir de uma decisão da Suprema Corte norte-americana, em 1803, todo juiz ou tribunal daquele país passou a ter poderes para declarar uma norma inconstitucional, provocado a partir de um caso concreto.

Desta forma, a Suprema Corte dos Estados Unidos, além de atuar como corte de cassação em última instância em matéria de direito federal, também desempenha o controle de constitucionalidade, assim como os demais órgãos do Poder Judiciário. Além disso, trata-se de um sistema jurídico de *common law*²¹, em que precedentes judiciais possuem força vinculante para todos os órgãos judiciais, paralelamente à legislação.

Já o modelo de controle concentrado de constitucionalidade tem origem nas concepções do jurista austríaco Hans Kelsen (1881-1973) sendo introduzido de modo

¹⁸ Conforme aponta Comella, 2004, p. 12, o controle abstrato nos EUA é muito menos frequente.

¹⁹ O controle concentrado abstrato *a priori* foi a única forma de controle de constitucionalidade existente na França desde a introdução do *Conseil Constitutionnel*, em 1958, até recente reforma. Isso tornava o modelo francês excepcional no contexto europeu, sendo o mais politicamente exposto e o menos associado ao Poder Judiciário. Atualmente a França admite tanto o controle concentrado *a priori* quanto *a posteriori* assim como os demais países da Europa. SWEET, 2007, p. 71.

²⁰ Neste sentido: “Em fevereiro de 1803, foi proferida aquela que, muito provavelmente, é a decisão judicial mais citada dos últimos 200 anos. Como é sabido, sua importância não está na matéria objeto do litígio - a nomeação de William Marbury como juiz de paz no distrito de Columbia, Estados Unidos. Sua importância, para o direito constitucional do mundo inteiro, reside no fato de que, pela primeira vez, o Judiciário declarou-se competente para analisar a constitucionalidade de leis ou de atos dos poderes políticos (Legislativo e Executivo). Em fevereiro de 1803, foi proferida a sentença no caso *Marbury v. Madison*, que inaugurou o chamado controle judicial de constitucionalidade das leis.” SILVA, 2009.

²¹ Chama-se “*common law*” o sistema jurídico próprio dos países de formação anglo-saxônica ou de colonização britânica. Neste sistema destaca-se a grande importância da criação judicial do direito.

pioneiro na Constituição da Áustria em 1920²², em um sistema de *civil law*, próprio da Europa continental.

Kelsen entendia a Constituição como a base do estado de direito e do ordenamento jurídico como um todo, tendo por função “estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder”²³. Deste modo, não seria admissível a aplicação de uma norma infraconstitucional que não estivesse em conformidade com o texto constitucional. Segundo o autor, as garantias constitucionais não passavam de garantias contra a edição de normas inconstitucionais²⁴, de modo que, em última análise, todas as normas e atos estatais deveriam respeitar os direitos resguardados na Constituição.

1.1 As bases teóricas do modelo kelseniano

Para Hans Kelsen, as funções estatais consistiam essencialmente em função legislativa e função executiva, ambas de criação do direito, contudo, hierarquicamente abaixo da Constituição. Nesta concepção, tanto a atividade legislativa, desempenhada pelo Parlamento, ao criar normas gerais e abstratas, quanto a atividade executiva, desempenhada pela Administração, por meio da prática de um ato administrativo ou da edição de um regulamento, bem como a atividade jurisdicional, que produziria norma jurídica individual, efetuada pelo Poder Judiciário, concretizariam “*a vontade coletiva do Estado moderno*”²⁵. Para o referido jurista a Constituição seria, em essência, a regulação da elaboração do direito, incluindo tanto a legislação quanto o respeito a ela, ou seja, a sua execução.²⁶

Entretanto, a existência da limitação dos poderes prevista no texto constitucional não seria suficiente para o respeito às suas previsões. Para Kelsen, seria o controle de constitucionalidade e, portanto, a existência de uma jurisdição constitucional, que tornaria a Constituição uma verdadeira garantia²⁷. Tal controle seria um poder que permite, ao órgão

²² O controle incidental, a partir de um caso concreto por meio de um “incidente de constitucionalidade” foi introduzido na Áustria posteriormente, distanciando-se do modelo kelseniano inicial que admitia apenas o controle abstrato de constitucionalidade. GARLICKY, 2007.

²³ KELSEN, p. 240.

²⁴ *Idem*, p. 132.

²⁵ *Idem*, p. 125.

²⁶ Neste sentido: “Como a Constituição regula, no essencial, a elaboração das leis, a legislação é, com respeito a ela, aplicação do direito. Com relação ao decreto e a outros atos subordinados à lei, ela é, ao contrário, criação do direito; o decreto é, também, aplicação do direito com respeito à lei e criação do direito com respeito à sentença e ao ato administrativo que aplicam. Estes, por sua vez, são aplicação do direito, se olharmos para baixo, isto é, no que concerne aos atos pelos quais são executados. O Direito, no caminho que percorre desde a Constituição até os atos de execução material, não pára de se concretizar. Enquanto a Constituição, a lei e o decreto são normas jurídicas gerais, a sentença e o ato administrativo constituem normas jurídicas individuais” *Idem*, p. 126.

²⁷ Kelsen admite que existem outras formas de buscar preservar o respeito à Constituição, como por exemplo, a responsabilização das autoridades públicas quando da ocorrência de violação do texto constitucional. Contudo,

que o desempenha, examinar a regularidade de uma norma, segundo os parâmetros da Constituição, tanto em sua vertente material quanto formal, anulando-a de forma total ou apenas parcialmente. Constitui-se, desta maneira, “anulação dos atos de uma autoridade por outra”²⁸.

Kelsen reconhece que se trata de um poder considerável e que, portanto, deveria ser confiado a uma “instância central suprema”²⁹. Concebeu então um modelo no qual a declaração de inconstitucionalidade de uma norma seria uma competência concentrada em um único órgão – o tribunal constitucional – organicamente separado da estrutura do judiciário e dos demais poderes.

De acordo com sua teoria, a declaração de inconstitucionalidade seria uma solução de um tipo de conflito, tendo de um lado, atores favoráveis e, do outro, sujeitos contrários à norma controversa. Teria, logo, um caráter litigioso, evidenciando, por exemplo, um conflito entre o Parlamento e a Administração ou entre a minoria e a maioria ou ainda entre a União e os entes federativos.

Nesta perspectiva, a “forma judiciária” e colegiada atribuída ao órgão guardião da constituição seria a mais adequada para solucionar o conflito, para que “os prós e contras da constitucionalidade da lei sejam discutidos o mais publicamente possível”³⁰, expondo de maneira clara a contraposição de interesses. Logo, a forma judiciária não é uma característica indispensável para que exista o controle de constitucionalidade, mas Kelsen a entendia como vantajosa.

O referido jurista austríaco entendia que a natureza das funções legislativa e executiva as tornavam incompatíveis com o exercício do controle de constitucionalidade³¹. A busca por um órgão o mais neutro o quanto possível consagraria a máxima de que “ninguém pode ser

para o autor, a jurisdição constitucional se mostra muito mais eficiente: “*Todavia, como prova a história constitucional, a responsabilidade ministerial não é um meio muito eficaz, e mesmo as outras garantias pessoais são igualmente insuficientes pois não atingem a força obrigatória do ato irregular, em particular a lei inconstitucional. Dado esse estado de coisas, é difícil dizer até mesmo que a Constituição seja uma garantia: ela só o é verdadeiramente quando a anulação dos atos inconstitucionais é possível*”. KELSEN, p. 149.

²⁸ *Idem*, p. 146.

²⁹ *Idem*, p. 145.

³⁰ *Idem*, p. 264.

³¹ Neste sentido: “O órgão legislativo se considera na realidade um livre criador do direito, e não um órgão de aplicação do direito, vinculado pela Constituição, quando teoricamente ele o é sim, embora numa medida relativamente restrita. Portanto, não é com o próprio Parlamento que podemos contar para efetuar sua subordinação à Constituição. É um órgão diferente dele, independente dele e, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal, que deve ser encarregado da anulação de seus atos inconstitucionais – isto é, uma jurisdição ou tribunal constitucional”. *Idem*, p. 150.

juiz em causa própria”³². Desta forma, a necessidade de independência do tribunal constitucional dos poderes constituídos é um dos pilares do modelo kelseniano.

Quando concebeu a existência de um órgão centralizado, especialmente designado para exercer o controle de constitucionalidade, Kelsen sofreu críticas quanto à legitimidade desse tribunal em relação ao “dogma da separação de poderes”³³. O jurista, contudo, defendeu que a existência de uma autoridade jurisdicional independente não somente não feriria o princípio da separação de poderes, como o concretizaria, de modo que o poder de exercer o referido controle não estaria confiado nem nas mãos do Parlamento e tampouco da Administração, buscando de fato se ocupar precipuamente de questões jurídicas e não essencialmente políticas, discricionárias, típicas das referidas atividades estatais.

Kelsen não considerava o controle de constitucionalidade um exercício puramente jurisdicional. Reconhecia que se tratava, em essência, de uma atividade legislativa, mas de uma atividade legislativa negativa, fiscalizatória mediante provocação, e que, como tal, deveria estar apartada do legislador ordinário, positivo³⁴. Nesta concepção, o tribunal constitucional pouco se assemelharia a um órgão do poder judiciário, em concepções tradicionais. Deste modo, o autor reconheceu que a corte especial desempenharia atividade essencialmente política, mas deveria, ao mesmo tempo, manter-se afastada dos poderes estabelecidos a fim de melhor exercer a jurisdição constitucional, de forma independente e imparcial³⁵.

A idéia de apartar o exercício da jurisdição constitucional das funções políticas estabelecidas coloca o critério de escolha dos membros da corte como ponto de essencial relevância. Para minimizar o peso negativo da influência política³⁶, o jurista rejeitou a escolha da composição do tribunal unicamente por um dos poderes, quer seja pelo Legislativo, ou pelo Executivo. Recomendou, assim, a participação conjunta dos órgãos centrais, atentando

³² KELSEN, p. 240.

³³ *Idem*, p. 146.

³⁴ Neste sentido: “Ora, anular uma lei é estabelecer uma norma geral porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e portanto ela própria uma função legislativa. E um tribunal que tenha o poder de anular as leis é, por conseguinte, um órgão do poder legislativo.” *Idem*, p. 152.

