



2

O RETORNO DA CORTE DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL – PERSPECTIVAS E LIMITAÇÕES

Marcelo Beckhausen*

Sumário: A criação do Supremo Tribunal Federal. O embrião de um Tribunal Constitucional. O surgimento da fiscalização abstrata. O modelo misto da Carta de 1988. A abstrativização do controle difuso. A reforma da composição – breves reflexões. Bibliografia

Palavras-chave: Direito Constitucional. História Constitucional. Controle de Constitucionalidade das leis. Tribunal Constitucional.

Se o controle concentrado de constitucionalidade no país nasce em 1934, com a representação interventiva,¹ a fiscalização abstrata vai dar seus primeiros passos através de uma reforma constitucional ocorrida em 1965: a Emenda Constitucional nº 16 cria a Ação Direta de Inconstitucionalidade e instala no país uma nova função política para o Supremo Tribunal Federal, a declaração de inconstitucionalidade cujo objeto é o próprio ato normativo, e não mais uma singular relação jurídica.

A trajetória desta longa transformação pode ser pontuada com a promulgação da Constituição cidadã, disciplinando um sistema híbrido,

* Procurador Regional da República, Professor de Direito Constitucional-UNISINOS/RS, Mestre em Direito-UNISINOS/RS.

¹ No entanto, observo que “Na prática foi a representação interventiva utilizada exclusiva ou fundamentalmente como processo de controle de normas”, ou seja controle abstrato. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional. O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 64.

Revista do Ministério Público do RS	Porto Alegre	n. 68	jan. 2011 – abr. 2011	p. 15-32
-------------------------------------	--------------	-------	-----------------------	----------





Marcelo Beckhausen

de fiscalização concreta e abstrata; com a edição da Emenda nº 03, de 1993, criando a Ação Direta de Constitucionalidade, e seu efeito vinculante; e, por fim, com o coroamento do que o Ministro Gilmar Ferreira Mendes chama de “objetivação do controle difuso”, a Emenda nº 45, de 2004, criando a Súmula Vinculante e o filtro da fiscalização concreta nomeado de “repercussão geral”, atributo que um processo judicial comum precisa possuir para chegar até a última instância do sistema judicial.

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro modificou seu norte no último meio século. Se o Supremo Tribunal Federal foi concebido nos moldes norte-americanos, lá em 1891, com a primeira Constituição republicana, pode-se afirmar, perfeitamente, que o Constituinte originário de 1988² quis modificar esta estrutura, não tendo, no entanto, desenvoltura (ou fôlego) suficiente para estabelecer um único mecanismo, abandonando aos poucos o modelo tradicional, similar ao *judicial review*, através de constantes reformas constitucionais.

Pois bem, este artigo se propõe a isto: em primeiro lugar narrar a transformação de uma Corte de formato difuso em um autêntico Tribunal Constitucional, sem que a forma de composição do Supremo Tribunal Federal tenha se alterado; e, em seguida, traçar os limites de uma possível reforma desta estrutura, via emenda constitucional, ressuscitando, como hipótese deste jogo político, um projeto rejeitado durante a Constituinte que produziu a Carta de 1934. Obviamente, não pretendo esgotar nenhum dos temas, mas lançar algumas reflexões que entendo pertinentes.

1 A criação do Supremo Tribunal Federal

Através de uma legislação formada pelas ordenações portuguesas, o sistema judiciário do Brasil-colônia se estruturava a partir dos chamados Tribunais de Relação, na Bahia e, após, no Rio de Janeiro, quase no mesmo período de mudança da sede de governo, no século XVIII. A remessa dos recursos judiciais era encaminhada para a Casa de Suplicação em Lisboa, mas com a vinda da família real para o Brasil, em 1808, Dom João VI resolveu converter a Relação do Rio de Janeiro em Casa de Suplicação,³ desaguadouro de todos os processos em tramitação no país⁴ e embrião do futuro Supremo Tribunal.

² “A Constituição de 1988 alterou, de forma radical, essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema *difuso* ou *incidente*, mas ao modelo concentrado, uma vez que as questões constitucionais passam a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.” Idem. *Ibidem*. p. 80.

³ Alvará de 10 de maio de 1808.

⁴ “A composição da Casa da Suplicação, de fato, refletia a dominação portuguesa sobre a Colônia, não só nos aspectos econômico e político, mas também no cultural e intelectual. Seguiu-se a mesma racionalidade empregada para a composição dos Tribunais de Relação, exigindo-se que os magistrados fossem graduados pela Universidade de Coimbra, ostentassem certa experiência





A Constituição imperial, de 25 de março de 1824, criou o Supremo Tribunal de Justiça,⁵ descendente da Casa de Suplicação, cuja composição seria formada pelos Juízes mais antigos das Relações das Províncias. Lei de 18 de setembro de 1828, projeto de autoria de Bernardo Pereira de Vasconcelos, concretizou o preceito constitucional, criando a referida Corte, integrada por dezessete juízes e instalada em 9 de janeiro de 1829.