³⁵ Neste sentido: “Pois bem, tudo que se pode dizer do ponto de vista de um exame de orientação teórica é que a função de um tribunal constitucional tem um caráter político de grau muito maior que a função de outros tribunais – e nunca os defensores da instituição de um tribunal constitucional desconheciam ou negaram o significado eminentemente político das sentenças deste – mas não que por causa disso ele não seja um tribunal, que seu função não seja jurisdicional; e menos ainda: que tal função não possa ser confiada a um órgão dotado de independência judiciária.” *Idem*, p. 252.

³⁶ Neste sentido: “É tão difícil quanto desejável afastar qualquer influência política da jurisdição constitucional”. *Idem*, p. 154.

para a importância da também indicação de juristas, especialistas versados no direito, o que viabilizaria a discussão de questões técnicas.³⁷

Kelsen também sinalizou na direção de que as atividades do tribunal constitucional poderiam ser estendidas para além do controle de constitucionalidade de leis, decretos e tratados internacionais. A independência e, conseqüentemente, desejável imparcialidade do órgão poderia ser aproveitada para que o mesmo atuasse como foro especializado por prerrogativa funcional de certas autoridades públicas, como por exemplo, os ministros de Estado. Seria um reforço às garantias constitucionais de forma a responsabilizar os infratores da Constituição³⁸.

Além da busca por um órgão independente e imparcial, o modelo kelseniano é associado à busca pelo valor da segurança jurídica como um de seus pilares, inserido na tradição do *civil law*, da lei como fonte primária do direito. Ao concentrar a declaração de inconstitucionalidade em um único órgão, evitaria-se a pluralidade de entendimentos entre juízes e tribunais sobre uma mesma matéria. Diferentemente dos Estados Unidos, a maior parte dos países europeus não possuem jurisdição una, sendo frequente a existência de pelo menos duas Supremas Cortes: uma de competência civil e penal e outra de direito administrativo.

Se o tribunal constitucional é um órgão privilegiado por exercer a importante tarefa da jurisdição constitucional, também o são os sujeitos que possuem legitimidade ativa para provocarem a sua manifestação³⁹. Kelsen recomendava que os legitimados para provocação da corte fossem as autoridades públicas dos poderes executivo, legislativo e judiciário ou apenas certas autoridades superiores, como os órgão de cúpula do Estado⁴⁰. Cogitou, ainda, a existência de uma espécie de procurador-geral incumbido de provocar a corte, desde que lhe fossem garantidos ampla autonomia e independência.

Para o autor a jurisdição constitucional seria um mecanismo essencial não somente para a proteção do Estado democrático, mas também para a proteção de minorias eventualmente prejudicadas por uma maioria, seja no Parlamento ou na chefia do poder

³⁷ Neste sentido: “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, quer deveria designar vários candidatos para cada uma das vagas a serem preenchidas e vice-versa. É da mais alta importância conceder, na composição da jurisdição constitucional, um lugar adequado aos juristas de carreira” KELSEN, p. 154.

³⁸ Neste sentido: “Assinalamos enfim que pode ser oportuno, eventualmente, fazer do tribunal constitucional uma Suprema Corte de Justiça, encarregada de julgar os ministros acusados, um tribunal central de conflitos, ou atribuir-lhe outras competências mais, para evitar a instituição de jurisdições especiais” *Idem*, p. 162.

³⁹ COMELLA, 2004, p. 19.

⁴⁰ KELSEN, p. 174.

executivo⁴¹. Outra vantagem do controle de constitucionalidade apontada seria a proteção à divisão de competências legislativas e executivas nos estados federativos.⁴² Ao se admitir entes descentralizados, investidos de poder político, aumenta-se a necessidade da existência de uma jurisdição constitucional que fiscalize a divisão de competências entre os entes que compõe a federação.

O contexto no qual Kelsen formulou as bases teóricas do controle concentrado concebia uma constituição de modo bastante diverso do que o constitucionalismo do pós segunda guerra iria desenvolver. No limiar do século XX a maior parte das constituições européias eram essencialmente instrumentos políticos de organização do estado, não comportando um amplo rol de normas principiológicas, direitos sociais, econômicos e culturais⁴³. A linha de separação entre as matérias de jurisdição constitucional e de jurisdição ordinária era sensivelmente menos nebulosa do que se tornaria mais tarde, especialmente com a constitucionalização de diversas áreas do direito, como por exemplo, de alguns temas de direito penal, processual ou de direito de família⁴⁴.

Kelsen entendia que princípios como “equidade”, “justiça”, “liberdade”, “igualdade” e “moralidade” não deveriam ser incorporados como parâmetro do controle de constitucionalidade⁴⁵. Para o autor, os referidos princípios permitiriam uma margem de escolha ao juiz constitucional tão ampla que não haveria distinção entre julgar e legislar positivamente.⁴⁶

De fato, o mesmo via com preocupação a possibilidade do tribunal constitucional anular uma lei com base, por exemplo, no princípio da “justiça”. Tamanha discricionariedade conferida ao órgão constituiria verdadeiro deslocamento indesejável de poder. Nesta perspectiva, uma lei votada pelo Parlamento, em conformidade com o ideal democrático da vontade da maioria, poderia ser anulada por não estar de acordo com a opinião dos juízes

⁴¹ Neste sentido: “A jurisdição constitucional (...) é um meio de proteção eficaz da minoria contra os atropelos da maioria. (...) Toda minoria – de classe, nacional ou religiosa – cujos interesses são protegidos de uma maneira qualquer pela Constituição, tem pois um interesse eminente na constitucionalidade das leis”. KELSEN, p. 182.

⁴² Neste sentido: “Mas é certamente no Estado federativo que a jurisdição constitucional adquire a mais considerável importância. Não é excessivo afirmar que a idéia política do Estado federativo so é plenamente realizada com a instituição de um tribunal constitucional” *Idem*, p. 182.

⁴³ Os chamados direitos “de segunda geração ou segunda dimensão” ganharam status constitucional de modo pioneiro com as constituições da Alemanha (Weimar) e do México.

⁴⁴ GARLICKI, 2007.

⁴⁵ KELSEN, p. 168.

⁴⁶ Neste sentido: “Para evitar tal deslocamento de poder – que ela com certeza não deseja e que é totalmente contra-indicado do ponto de vista político – do Parlamento para uma instância a ele estranha, e que pode se tornar representante de forças políticas diferentes das que se exprimem no Parlamento, a Constituição deve, sobretudo se criar um tribunal constitucional, abster-se desse gênero de fraseologia, e se quiser estabelecer princípios relativos ao conteúdo das leis, formulá-los da forma mais precisa possível” *Idem*, p. 170.

constitucionais. Isso representaria um perigo por comprometer não somente a segurança jurídica mas também o ideal democrático. Para Kelsen o poder de legislador negativo desempenhado pelo tribunal constitucional deveria ser absolutamente “determinado pela Constituição”⁴⁷, sendo essencialmente uma atividade de “aplicação e somente em pequena medida criação do direito”⁴⁸.

1.2 Expansão do controle concentrado de constitucionalidade

O modelo teórico kelseniano sofreu alterações quando implementado. Poucos são os países que conservam suas cortes constitucionais próximos aos moldes concebidos por Kelsen⁴⁹. Podemos colocar os controles difuso norte-americano e o concentrado kelseniano como dois paradigmas, no qual entre eles existe uma gradação de modelos que assumem características peculiares, embora ainda possam ser enquadrados, de modo geral, em uma das duas categorias.

O modelo de controle concentrado obteve expressiva adesão no pós segunda guerra, estando associado à constituições jovens, extensas e com intensões notadamente transformadoras, de forte carga social. Ao contrário da constituição liberal norte-americana do século XVIII, que procurou precipuamente organizar o Estado limitando os poderes, as ambiciosas constituições europeias do pós-guerra buscaram romper com o passado e modificar a realidade social criando, especialmente, normas abertas e principiológicas⁵⁰. O fim do bloco soviético na década de 1990 deu origem a novas constituições que também adotaram tribunais constitucionais, “importando” o modelo europeu ocidental de guarda das garantias fundamentais.

Neste novo constitucionalismo, a Constituição e, conseqüentemente, o tribunal constitucional, foram trazidos para o centro do debate político. O controle de constitucionalidade, nos moldes europeus, tem sido considerado um mecanismo chave para a busca do respeito à Constituição e uma das características mais marcantes do constitucionalismo contemporâneo⁵¹.

⁴⁷ KELSEN, p. 153.

⁴⁸ *Idem*, p. 153.

⁴⁹ SWEET, 2007, p. 82.

⁵⁰ COMELLA, 2004, p. 27.

⁵¹ Lech Garlich coloca o controle concentrado de constitucionalidade como uma das características mais notáveis e uma das inovações mais bem sucedidas do “constitucionalismo continental”, tendo sido incorporado com entusiasmo em outros ordenamentos jurídicos, como em países latino-americanos, africanos e asiáticos.

A proliferação de constituições extensas favoreceu o controle de constitucionalidade, uma vez que poucos temas relevantes, a serem confrontados perante o tribunal, não foram tratados, direta ou reflexamente, pelo longo texto constitucional. Mesmo que uma constituição não discipline uma matéria de forma explícita, a questão controversa no qual a corte é provocada pode ser interpretada do ponto de vista de uma cláusula aberta ou de algum princípio.

Neste sentido, a extensão das constituições do pós-guerra abriram pouca margem para que o tribunal constitucional permanecesse inerte, decidindo “não decidir”⁵². Ao contrário do modelo norte-americano, marcado por uma constituição enxuta, na Europa existem mais temas passíveis de serem submetidos ao controle de constitucionalidade.

O reforço a idéia de que a Constituição e, conseqüentemente, a democracia, o respeito às liberdades básicas e aos direitos humanos como um todo, de forma simbólica, são parte fundamental de um determinado Estado, e do povo em que nele vive, também pode ser entendido como um dos fatores da expansão do modelo de controle concentrado⁵³. A afirmação do estado de direito é um notável contraste com o terror da guerra, do nazifascismo e dos regimes autoritários tardios, como houve no caso de Espanha e Portugal⁵⁴.

1.3 Gardião da constitucionalidade e legislador positivo

Ao contrário do que recomendava Kelsen e, confirmando prognósticos vistos por ele como negativos, os juízes constitucionais se tornaram legisladores positivos⁵⁵. A expansão do controle concentrado de constitucionalidade tornou o tribunal constitucional um ator político fundamental, na medida em que o monopólio da declaração de inconstitucionalidade se transformou, em grande parte, em monopólio da interpretação da Constituição, com reflexos nos demais poderes, inclusive na própria estrutura do judiciário.

No novo constitucionalismo da segunda metade do século XX o direito constitucional tornou-se a primeira e a última palavra a ser dada em diversas questões jurídica e socialmente relevantes⁵⁶. Podem ser citados como exemplos questões relacionadas à igualdade de direitos

⁵² COMELLA, 2004, p. 08.

⁵³ *Idem*, p. 07.

⁵⁴ A maioria das cortes constitucionais européias foram estabelecidas após o fim de regimes autoritários, salvo Bélgica e França. GARLICKI, 2007.

⁵⁵ SWEET, 2007, p. 72.

⁵⁶ Ran Hirschl indica a existência de um “fenômeno global rumo ao constitucionalismo”: “Nas últimas décadas, o mundo testemunhou uma profunda transferência de poder de instituições representativas para tribunais, (...) O conceito de supremacia constitucional (...) é hoje compartilhado, de uma maneira ou de outra, por mais de 100 países ao redor do mundo. Diversos regimes pós-autoritários no antigo Bloco Oriental, no sul da Europa, na

entre homens e mulheres, descriminalização da prática do aborto e o reconhecimento de uniões civis homoafetivas.

Ao decidir uma controvérsia constitucional o tribunal produz uma decisão normativa *erga omnes*, tal como a promulgação de uma nova legislação pelo Parlamento. A atividade normativa da corte constitucional seria o que o cientista político norte-americano Alec Stone Sweet denominou de “política constitucional”. Tal atividade consiste em um tipo de processo de criação do direito, idealmente norteado pela Constituição e a jurisprudência constitucional. É inegável a caracterização das cortes constitucionais como instituições políticas, uma vez que desempenham, de modo coercitivo, como parte integrante do Estado, a escolha de decisões relevantes de impacto à coletividade⁵⁷.

A política constitucional fornece a interpretação, extensão e contornos do texto constitucional, para toda a sociedade, inclusive para o legislador positivo “ordinário”, representado pelo Poder Legislativo, produzindo normas de maneira mais paupável e concreta do que a genérica previsão dos direitos previstos na Constituição.⁵⁸

Desta forma, as decisões da corte informam como as normas infraconstitucionais devem ser feitas, interpretadas e aplicadas⁵⁹. É como se ao texto constitucional fosse incluída a jurisprudência constitucional, sem a qual da Constituição não pode ser separada. Para Stone Sweet, toda matéria de direito constitucional europeu relevante é produto da criação normativa dos tribunais constitucionais, ou seja, da jurisprudência constitucional.⁶⁰

1.4 Estruturas monista e dualista

A adoção do controle concentrado implica na existência de uma estrutura dualista⁶¹, uma vez que passa a existir uma distinção entre a jurisdição comum, ordinária, e a jurisdição constitucional. Tal dualismo não ocorre nos Estados Unidos, que apresenta uma estrutura monista, pois o *judicial review* é exercido pelos órgãos do Poder Judiciário como um todo. Tal estrutura dual seria uma vantagem do modelo europeu, na medida em que permite uma

América Latina e na Ásia rapidamente adotaram princípios do constitucionalismo moderno durante suas transições para a democracia.” HIRSCHL, 2009, p. 139.

⁵⁷ SWEET, 2007, p. 72.

⁵⁸ *Idem*, p. 75.

⁵⁹ *Idem*, p. 79.

⁶⁰ *Idem*, p. 75

⁶¹ COMELLA, 2004, p. 03

maior variabilidade de desenho institucional entre a corte constitucional e a jurisdição comum⁶².

O tempo de permanência das autoridades julgadoras na corte, cumprindo mandato, por exemplo, é uma das variações que o controle concentrado propicia de modo mais evidente do que no modelo americano. Os ministros das cortes constitucionais européias exercem o cargo cumprindo mandato, por tempo determinado. Isso deriva da natureza notadamente mais “política” da jurisdição constitucional e, portanto, diversa da jurisdição ordinária.

Já no modelo difuso, a Suprema Corte norte-americana integra o Poder Judiciário, sendo seu órgão de cúpula. Seus *justices*, indicados pelo Presidente da República, após aprovação do Senado, ocupam cargo vitalício e podem escolher discricionariamente os casos concretos que seu colegiado irá apreciar, embora tal possibilidade não estivesse prevista originalmente.

1.5 Discricionariedade e grau de pureza

No modelo norte-americano, por meio do *writ of certiorary*⁶³ os ministros da Suprema Corte podem abster-se, optando por não decidir uma questão demasiadamente polêmica, que por ventura desgastasse a imagem do tribunal. Neste desenho é possível uma atuação notadamente mais moderada da corte, uma vez que o órgão não está obrigado a decidir as causas em que é provocado. A abstenção da Suprema Corte não representa ausência de decisão do caso, tampouco ausência de controle de constitucionalidade⁶⁴, uma vez que a questão já foi conhecida e decidida na justiça ordinária, incluindo as Supremas Cortes estaduais⁶⁵.

Já no modelo concentrado típico, a corte deve responder quando lhe for questionada a validade de uma norma em abstrato, pois trata de sua competência exclusiva. O tribunal deve dar uma resposta à provocação, uma vez que é o único órgão investido do poder de fazê-lo⁶⁶. Neste modelo, a omissão da corte representaria ausência de controle de constitucionalidade.

Grande parte das cortes constitucionais européias cumulam funções outras não diretamente relacionadas ao *judicial review*. Dependendo do país tais cortes podem funcionar

⁶² *Idem*, p. 03

⁶³ Propicia uma jurisdição discricionária.

⁶⁴ COMELLA, 2004, p. 09.

⁶⁵ Os Estados Unidos da América são uma federação, sendo que cada um de seus cinquenta estados possui ao menos uma Suprema Corte, que funciona como corte de cassação de decisões proferidas pelos juizes em matéria de lei estadual.

⁶⁶ COMELLA, 2004, p. 09.

como órgão de fiscalização em matéria eleitoral; corte de cassação para causas que tratem de direitos fundamentais ou, ainda, como foro por prerrogativa de função de algumas autoridades.

É possível, portanto, em alguns ordenamentos, como no caso da Alemanha e Espanha a corte ser provocada para decidir um caso concreto, tal como no modelo difuso, desde que haja violação a direito fundamental⁶⁷. No caso desses países, a jurisdição constitucional discricionária, característica marcante do modelo difuso norte-americano, pode ser observada, quando a corte se comporta como instância revisora.

Nesses casos, assim como na América, a ausência de manifestação do tribunal não representa omissão na jurisdição, uma vez que a lide já foi julgada pelas instâncias inferiores. É possível, desta forma, uma margem para jurisdição discricionária no modelo concentrado europeu, flexibilizando a estrutura dualista. Nestes casos a corte constitucional se converte em verdadeira corte de cassação, afastando-se sensivelmente do modelo kelseniano puro⁶⁸.

Neste sentido o constitucionalista espanhol Victor Ferreres Comella trata do “grau de pureza”⁶⁹ dentro do modelo concentrado: quanto mais competências além da função de controle de constitucionalidade um tribunal constitucional europeu possui, menos “puro” ele o é. Contudo, se as funções do tribunal consistem basicamente em exercer o controle concentrado abstrato de constitucionalidade, mais próximo esse tribunal está da concepção original de Hans Kelsen⁷⁰.

Do ponto de vista da “pureza”, Ferreres Comella classifica os tribunais constitucionais europeus em três grupos principais⁷¹. Em um primeiro grupo de países, a função do tribunal é unicamente exercer o controle concentrado de constitucionalidade; é o caso, por exemplo, de Bélgica e Luxemburgo. Em um segundo grupo, o tribunal constitucional concentra outras competências, mas sua função principal ainda é o controle concentrado de constitucionalidade; é o caso, por exemplo, de França e Itália. Existiria ainda, um terceiro grupo, no qual o tribunal concentra outras competências de modo que o controle concentrado de constitucionalidade não é o seu maior volume de trabalho; trata-se do caso de países como Alemanha, Espanha, Áustria e Portugal.

A forma de acesso às decisões da corte constitucional também apresenta variações dentro do sistema europeu. Todas as cortes que adotam o modelo concentrado podem ser

⁶⁷ Na Espanha, o *recurso de amparo*, foi introduzido em 1958. Mecanismos similares também existem em países da Europa Oriental como na Polônia. GARLICKI, 2007.

⁶⁸ COMELLA, 2004, p. 09.

⁶⁹ *Idem*, p. 04.

⁷⁰ *Idem* p. 04.

⁷¹ *Idem*, p. 04.

provocadas por meio de um grupo seletivo de legitimados ativos que questionam a constitucionalidade de uma norma em abstrato. Tais legitimados compõem os altos quadros da administração pública, como por exemplo o Presidente da República e o Primeiro-ministro.

Alguns países na Europa admitem um “incidente de inconstitucionalidade” no qual um juiz, enquanto conhece de um caso concreto, se depara com uma lei cuja constitucionalidade suscita dúvida. O caso então é suspenso no âmbito do Poder Judiciário e encaminhado para o órgão que detém o monopólio da declaração de inconstitucionalidade – o tribunal constitucional. Após a corte manifestar-se pela constitucionalidade ou não da norma o caso é devolvido à Justiça que o decide no mérito⁷².

Com a introdução das cortes constitucionais na Europa, o monopólio da declaração de inconstitucionalidade passou a conviver com as supremas cortes já estabelecidas, órgãos de cúpula do Poder Judiciário, que funcionam como tribunais de cassação. A introdução de cortes constitucionais trouxe certa turbulência e, para alguns autores, a ocorrência de atritos seria inevitável, especialmente pela dificuldade de separação rígida de matérias constitucionais de não constitucionais⁷³. Algum nível de controvérsia entre as cortes constitucionais e as supremas cortes são um componente inevitável do modelo de controle concentrado.

1.6 Exposição e Fragilidade

Ao contrário do que ocorre no modelo norte-americano, as questões discutidas nas cortes constitucionais europeias tendem a ter uma potencial maior visibilidade política e social. Como são instituições especialmente criadas para declarar a inconstitucionalidade de uma norma, as mesmas devem obrigatoriamente abraçar um determinado posicionamento em uma eventual controvérsia, ainda que abstrata⁷⁴.