Não se pode afirmar que tal Tribunal tivesse qualquer função política, sendo uma corte de cassação,⁶ Tribunal recursal, no estilo europeu da época. Aliás, cumpre sinalar a inexistência de controle de Poderes face a ativa ingerência do Poder Moderador,⁷ chave de toda organização política do país, manejada pelo Imperador, restringindo qualquer possibilidade de fiscalização.⁸

e fossem de origem social específica. E de outro modo não poderia ser, uma vez que os primeiros cursos de direito somente apareceram no Brasil, conforme Wolkmer, no ano de 1827, um em São Paulo e outro em Recife, ou seja, a realidade não permitia que de outro modo se procedesse, não havendo condições materiais, pela própria imposição da Metrópole, de formação de juízes do Brasil”. SCHWARTZ, Germano e DEZORZI, Diego. *A história da Corte Suprema no Brasil: da casa da suplicação até a criação do Supremo Tribunal Federal*. Revista da AJURIS, ano 26, n. 75 (set. 1999). Porto Alegre: AJURIS, 1999. p. 104.

⁵ Relativamente à competência do Supremo Tribunal de Justiça, o art. 164 preceitua, *in verbis*:

Art. 164. A este Tribunal Compete:

I. Conceder, ou denegar Revistas nas Causas, e pela maneira, que a Lei determinar.

II. Conhecer dos delictos, e erros do Officio, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomatico, e os Presidentes das Provincias.

III. Conhecer, e decidir sobre os conflictos de jurisdição, e competencia das Relações Provinciaes.

Os Juízes eram perpétuos (art.153), mas poderiam ser suspensos pelo Imperador (art.154) e perder o cargo através de decisão judicial, art.155. O imperador nomeava Juízes e também o Presidente do Tribunal, para mandatos de três anos, podendo este ser reconduzido.

⁶ Tampouco possuía o poder de uniformizar a jurisprudência: “As velhas Ordenações do Reino davam à Casa de Suplicação a faculdade de, como se dizia, ‘tomar assentos’, unificando a enorme jurisprudência do vasto Império português. A lei que criou o Supremo Tribunal de Justiça, previsto na Constituição de 1824, porém, não lhe concedeu a mesma prerrogativa. Não houve portanto, durante largo tempo, enquanto vigorou a Constituição do Império, como veremos, um Tribunal que unificasse a jurisprudência. E o que é mais grave: como o poder de interpretação legal jamais foi exercido pelo Legislativo, a prerrogativa terminou absorvida pelo Executivo, durante todo o Império.” NOGUEIRA, Octaviano. *Constituições Brasileiras: 1824*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. p. 39

⁷ “O Poder Moderador da Carta do Império é literalmente a constitucionalização do absolutismo, se isto fora possível”. BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. P.96.

⁸ A faculdade da dissolução da Câmara, pelo Executivo, permitiu que tivéssemos, durante toda a vigência da Carta Imperial, foi utilizada treze vezes, sendo que tivemos trinta e seis gabinetes distintos, sendo frequentemente inatendido o requisito imposto pela Constituição de permitir tais intervenções, somente “nos casos em que o exigir a salvação do Estado”. O poder de decretar aposentadorias compulsórias e transferências dos magistrados, nunca possibilitou a existência de um Judiciário independente. Fonte: NOGUEIRA, Octaviano. *Constituições Brasileiras: 1824*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.





Marcelo Beckhausen

Na era republicana, a Constituição provisória, Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, cunhou o nome utilizado até os dias atuais, Supremo Tribunal Federal, sendo repetida tal denominação no ato que disciplinou a justiça federal, Decreto 828, de 11 de outubro de 1890. A Suprema Corte era composta por quinze juízes,⁹ nomeados pelo Presidente da República com posterior aprovação do Senado, sistema, aliás, que impera até os dias atuais. O modelo adotado era espelhado na Constituição norte-americana, que previa (e prevê) a escolha dos nove juízes da Suprema Corte indicados pelo Presidente dos Estados Unidos com a confirmação majoritária do Senado.

Conforme o Decreto 510 supra referido, recairia a escolha dentre trinta juízes federais mais antigos e cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado. O Decreto 914-A, de 23 de outubro de 1890, no entanto, alterou tal mecanismo, prevendo que os integrantes do Supremo Tribunal seriam nomeados pelo Presidente da República dentre cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado. O ensaio inicial, prevendo a ascensão de “juízes de carreira”, foi abandonado. Mas não se pode afirmar que a tradição constitucional brasileira sempre foi refratária a ideia de Ministros do Supremo Tribunal oriundos diretamente do Poder Judiciário.