O tribunal constitucional é a primeira – e última – instância política a declarar a inconstitucionalidade de uma referida norma em abstrato. Como é a única instituição a exercer a declaração de inconstitucionalidade, a corte concentra a atenção da opinião pública e dos demais atores, incluindo os poderes legislativo e executivo, os partidos políticos e demais grupos de pressão⁷⁵.

⁷² COMELLA, 2004.

⁷³ GARLICKI, 2007.

⁷⁴ COMELLA, 2004.

⁷⁵ *Idem*, 2004, p. 17.

Na América, contudo, o controle difuso pulveriza a atenção sobre o *judicial review* entre os demais órgãos do judiciário. Neste modelo, a controvérsia sobre uma norma é decidida em última instância pela Suprema Corte, após um debate prévio sobre uma questão já possivelmente madura, delimitada em um caso concreto, oferecendo, portanto, um potencial menor grau de apelo político, midiático⁷⁶ e, portanto, de contestação.

O controle de normas em abstrato, típico dos países europeus, permite uma análise mais profunda, sob diversos ângulos e consequências que o controle concreto tende a reduzir sensivelmente, por conferir à Suprema Corte a faculdade de decidir apenas conforme os contornos delimitados pelo caso concreto. Neste sentido, a potencial margem de amplidão decisória conferida aos tribunais no modelo europeu é maior, aumentando seu alcance e, conseqüentemente, controvérsias.

Como são compelidas a responderem a provocação do grupo de legitimados, no modelo kelseniano as cortes constitucionais tendem a terem uma menor margem para elaborarem sua própria agenda do que no modelo americano. Isso contribui para que o controle concentrado seja mais vulnerável à pressões externas do que o difuso, que apresenta jurisdição discricionária⁷⁷.

Conforme aponta Ferreres Comella⁷⁸, a maior vulnerabilidade das cortes constitucionais decorre de sua própria configuração institucional. Tal vulnerabilidade está relacionada ao fato de que as decisões do tribunal constitucional possuem um potencial de produzir controvérsias e resistências maior do que no modelo norte-americano, que apresenta melhores condições de sua Suprema Corte se auto-preservar e, portanto, fortalecer sua autoridade decisória.

A maior fragilidade do modelo europeu, que decorre essencialmente de sua estrutura dualista, implica na necessidade da adoção de medidas que tornem as cortes constitucionais menos suscetíveis à ataques externos. Conforme apontou Kelsen, os tribunais constitucionais devem ter sua existência garantida na Constituição, não podendo ser abolidos pela vontade dos demais poderes.

Uma forma de “proteger” o tribunal é reduzir o impacto de sua estrutura dualista e permitir competências ligadas ao judiciário⁷⁹. Desta forma, o tribunal poderia aproveitar a legitimidade e prestígio de suas decisões, quando se comporta como órgão essencialmente jurisdicional, para quando tiver de decidir questões políticas de caráter altamente controverso.

⁷⁶ COMELLA, 2004, p. 18.

⁷⁷ *Idem*, p. 20.

⁷⁸ *Idem*, p. 19.

⁷⁹ *Idem*, p. 19.

O específico poder confiado aos tribunais constitucionais implica na necessidade dos mesmos buscarem se auto-legitimarem, afirmando sua autoridade. Tais cortes possuem menos incentivos para adotarem uma posição de deferência em relação à legislação confrontada do que no modelo difuso pois, no modelo americano, tanto as instâncias iniciais quanto a Suprema Corte terão sua existência garantida, uma vez que a função jurisdicional é sua função principal. No controle difuso os órgãos judiciais não precisam ter sua legitimidade e existência afirmada. Já no controle concentrado o tribunal constitucional não pode permanecer demasiadamente inerte ou deferente, sob pena de ter sua razão de ser institucional questionada⁸⁰.

Conforme Ferreres Comella aponta, a principal consequência da opção pelo modelo de tribunal constitucional é a introdução, na esfera da decisão política, de um vetor político em direção a um ativismo. Um órgão investido do poder de declarar uma norma inconstitucional de modo exclusivo é um órgão privilegiado e passível de implementar, em concreto, direitos e obrigações previstos de modo genérico no texto constitucional. Seu desenho institucional propicia que tais cortes assumam um papel político de relevo assim como os poderes executivo e legislativo. Estabelecer o controle de constitucionalidade é criar um órgão que irá indicar em que direção a constituição e o direito irão caminhar.

2. Ruptura x Reforma: O desenho institucional do Supremo na Constituinte de 87-88

Entre 1987-1988, a Assembléia Nacional Constituinte – ANCre escreveu a estrutura e a organização do Estado Brasileiro, incluindo o Poder Judiciário e seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal. Após mais de duas décadas de um período autoritário, o Brasil ganhava uma nova e democrática constituição, elaborada por agentes que representavam tanto lideranças progressistas ou reformistas, que combateram o regime militar, quanto forças conservadoras, que apoiaram e serviram de sustentáculo ao regime que se dissolvia.

A elaboração de uma nova constituição foi uma oportunidade histórica singular de redesenhar as competências e atribuições das instituições estatais. Como parte de um processo democrático, as divergências entre os partidos e grupos distintos tornaram-se evidentes inclusive quanto ao papel que o STF pós-88 deveria desempenhar. O texto final da Constituição de 1988 foi produto de embates e negociações não somente entre os agentes

⁸⁰ COMELLA, 2004.

partidários e parlamentares, como também entre os ministros do Supremo que lá estavam e foram indicados pelo regime anterior.

Segundo Andrei Koerner e Lígia Barros de Freitas os ministros do Supremo “(...) foram importantes atores, construindo alianças com os parlamentares de centro e centro-direita, para que apoiassem a preservação do tribunal”⁸¹. Buscaram, portanto, evitar a aprovação de propostas que alterariam substancialmente a estrutura da corte. Assim como houve embate entre os que defendiam o parlamentarismo em oposição ao presidencialismo, ocorreu o confronto entre os modelos híbrido, então vigente, e europeu de controle de constitucionalidade.

A primeira questão envolvendo a opção política pela manutenção do STF tanto como Tribunal de Suprema Instância quanto como Corte Constitucional, passou pelos limites e alcances que a própria Assembléia Nacional Constituinte teria. Nos anos anteriores à instalação da ANC (1984-1986) não havia um consenso entre os atores políticos.

Ocorre que a Assembléia foi convocada por meio da Emenda Constitucional nº 26, de 1985, alterando a Constituição de 1967. De acordo com Koerner e Freitas havia uma polarização quanto à natureza e, conseqüentemente, extensão dos poderes do Poder Constituinte. Os grupos mais conservadores defendiam “emendas de revisão” à Constituição de 1967. Já os progressistas pretendiam uma assembléia soberana e exclusiva, evidenciando verdadeira ruptura com a Constituição anterior⁸².

Segundo os referidos autores, os ministros do Supremo Tribunal Federal alinhavam-se aos grupos conservadores, e pretendiam evitar que a Corte passasse por mudanças mais profundas: “Na sessão de instalação da ANC, o presidente do STF, Moreira Alves, adotou a perspectiva da continuidade, que vinculava juridicamente a Constituinte à ordem vigente”⁸³. Aos ministros do Supremo interessava uma transição moderada, preservando as competências da corte, de modo a manter o modelo tal como estava.

No texto final da Constituição, lograram vitórias as posições de direita, como por exemplo, a manutenção das competências vigentes, e também de centro, como a ampliação de alguns dos poderes do tribunal. Tal resultado restou por estar mais alinhado às forças conservadoras, que estavam em sintonia com as posições dos próprios ministros do Supremo, da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e da Presidência da República. Conforme

⁸¹ KOERNER & FREITAS, 2013, p. 163.

⁸² *Idem*, p. 144.

⁸³ *Idem*, p. 148.

aponta Diego Werneck Arguelhes⁸⁴, a transição que a Constituinte representou entre o período militar e a redemocratização foi marcada pela continuidade, de modo que não houveram grandes rupturas, apesar da polarização durante o processo constituinte.

O Presidente da República, José Sarney, os ministros do STF e a maioria dos parlamentares constituintes eram egressos ou tinham estreitas ligações com o regime autoritário. Os grupos de centro-direita eram numericamente majoritários na Assembléia, com relevante número de ex-arenistas compondo inclusive os quadros do PMDB, que historicamente havia sido o partido de oposição formal ao regime.

Embora a Constituição de 1988 tenha forte carga social e progressista, notadamente quanto aos direitos e garantias fundamentais, as características essenciais do STF não foram alteradas, refletindo verdadeira vitória dos grupos de centro e direita. Destaca-se, contudo, que a manutenção do modelo híbrido de controle de constitucionalidade não foi tema pacífico ou isento de discussões quanto à introdução de novos modelos de tribunal constitucional. Foram formuladas diferentes propostas de reforma, algumas delas com adesão expressiva, mesmo de fato não se concretizando.

2.1 Corte Suprema e Constitucional

José Afonso da Silva foi um dos proeminentes juristas a defender a criação de uma corte constitucional no Brasil no contexto da ANC. Ainda em 1985, o jurista publica um artigo no qual critica o modelo brasileiro e traz justificativas para a adoção do modelo europeu⁸⁵. Segundo o autor, o modelo de controle concentrado era o melhor desenho para garantir o equilíbrio entre os poderes, de modo a favorecer o Estado Democrático. O jurista indicou uma preocupação com os Poderes Legislativo e Executivo destacando “(...) a recente experiência brasileira de um legislador arbitrário, autoritário, que, mediante leis e atos institucionais, realizava injustiças sistemáticas.”⁸⁶

Segundo Silva, o modelo europeu favoreceria o combate à arbitrariedades, criando um órgão fiscalizador das garantias constitucionais. Defendeu a previsão de uma Ação Direta de

⁸⁴ ARGUELHES, 2014, p. 92.

⁸⁵ Neste sentido: “Há atualmente um intenso movimento científico em torno da jurisdição constitucional, mormente na América Latina, buscando novos rumos no sentido de reformular o sistema existente, numa tendência muito nítida, inclusive entre nós (...) para o sistema de controle concentrado, que pressupõe o encaminhamento da questão da criação de Cortes Constitucionais, por entender que elas exercem hoje papel de verdadeiro equilíbrio entre os demais poderes, uma espécie de *poder moderador*, atualizado e sem predomínio”⁸⁵ SILVA, 1985, p. 520.

⁸⁶ *Idem*, p. 521.

Inconstitucionalidade e a ampliação dos legitimados ativos para provocarem a jurisdição constitucional⁸⁷. Neste sentido, destacamos:

“A jurisdição constitucional, assim compreendida, configura um dos pressupostos do Estado contemporâneo, destinada a realizar um contrapeso efetivo entre um Poder Executivo cada vez mais hegemônico e um Poder Legislativo que mantém sua estrutura e funcionamento ambíguos por não ter-se adequado devidamente ao novo tipo de Estado. Não significa que a jurisdição se converta num poder superior aos outros Poderes estatais; que menoscabe o princípio da divisão de poderes; ao contrário, pela natureza específica de sua função ela será o instrumento mais apto para a garantia e a proteção dos direitos humanos e será também o melhor instrumento de controle e de tutela para o funcionamento democrático dos demais Poderes do Estado”⁸⁸

“Essas são as bases e fundamentos que nos animam e nos impulsionam a sustentar, não apenas a conveniência, mas a inarredável necessidade de a nova Constituição instituir uma Corte ou Tribunal Constitucional, (...) com a coragem que terá a soberania da Assembléia Constituinte de romper com sistemas fracassados, afastando resistências, interesses e vaidades de pessoas e grupos, numa reformulação destemida da organização judiciária do País (...)”⁸⁹

Por sua vez, em julho de 1987, o ministro do STF Oscar Dias Corrêa escreveu um livro no qual atacou as propostas reformistas que eram discutidas na ANC, e defendeu a manutenção do modelo híbrido:

“A opinião favorável à criação de uma Corte Constitucional no Brasil é fruto de dois equívocos: o desconhecimento da atuação do STF e a equivocada avaliação de desempenho das Cortes Constitucionais européias (...) O STF sempre exerceu sua missão jurídico-política com elevação, dignidade e discrição. Sua própria composição de juízes, advogados, profissionais, parlamentares o assegurou sempre, com o respeito da Nação (...) Execercendo os controles difuso e concentrado, e ainda com a representação para interpretação, mais o *habeas corpus*, o mandado de segurança e a ação popular, o STF cobre, com exatidão, toda competência constitucional da jurisdição (...) O provimento vitalício dos juízes do STF é menos sujeito a riscos do que o mandato temporário, não renovável, e mais favorável à independência, assegurando a continuidade jurisprudencial (...) Os projetos apresentados à Assembléia Nacional Constituinte, desfigurando (ou extinguindo) o STF esquecem ou desprezam quase um século de tradição de serenidade, rigor e dignidade, em troca de sistemas ainda não aprovados pela

⁸⁷ Neste sentido: “Daí a necessidade de a futura Assembléia Nacional Constituinte [adotar] uma Corte Constitucional, com função de jurisdição constitucional concentrada, que funcione sob a base da doutrina (...) da supremacia das normas constitucionais, que seja exercida por via de ação direta de inconstitucionalidade, atribuindo-se legitimação para intentá-la não só ao Procurador-Geral da República, mas também aos Presidentes das Casas do Congresso Nacional, aos Governos Estaduais, aos Partidos Políticos, ao Presidente da Ordem dos Advogados, a qualquer cidadão (...). Reconhecida ainda a força geral e *erga omnes* das decisões da Corte.” *Idem*, p. 522.

⁸⁸ SILVA, 1985, p. 523.

⁸⁹ *Idem*, 1985, p. 524.

experiência de outras Cortes e são, sem dúvida, inferiores ao que existe, na realidade, entre nós”⁹⁰

Para o referido jurista, o modelo então vigente estava sendo subestimado pelos partidários do modelo europeu, que por sua vez estava sendo “supervalorizado”, pois alguns tribunais contavam como poucos anos de implantação, como na caso da Espanha⁹¹.

A estrutura do Supremo, seus instrumentos de atuação e os legitimados para provocarem o controle de constitucionalidade das normas, bem como os critérios de escolha e o tempo de permanência dos ministros, foram os temas mais relevantes em discussão na ANC sobre o STF.

O Anteprojeto Constitucional da Comissão Afonso Arinos⁹² (1986) mantinha o Supremo com suas múltiplas atribuições, desempenhando tanto o controle difuso quanto concentrado. Ainda nesse momento, pré-ANC, os ministros da Corte enviaram “sugestões” à Comissão, que foram publicadas em jornais de grande circulação, no qual rechaçavam explicitamente a proposta de uma Corte Constitucional, evidenciando a preocupação desses atores com o futuro da instituição.⁹³

Segundo Koerner e Freitas, durante o processo constituinte, foram formuladas três propostas principais quanto à estrutura do Supremo⁹⁴: (i) tribunal constitucional, nos moldes europeus; (ii) seção especializada em matéria constitucional, dentro do próprio STF e (iii) manutenção do modelo híbrido, combinando os controle difuso e concentrado de constitucionalidade.

A primeira proposta previa a criação de um Tribunal das Garantias Constitucionais e a conversão do STF em Tribunal Superior de Justiça, incumbido de competências não propriamente constitucionais. A corte constitucional seria um tribunal autônomo exclusivamente voltado para questões do controle concentrado e contaria com ministros temporários “(...) escolhidos pelo Congresso Nacional, ou pelos três poderes da República.”⁹⁵

⁹⁰ CORRÊA, 1987, pp. 145-146.

⁹¹ Neste sentido: “A nós, francamente, e repetimos, nos parece que essa criação significa apenas o desconhecimento da atuação do Supremo Tribunal Federal, nesses quase cem anos de sua história, só equipar’[avel ao desconhecimento da atuação, ainda inicial, das Cortes Constitucionais européias, algumas como a espanhola, com poucos anos d existência. Esquece-se nossa tradição de controle de constitucionalidade que aqueles povos não usufruíam. E tenta-se substituir um órgão constitucional dessa tradição de dignidade e trabalho por um órgão que se pretende político e que acabaria sendo político-partidário, com toda a sorte de consequências que se podem prever em um país como o Brasil”. CORRÊA, 1987, pp. 110.

⁹² Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>. Acesso em 01/04/2015.

⁹³ ARGUELHES, 2014, p. 80.

⁹⁴ KOERNER & FREITAS, 2013, p. 164.

⁹⁵ *Idem*, p. 164.

A previsão de mandato fixo aos ministros, bem como a indicação dos mesmos pelos três poderes seria retomada anos mais tarde em diferentes propostas de emendas à constituição.

Uma segunda propositura que ganhou notoriedade foi a criação de uma seção especializada no âmbito do Supremo para “conhecer as questões constitucionais, composta por ministros temporários”, mantendo a competência recursal da Corte para unificar a legislação federal, com ministros vitalícios⁹⁶: “A seção seria formada por oito ministros, indicados em igual número pelo Executivo e Legislativo Federal. Haveria outros onze ministros vitalícios, indicados pelo presidente da República”.

Sobre essa proposta comentou Oscar Dias Corrêa:

“O Supremo Tribunal Federal que previa compunha-se de dezenove ministros, sendo onze vitalícios e oito com mandato de doze anos, aprovados pelo Congresso Nacional, em audiência pública de arguição. Os ministros vitalícios seriam indicados pelo Presidente da República, reservando-se quatro vagas para membros da magistratura; os oito Ministros com mandato seriam renovados, por metade, a cada seis anos, vedada a recondução, e constituiriam a Seção Constitucional do Tribunal, juntamente com mais quatro dos vitalícios, indicados pela Seção Especial (a outra Seção) do Tribunal”⁹⁷

Tal proposta representaria um “caminho do meio” mas já se mostraria notavelmente diferente do modelo norte-americano com o qual o STF era até então bastante assemelhado. Corrêa comentou ainda que nesse modelo havia uma divisão incoerente de competências entre o Tribunal Pleno, a Seção Constitucional e a Seção Especial, ambas tratando de questões tipicamente constitucionais⁹⁸: “O resultado é que, a prevalecer essa distribuição de competências, feita sem obediência a critério lógico e jurídico, a Corte começaria sob maus prenúncios (...) O que autoriza a conclusão de que, (...) o sistema proposto apresentava vários e sérios inconvenientes em face do atual”⁹⁹.

A terceira proposta, que logrou vencedora, mantinha o STF como “tribunal constitucional, federal e de cassação, com ministros vitalícios”¹⁰⁰. Tal propositura estava em

⁹⁶ Esta proposta prevaleceu na Subcomissão do Poder Judiciário.

⁹⁷ CORRÊA, 1987, p. 111.

⁹⁸ Neste sentido: “Acontece, porém, que baralhava as competências, que, na divisão, acabavam por não distinguir e separar questões tipicamente constitucionais das outras. Ou quando, balburdiava, na divisão entre duas as duas Seções e o Pleno, as competências. Assim, matérias da maior importância, que deveriam ser do Pleno (e hoje são), como a matéria constitucional propriamente dita – a começar das representações (por inconstitucionalidade, para interpretação e por omissão – que criou) ficavam de fora na Seção Constitucional. Enquanto outras – como o *habeas corpus* contra atos do Tribunal, por exemplo – estão na competência do Pleno.” CORRÊA, 1987, pp. 112-113.

⁹⁹ CORRÊA, 1987, pp. 113-114.

¹⁰⁰ KOERNER & FREITAS, 2013, p. 164.

sintonia com o posicionamento dos ministros do Supremo, da AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros e da Presidência da República.¹⁰¹

Os diferentes modelos foram recebidos de forma deversa nas diferentes comissões e subcomissões da ANC, tendo o modelo de corte constitucional, nos moldes europeus, prevalecido na subcomissão dos direitos políticos, dos direitos coletivos e das garantias, bem como na comissão da soberania e dos direitos e garantias do homem, evidenciando tendências consideradas progressistas¹⁰².

Entre as propostas de maior relevo, essa seria a mais drástica, rompendo com o modelo híbrido e filiando o Brasil à tradição européia. O relator da subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, Plínio de Arruda Sampaio (PT/SP), foi uma das principais lideranças favoráveis à criação de uma corte constitucional. Sampaio estava em sintonia com seu partido político e com a Ordem dos Advogados do Brasil, e pretendia inicialmente inclusive discutir a possibilidade de aposentadoria compulsória dos ministros indicados pelo regime anterior, evidenciando verdadeira ruptura na ordem constitucional.

A necessidade de aposentadoria compulsória dos ministros do STF indicados pelo regime militar pode ser entendida como parte da remoção de um “entulho autoritário”, incompatível com o novo destino político e institucional que o país abraçava, em seu reencontro com a democracia. Ministros cuja atuação destoavam dos novos direitos e garantias previstos na nova Carta Política poderiam frustrar as expectativas depositadas na Constituição, retardando seus efeitos por conta de um Supremo deveras “atrasado”.¹⁰³

De fato, o ambicioso projeto empreendido pelos constituintes como um todo deveria contar com o máximo de esforços para ser implementado, incluindo a participação do Poder Judiciário, e em especial do (novo?) Supremo Tribunal Federal.

Conforme aponta Diego Werneck Arguelhes¹⁰⁴, durante a ANC os ministros do Supremo evitaram cultivar uma imagem de si próprios como conservadores ou progressistas, buscando distanciarem-se de identificações partidárias. Preferiram ser percebidos pela opinião pública como parte da centenária instituição estatal Supremo Tribunal Federal, e não sujeitos a serviço de ideologias políticas ou governamentais.

¹⁰¹ *Idem*, p. 164.

¹⁰² *Idem*, p. 164.

¹⁰³ ARGUELHES, 2014, p. 77, citando “Comissão de Organização e Sistema de Governo – Subcomissão do Poder Judiciário. Minutes of the 7th ordinary meeting, May 13, 1987, p.162”.

¹⁰⁴ ARGUELHES, 2014, p. 79.

Neste sentido, preservar os ministros indicados pelo governo militar seria preservar a instituição como um todo e o prestígio e compromisso que ela representaria perante a sociedade brasileira e não com o regime anterior.

Os argumentos para a manutenção do regime híbrido estavam centrados na “tradição de continuidade” do Supremo. De fato, desde a sua criação, com o advento da República, o STF permaneceu como órgão de cúpula do Poder Judiciário no Brasil, sobrevivendo aos regimes autoritários militares e do Estado Novo. Contudo, a longevidade do Supremo Tribunal deve-se também à capacidade de adaptação dos ministros ao Poder Executivo, bem como às mudanças nas Constituições, que adequavam o direito e as instituições estatais ao então novo regime.

A opção pela continuidade representaria uma “transição com responsabilidade”, de modo a fortalecer a instituição frente aos novos desafios que o país enfrentaria com a nova Constituição. Independentemente da preferência política ou ideológica dos ministros, durante a ANC os mesmos atuaram em prol da instituição, em um *lobby* pela manutenção do Supremo tal como estava¹⁰⁵. Assim como outros grupos de interesse, os ministros se fizeram presentes e lograram vitoriosos.

A proposta encabeçada por Sampaio de criação de um tribunal constitucional no Brasil foi bastante criticada pelos ministros¹⁰⁶. Os ataques reforçavam a longevidade do STF, a respeitável histórica tradição de defesa dos direitos fundamentais e a desnecessidade da “importação de modelos estrangeiros”. O prestígio alcançado pela instituição nesses cem anos não justificariam os riscos da experiência da adoção de uma novasistemática.

Apesar do êxito inicial, na própria subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, após diversas emendas, a segunda proposta, que defendia a criação de uma seção especializada, dentro do Supremo, defendida por Michel Temer (PMDB/SP), logrou vitoriosa: “A subcomissão aprovou a proposta, derrotando as emendas pela manutenção do STF (14 votos a 5) ou a criação do tribunal constitucional (18 votos a 1).”¹⁰⁷

Em fases mais avançadas do processo constituinte, já na Comissão de Sistematização, conforme consta nos Anais da Constituinte¹⁰⁸, o deputado constituinte Nelson Jobim voltou a examinar a estrutura do Supremo e ofereceu proposta pela ‘*não vitaliciedade dos*

¹⁰⁵ ARGUELHES, 2014, p. 80.

¹⁰⁶ *Idem*, p. 81.

¹⁰⁷ KOERNER & FREITAS, 2013, p. 165.

¹⁰⁸ Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente pp. 1796-1797. Acesso em 10 de maio de 2015.

ministros’ e pela ‘*indicação de sua composição através dos três poderes*’. Ambas as indicações passariam, em audiência pública, pelo crivo do Senado.

Argumentou o então deputado que os mandatos vitalícios seguiam a típica estrutura norte-americana, própria do controle difuso de constitucionalidade. Contudo, com a adoção do modelo híbrido no Brasil, a partir de 1965, com a Emenda Constitucional nº 16, passou-se a conviver o controle concentrado de constitucionalidade com ministros vitalícios, ignorando o modelo kelseniano, que prevê o cumprimento de mandatos. Nesta perspectiva, a existência de mandatos vitalícios seria um erro, que deveria ser corrigido.

Para Jobim, a diferença entre os controles difuso e concentrado de constitucionalidade justificaria a previsão de mandatos, conforme a tradição européia. O controle concentrado em uma corte especializada implicaria a necessidade de maior renovação nos quadros de seus membros.

Em posição adversária, na mesma sessão, o constituinte José Ignácio Ferreira argumentou por uma tradição própria do STF, pela existência de um perfil e identidade autônomos em relação à Suprema Corte norte-americana e que pouco tinha em comum com os ‘*recém-implantados*’ tribunais europeus de fontes kelsenianas. Neste sentido, o modelo híbrido brasileiro teria seguido um próprio caminho, não havendo a necessidade de reforma tendo por bases experiências estrangeiras.

A ampliação do número de legitimados para provocação do controle concentrado foi tema de notável inovação da Constituição de 1988. Os ministros do Supremo e a Presidência da República defendiam a exclusividade do Procurador-geral da República como único legitimado ativo¹⁰⁹. De outro lado, a AMB e a OAB defendiam a ampliação, inclusive para qualquer cidadão. As forças mais conservadoras alertavam para os perigos de uma sobrecarga do STF por conta de uma maior facilidade de acesso à corte.

Neste ponto, o conservadorismo não era amplamente majoritário, uma vez que mesmo “*constituintes favoráveis ao continuísmo do STF apoiaram a ampliação parcial da legitimidade ativa*”¹¹⁰. Isso se refletiu no texto final aprovado. A ampliação dos legitimados para provocação do controle concentrado pode ser considerada uma das inovações mais relevantes da Constituição de 1988, uma vez que tornou a propositura de ações do controle mais democrática.

¹⁰⁹ Neste sentido: “(...) em audiência pública o Ministro da Justiça Paulo Bossard, alertou para os perigos de sobrecarregar o STF com fácil acesso a uma ação sem custo”. KOERNER & FREITAS, 2013, p. 165.

¹¹⁰ *Idem*, p. 165.

Apesar da manutenção da estrutura do STF sem rupturas, destaca-se que a proposta de corte constitucional teve considerável apoio de parte dos constituintes, além de iminentes juristas. Contudo, conforme aponta Diego Werneck Argueles¹¹¹, o fracasso da criação de um tribunal constitucional se deu em parte pela atuação dos ministros do Supremo, indicados pelo regime anterior.

Ressalta-se, entretanto, que a vitória dos ministros do Supremo na ANC, pela manutenção do STF tal como o era, não pode ser explicada unicamente por conta do sucesso de seu *lobby* perante a opinião pública, junto aos meios de comunicação de massa¹¹². O Supremo foi influente na Constituinte também por conta de sua atuação como órgão julgador das deliberações da mesma, no qual em tese exerceria sobre ela um peculiar controle de constitucionalidade.

Em verdade o Supremo não apreciou grandes controvérsias a respeito das decisões da ANC, mas foi usado perante a opinião pública a respeito de tal possibilidade tanto na questão envolvendo os limites dos poderes da Assembléia quanto na crise sobre a possibilidade de redução do mandato do presidente Sarney. Em ambos os episódios os ministros do Supremo se mostraram favoráveis às teses conservadoras.¹¹³

Por conta das peculiaridades do processo constituinte brasileiro, convocado por emenda à Constituição vigente, segundo os agentes mais conservadores, existia a possibilidade singular de que o STF apreciasse e dirimisse conflitos no âmbito da ANC. Conforme Koerner e Freitas, as doze ações ingressadas e efetivamente decididas pelo Supremo foram poucas significativas, no entanto “(...) elas trazem indicações importantes sobre a orientação normativa dos ministros, que poderiam ser elementos para a predição, pelos sujeitos, das decisões do tribunal.”

As ameaças de se levarem as controvérsias da ANC junto ao STF contribuíram para que a nova Constituição fosse elaborada sobre essa permanente possibilidade. Seja como grupo de pressão, seja como possível “legislador negativo”, com poder de veto, os ministros do Supremo foram atores dos mais relevantes no processo constituinte.

Entendemos, portanto, que as propostas de criação de um tribunal constitucional durante a ANC tinham como objetivo reforçar a independência dos poderes, fiscalizando eventuais abusos dos poderes Executivo e Legislativo. O contexto de renovação pós-ditadura e a crescente popularidade do modelo europeu, na comunidade jurídica internacional,

¹¹¹ ARGUELHES, 2014, p. 81.

¹¹² *Idem*, p. 84.

¹¹³ KOERNER & FREITAS, 2013, p. 156.

inclusive na América Latina, ajudam a explicar a repercussão das teses favoráveis ao modelo de corte constitucional. Já quanto à manutenção do modelo vigente, acreditamos que a ruptura que o modelo europeu traria seria muito drástica e poderia comprometer a segurança das instituições.

3. A reforma do Supremo: propostas de emenda constitucional quanto à indicação e o tempo de permanência dos ministros

A partir das discussões que ocorreram na ANC, pretendemos neste tópico trazer e comentar algumas propostas atuais de reforma do STF. Segundo Virgílio Afonso da Silva, as reformas que ampliaram as competências do Supremo quanto ao controle concentrado, na Constituição de 1988, e nos anos seguintes, não conduziram a Corte a “um caminho para o modelo europeu”¹¹⁴. Segundo o autor, as classificações entre os binômios difuso e concentrado não são suficientes para caracterizar os modelos norte-americano e europeu. Neste sentido, o Brasil apresenta um STF ainda fortemente baseado no modelo norte-americano de controle de constitucionalidade:

“A evolução [do modelo híbrido brasileiro] mostra que as únicas concessões ao sistema continental europeu são a possibilidade de ações diretas de controle abstrato e algumas formas de vinculação das decisões do STF. Todo o resto - i.e., a forma de nomeação dos ministros, a sua vitaliciedade, as sessões públicas e as sustentações orais, a publicação de votos divergentes como regra e não como exceção e, sobretudo, a forma de decisão, individual e não-concatenada - continua a ser como sempre foi, ou seja, uma cópia - às vezes bem feita, às vezes mal feita - do modelo norte-americano.”

Nos anos seguintes à promulgação da CRFB de 1988 foram feitas algumas Propostas de Emendas à Constituição (PECs) que pretendem alterar os critérios de indicação dos ministros e o tempo de permanência dos mesmos, submetendo-os, por exemplo a um mandato.

Entendemos que estas são as propostas mais relevantes, um vez que foi um tema discutido na ANC e representaria uma importante inovação no Supremo sem que uma alteração muito drástica fosse feita. Ou seja, acreditamos que a mudança nos critérios de indicação dos ministros e o seu tempo de permanência na corte são propostas mais factíveis e realizáveis do que a criação de um tribunal constitucional.

¹¹⁴ SILVA, 2009.

Selecionamos a seguir certas propostas que, segundo nosso entendimento, recuperam parte dos debates travados na ANC. Neste sentido destacamos:

PEC nº 473, de 2001 ¹¹⁵	Autor: Antonio Carlos Pannuzio (PSDB/SP)
Objeto: Alterna entre o Presidente da República e o Congresso Nacional a escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal.	
Situação atual: Aguarda parecer de uma Comissão Especial. Foi aprovado requerimento para realização de uma Audiência Pública (21/05/2015).	

PEC nº 44, de 2012 ¹¹⁶	Autor: Senador Cristóvam Buarque (PDT/DF)
Objeto: Altera os critérios de indicação dos ministros, que passaria a ser prerrogativa do Senado, observando a indicações presentes em uma lista sêxtupla, convertida em lista tríplice pelo Presidente da República.	
Situação atual: Encontra-se com a Relatoria junto à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania - CCJC (15/05/2015)	

PEC nº 378, de 2014 ¹¹⁷	Autor: Zé Geraldo (PT/PA)
Objeto: Estabelece mandato de 10 anos para os ministros do STF e modifica a forma de investidura.	
Situação atual: Após arquivamento, a proposição encontra-se desarquivada (11/02/2015).	

PEC nº 03, de 2013 ¹¹⁸	Autor: Senador Fernando Collor (PTB/AL)
Objeto: Aumento numérico da composição da Corte; Estabelecimento de mandato de 15 anos aos ministros; Alteração dos critérios de indicação pelo Presidente da República.	
Situação atual: Encontra-se com a Relatoria junto à CCJC (30/04/2015)	

¹¹⁵ Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=42052> Acesso em 28 de maio de 2015.

¹¹⁶ Disponível em http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=107117 Acesso em 28 de maio de 2015.

¹¹⁷ Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=606239> Acesso em 28 de maio de 2015.

¹¹⁸ Disponível em http://www.senado.leg.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=110840 Acesso em 29 de maio de 2015.

PEC nº 17, de 2015 ¹¹⁹	Autor: Senador Blairo Maggi (PR/MT)
Objeto: Combate eventual demora excessiva, pelo Presidente da República, quanto à nomeação de ministros.	
Situação atual: Aguardando designação do Relator junto a CCJC. (04/03/2015)	

3.1 Indicação pelo Presidente da República e separação de poderes

A escolha unicamente política dos ministros, pode ser percebida negativamente como prejudicial ao ideal de independência e imparcialidade que seriam necessários especialmente à uma corte constitucional, responsável por proferir decisões no âmbito do controle concentrado. No Brasil o Presidente da República goza de ampla liberdade para nomeação dos ministros do Supremo, respeitado o critério etário de no mínimo 35 e o máximo de 65 anos, além de notável saber jurídico e reputação ilibada¹²⁰.

Ao contrário do que ocorre na Europa, não há participação direta dos demais poderes. A escolha, contudo, deve ser aprovada pela maioria absoluta do Senado Federal. Segue, portanto, sistemática bastante similar ao da Suprema Corte norte-americana, com critério de escolha essencialmente político.

Neste sentido, a alternância entre o Presidente da República e o Congresso Nacional na escolha dos ministros, conforme a PEC nº 473, de 2001, pouco contribuiria para alterar o quadro atual quanto a este ponto. Por outro lado, a composição da corte seria mais diretamente influenciada pelo Poder Legislativo do que o é atualmente, produzindo um Supremo, em tese, menos propenso a ingerências do Poder Executivo.

A aprovação da proposta supracitada não reduziria o peso da indicação política dos ministros, em detrimento de candidatos com perfil mais técnico ou acadêmico, contudo, tenderia a reduzir o impacto de eventual favorecimento do Poder Executivo, contribuindo para uma maior concretização da separação de poderes e ampliação do princípio democrático.

Um incremento na diversidade e pluralismo de ministros é outro ponto relevante que poderia reduzir a influência dos poderes executivo e legislativo na composição do Supremo. De acordo com a PEC nº 44, de 2012, os ministros seriam escolhidos por dois terços do Senado, respeitando, contudo, uma lista sêxtupla formada por: (i) dois nomes indicados pelo Ministério Público Federal, por meio do Conselho Superior do Ministério Público Federal; (ii) dois nomes indicados pelo Conselho Nacional de Justiça; (iii) um nome indicado pela Câmara

¹¹⁹ Disponível em http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=119884 Acesso em 29 de maio de 2015.

¹²⁰ Art. 101, da CRFB de 1988.

dos Deputados, por decisão do plenário da Casa, por maioria absoluta e; (iv) um nome indicado pela Ordem dos Advogados do Brasil, através de seu Conselho Federal.

A proposta é bastante inovadora ao prever que ao Presidente da República caberá formar lista tríplice, enviando-a ao Senado Federal, sendo “vedada a indicação de quem tenha, nos quatro anos anteriores, ocupado mandato eletivo no Congresso Nacional ou cargos de Procurador-Geral da República, Advogado-Geral da União ou Ministro de Estado.”¹²¹

Desta forma, conserva-se a aprovação pelo Senado Federal, e a participação do Presidente da República. Contudo, amplia-se o número de entidades ou órgãos envolvidos, conferindo eventual maior legitimidade e mobilização de diferentes lideranças jurídicas. Seria minimizado, portanto, o déficit democrático na composição do Supremo e ampliaria-se, em tese, a diversidade de perfis dos ministros escolhidos. Segundo o Senador Cristovam Buarque, autor do referida PEC:

“A excessiva personalização hoje ocorrente, representada pela escolha unipessoal do Presidente da República, propicia distorções incompatíveis com as elevadíssimas funções de guardião da Constituição Federal e juízo criminal, especializado por prerrogativa de função, de autoridades federais de áreas bastante sensíveis, exercidas pelo Tribunal que representa o ápice hierárquico do Poder Judiciário nacional¹²².”

Neste sentido, destacamos a PEC nº 378, de 2014, que além de estabelecer mandato de 10 anos para os ministros, condiciona a escolha dos mesmos a nomes constantes de listas tríplexes, incluindo indicações efetuadas “pelos órgãos colegiados das Faculdades de Direito que mantenham programa de doutorado em funcionamento há pelo menos cinco anos.”¹²³

3.2 Vitaliciedade x Cumprimento de mandatos

Outro ponto de reforma, também debatido na Assembléia Nacional Constituinte, foi a previsão de mandatos para os ministros. O impacto das decisões do tribunal, especialmente por conta das ações do controle concentrado, motivaria uma maior necessidade de renovação de seus quadros, favorecendo mudanças ou atualizações dos membros da corte em sintonia com os anseios da realidade do país.

¹²¹ Disponível em <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/113335.pdf> Acesso em 2 de junho de 2015.

¹²² Disponível em http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=107117 Acesso em 2 de junho de 2015.

¹²³ http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=623C1DCF2A5C8BE654BF AAC56EAF7F2F.proposicoesWeb2?codteor=1225911&filename=PEC+378/2014 Acesso em 2 de junho de 2015.

Reconhece-se, neste ponto, a mudança da percepção do tribunal tal como era no período pré-88, de perfil mais discreto e de decisões de menor repercussão na grande imprensa e no dia a dia da população brasileira. O Supremo conservou em essência uma estrutura de composição típica do modelo norte-americano, mas converteu-se no período pós-88 também em corte de inspiração kelseniana, com ampla ressonância na esfera social, política e econômica do país.

A PEC nº 03, de 2013, propõe uma série de inovações, incluindo o aumento numérico dos membros Tribunal, de 11 para 15 ministros e estabelece um mandato fixo de 15 anos, além de idade mínima de 45 anos para a nomeação. O aumento no número de ministros favoreceria, em uma primeira vista, a celeridade processual, tornando a prestação da jurisdição constitucional menos morosa, por conta da ampliação de sua força de trabalho, incluindo o incremento no total de assessores e demais auxiliares. A título de comparação, mencionamos o número de autoridades julgadoras e seu tempo de permanência em cortes similares pelo mundo:

País	Autoridades julgadoras	Permanência
Estados Unidos ¹²⁴	9	Sem mandato e sem limite de idade.
Alemanha ¹²⁵	16	Mandato de 12 anos, com aposentadoria compulsória aos 68 anos.
Espanha ¹²⁶	12	Mandato de 9 anos.
Portugal ¹²⁷	13	Mandato de 9 anos.
Itália ¹²⁸	15	Mandato de 9 anos.
França ¹²⁹	mínimo de 9 membros, acrescidos dos ex-Presidentes da República	Mandato de 9 anos.
Áustria ¹³⁰	14	Vitalício, com aposentadoria compulsória aos 70 anos.
Colômbia ¹³¹	9	Mandato de 8 anos.

¹²⁴ <http://www.supremecourt.gov/> Acesso em 5 de junho de 2015.

¹²⁵ <http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/index.html> Acesso em 5 de junho de 2015.

¹²⁶ <http://www.tribunalconstitucional.es/> Acesso em 5 de junho de 2015.

¹²⁷ <http://www.tribunalconstitucional.pt/> Acesso em 5 de junho de 2015.

¹²⁸ <http://www.cortecostituzionale.it/default.do> Acesso em 6 de junho de 2015.

¹²⁹ <http://www.conseil-constitutionnel.fr/> Acesso em 6 de junho de 2015.

¹³⁰ <https://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/english/index.html> Acesso em 6 de junho de 2015.

¹³¹ <http://www.cortesuprema.gov.co/> Acesso em 6 de junho de 2015.

Peru ¹³²	7	Mandato de 5 anos.
---------------------	---	--------------------

A questão quanto ao atual número de membros parece-nos menos relevante do que o tempo de permanência dos mesmos. Contudo, ressalta-se que é freqüente a ausência de alguns ministros, no caso de viagens ou doença, de modo que a vontade constitucional da presença de 11 autoridades é constantemente desrespeitada, conforme declarou recentemente o ex-ministro Ayres Brito.¹³³ Por conta de seu elevado volume de competências, especialmente em matéria recursal, o aumento do número de ministros no Supremo não se mostra absurdo.

Do ponto de vista das decisões tomadas monocraticamente, o aumento numérico de ministros seria benéfico quanto à celeridade processual. Já do ponto de vista das decisões tomadas em plenário, o ingresso de mais 4 ministros tenderia a atrasar o andamento das mesmas, dificultando o consenso. Se a busca por um Supremo o menos monocrático possível é o que concordamos, o aumento de sua composição seria mais uma adaptação patológica.¹³⁴

Ressalta-se que as decisões tomadas em plenário tendem a serem mais relevantes e alinhadas as funções precípuas que o Supremo deveria desempenhar. Neste sentido, o aumento numérico de seus membros, de modo a responder o elevado número de demandas recursais decididas monocraticamente não contribuiria para o cumprimento das funções precípuas do Tribunal¹³⁵.

Desta forma, entendemos que a necessidade da previsão de mandatos é tema que merece maior destaque. A renovação dos quadros com o estabelecimento de mandatos no Supremo está em sintonia com o princípio republicano. A alternância de poder favorece o interesse público e minimiza, em tese, o assédio ou mesmo a cristalização de interesses de grupos de pressão vinculados a determinado ministro. A mudança na composição da corte, ainda que prevista por mandatos mais longos, favorece o pluralismo de posições políticas e ideológicas, como é próprio de uma democracia e de uma sociedade tão diversa como a brasileira.

O protagonismo assumido pelo Supremo pós-88, junto às demais esferas de poder, justificaria a necessidade de ampliação de instrumentos democráticos que passam não somente pelos critérios de indicação de seus membros, mas também pela necessidade do estabelecimento do cumprimento de mandatos.

¹³² <http://www.tc.gob.pe/> Acesso em 6 de junho de 2015.

¹³³ <http://jota.info/propostas-para-evitar-a-longa-demora-na-escolha-de-um-ministro-do-stf> Acesso em 6 de junho de 2015.

¹³⁴ FALCÃO, ARGUELHES, CERDEIRA 2013.

¹³⁵ *Idem.*

A alternância periódica dos ministros poderia contribuir para uma redução de eventuais abusos cometidos por conta do longo tempo de permanência no cargo. Em um caso extremo, um ministro poderia assumir o cargo aos 35 anos, e lá permanecer até que complete 75 anos, conforme recente alteração¹³⁶, totalizando 40 anos no topo de um dos três poderes da República.

O limite de 75 anos de idade, para permanência no cargo, oferece mais incentivos ao Presidente da República indicar um ministro mais jovem, de modo a garantir sua influência na corte ainda que décadas depois desta indicação. É caso, por exemplo, do ministro Marco Aurélio Mello, indicado em 1990, aos 44 anos, e que poderá permanecer no cargo até 2021, totalizando 31 anos de permanência e o de José Antonio Dias Toffoli, nomeado em 2009, aos 42 anos, e que poderá permanecer no cargo até 2042, totalizando 33 anos no cargo.

Neste sentido, a exigência de no mínimo 45 anos de idade para indicação, conforme a PEC nº 03, de 2013, contribuiria para combater a esse fenômeno. Além disso, atenderia a percepção de que uma pessoa mais vivida teria mais maturidade para o cargo. Contudo, ressalta-se a discrepância que iria produzir se fosse mantida a exigência de idade mínima de 35 anos para ocupar o cargo de Presidente da República.

A alternância de ministros, programada por meio de prazos fixos, também reduziria as chances de um mesmo Presidente, que permanecesse 8 anos no cargo, indicasse parte considerável dos membros da Corte, gozando, em tese, de exacerbada influência. Foi o caso, por exemplo, do ex-presidente Luis Inácio Lula da Silva, que em 8 anos indicou 8 ministros¹³⁷. O próprio ex-presidente Lula já declarou ser favorável ao estabelecimento de mandatos¹³⁸. Entendemos, no entanto, que o prazo de 15 anos, conforme consta na PEC nº 03, de 2013, ainda se mostra excessivamente longo.

Por conta do recente episódio de demora pela Presidente Dilma de 8 meses para indicação um ministro¹³⁹ a discussão de reformas nesse procedimento ganhou notoriedade. Destacamos a PEC nº 17, de 2015, que estabelece prazo máximo de 90 dias para indicação pelo Presidente da República, contado da vacância, sob pena da escolha recair para o Senado Federal, em até 30 dias subsequentes.

¹³⁶Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc88.htm Acesso em 10 de junho de 2015.

¹³⁷Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/ministro/ministro.asp?periodo=stf&tipo=quadro> Acesso em 10 de junho de 2015.

¹³⁸ Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/brasil/lula-defende-mandato-para-ministros-do-stf,f96baac672571410VgnVCM4000009bcceb0aRCRD.html> Acesso em 10 de junho de 2015.

¹³⁹ Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/planalto-confirma-indicacao-do-jurista-luiz-edson-fachin-para-vaga-de-joaquim-barbosa-no-stf-15873968> Acesso em 10 de junho de 2015.

Coforme justifica o autor da proposta, a demora excessiva comprometeria o bom desempenho das atividades do Tribunal, prejudicando a efetiva tutela jurisdicional¹⁴⁰. A escolha por outro órgão subsidiariamente se mostra acertada, uma vez que o prazo máximo de 90 dias para o Presidente parece-nos razoável e combate, como no exemplo citado, a quase espera de um ano para que a composição de 11 membros seja respeitada, uma vez que a indicação do Presidente ainda deve passar pela sabatina e aprovação dos Senadores.

CONCLUSÃO

O avanço do controle de constitucionalidade é tema palpitante e em plena evolução, tanto no Brasil quanto no direito comparado. O protagonismo das cortes, sejam elas de cassação, seguindo o modelo norte-americano, sejam elas constitucionais, de premissas kelsenianas, representam importante ponto de contato e de difícil delimitação entre direito e política. As competências dessas cortes, ou seja, o seu desenho institucional, é relevante no sentido de potencializar, ou ampliar, o alcance da jurisdição constitucional e sua relação com os demais poderes. O Brasil adotou um caminho próprio e em plena transformação, cujo resultado é a atual “supremocracia”.

A pesquisa a respeito das discussões presentes na Assembléia Nacional Constituinte revelou a importância entre preferências políticas progressistas e conservadoras que naquele momento decisivo vigoravam. Acreditamos que a criação de um tribunal constitucional no Brasil acarretaria perda de poder aos demais poderes. Atualmente, o contexto de reformas do Supremo é menos polarizado entre “esquerda e direita” e não comporta mudanças radicais, afinal, a Constituição já foi escrita e pode no máximo ser pontualmente emendada.

Entendemos que os direitos e liberdades previstos na Constituição precisam de um guardião. O modelo híbrido brasileiro é vantajoso por concentrar competências em um Supremo Tribunal Federal que tem força política e jurídica o bastante para se contrapor aos demais poderes no caso de violação às garantias constitucionais. A combinação dos modelos difuso e concentrado de constitucionalidade torna o STF uma instituição robusta, verdadeira co-protagonista juntamente com os demais poderes na defesa da democracia.

Destacamos que as importantes reformas que o modelo brasileiro sofreu, como em 1999 (regulamentação da ADPF e da ADC) e 2004 (repercussão geral e súmulas vinculantes), devem ser seguidas de outras, de modo a aperfeiçoar o sistema. Ressalta-se a importância da

¹⁴⁰ Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=161088&tp=1> Acesso em 12 de junho de 2015.

busca de soluções próprias, que atendam às necessidades da realidade brasileira. Contudo, entendemos que a observação de modelos estrangeiros venha a contribuir para o enriquecimento do debate.

Acreditamos que as diferentes propostas em discussão na Assembléia Constituinte possam ser resgatadas para o debate das propostas atuais de reforma. Estamos convencidos de que a previsão de mandatos para os ministros, bem como a ampliação dos atores envolvidos na nomeação dos mesmos sejam importantes direções nas quais o Supremo deveria caminhar.

Bibliografia

ARGUELHES, Diego Werneck. Old Courts, New Beginnings: Judicial Continuity and Constitutional Transformation in Argentina and Brazil. Dissertação apresentada à Faculty of the Law of Yale University in Candidacy for the Degree of Doctor of the Science of Law, 2014.

COMELLA, Victor Ferreres. The Consequences of centralizing constitutional review in a special court. Some thoughts on judicial activism. *Texas Law Review*, Vol. 82, Issue 7, p. 1705, Junho, 2004.

CORRÊA, Oscar Dias. O Supremo Tribunal Federal, corte constitucional do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

FALCÃO, Joaquim. ARGUELHES, Diego Werneck. CERDEIRA, Pablo. O Supremo Tribunal Federal Processual. *Estudos: Direito Público. Homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Velloso*, pp 299-308, 2013.

FREITAS, Lígia Barros de. KOERNER, Andrei. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. *Lua Nova*, São Paulo, 88, pp. 141-184, 2013

GARLICKI, Lech. *Constitutional courts versus supreme courts*. Oxford University Press and New York School of Law, *I CON*, vol. 5, 1, pp. 44-68, 2007.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo* v. 251, 2009.

KELSEN, Hans. *Juridição Constitucional*. pp.237-319 e 121-186.

SENADO FEDERAL. *Anais da Assembléia Nacional Constituinte 1987/1988 (Diários da Assembléia Nacional Constituinte)*.

SILVA, José Afonso da. *Tribunais Constitucionais e Jurisdição Constitucional*. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 60/61, jan/julho, pp 495 e seguintes, 1985.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo* v. 250, 2009.

SWEET, Alec Stone. The politics of constitutional review in France and Europe. *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 5, Issue 1, pp. 69-92, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. “Supremocracia”. *Revista DIREITO GV*, v. 4, nº 2, pp. 441-464, julho/dezembro, 2008.