O processo constituinte que redundou na primeira Carta republicana brasileira, no que tange ao Supremo Tribunal, foi entremeadado por discussões atinentes a composição da Corte. Conforme Schwartz e Dezorzi, “foram variadas as opiniões referentes ao modo de recrutamento dos membros do tribunal: uma corrente desejava a elevação sistemática de desembargadores ao tribunal, com contemplação de cada Estado-membro – evitando o predomínio dos mais populosos e poderosos¹⁰ –, ao passo que outra intentava que o Senado e o Poder Legislativo e tribunais estaduais elegeassem os integrantes da corte.”¹¹

No entanto, o Presidente Campos Salles defendeu a ideia que preponderava nos Decretos editados pelo governo provisório, onde o preenchimento de vagas na Suprema Corte se daria através da relação entre Executivo e Senado. É de se sublinhar, portanto, que o debate travado na constituinte era entre defensores de um alargamento de instituições que indicariam os nomes dos futuros Ministros, outro que apoiava a ascensão funcional do Poder Judiciário e um grupo, vitorioso por sinal, que pregava a implantação da matriz norte-americana, conforme já delineado nos Decretos supramencionados.

⁹ Recaindo a escolha dentre trinta juízes federais mais antigos e cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado. O Decreto 914-A, de 23 de outubro de 1890 alterou tal mecanismo, prevendo que os integrantes do Supremo Tribunal seriam nomeados pelo Presidente

¹⁰ “a preferência por magistrados recrutados dos estados mais importantes da federação foi uma constante na Primeira República, sendo que, dos 33 ministros nomeados entre 1900 e 1930, 14 eram desembargadores oriundos dos estados de São Paulo, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Bahia e Rio de Janeiro.” SCHWARTZ, Germano e DEZORZI, Diego. Op. cit. p. 113

¹¹ Idem. Ibidem. p. 111.





O Supremo é instalado, então, em 28 de fevereiro de 1891, constituindo-se de quinze juízes nomeados pelo Presidente da República, com aval do Senado Federal,¹² estendendo a vitaliciedade dos Senadores para estes Magistrados.¹³ O modelo permite a declaração de inconstitucionalidade de lei, no caso concreto, a ser proferida pelos membros do Judiciário, devendo o Supremo decidir de forma peremptória.¹⁴

¹² O presidente Floriano Peixoto, nomeou o médico Barata Ribeiro que teve assento no Supremo por quase um ano e dois generais Inocêncio Queirós e Raimundo Quadros, tendo o Senado desaprovado as nomeações. Em toda a história do STF somente foram desaprovados cinco nomes, todos no governo do Presidente Floriano Peixoto.

¹³ A seção III (“Do Poder Judiciário”) da Constituição de 1891 tratava da composição e da competência do Supremo Tribunal Federal:

Art. 55 – O Poder Judiciário, da União terá por órgãos um Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e tantos Juízes e Tribunais Federais, distribuídos pelo País, quantos o Congresso criar.

Art. 56 – O Supremo Tribunal Federal compor-se-á de quinze Juízes, nomeados na forma do art. 48, n.º 12, dentre os cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado.

Art. 57 – Os Juízes federais são vitalícios e perderão o cargo unicamente por sentença judicial.

§ 1º – Os seus vencimentos serão determinados por lei e não poderão ser diminuídos.

§ 2º – O Senado julgará os membros do Supremo Tribunal Federal nos crimes de responsabilidade, e este os Juízes federais inferiores.

Com relação a competência, dispunha o art. 59:

Art. 59 – Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I – processar e julgar originária e privativamente:

- a) o Presidente da República nos crimes comuns, e os Ministros de Estado nos casos do art. 52;
- b) os Ministros Diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade;
- c) as causas e conflitos entre a União e os Estados, ou entre estes uns com os outros;
- d) os litígios e as reclamações entre nações estrangeiras e a União ou os Estados;
- e) os conflitos dos Juízes ou Tribunais Federais entre si, ou entre estes e os dos Estados, assim como os dos Juízes e Tribunais de um Estado com Juízes e Tribunais de outro Estado.

II – julgar, em grau de recurso, as questões resolvidas pelos Juízes e Tribunais Federais, assim como as de que tratam o presente artigo, § 1º, e o art. 60;

III – rever os processos, findos, nos termos do art. 81.

§ 1º – Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

§ 2º – Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a Justiça Federal consultará a jurisprudência dos Tribunais locais, e vice-versa, as Justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos Tribunais Federais, quando houverem de interpretar leis da União.

¹⁴ Registre-se o primeiro caso de controle de constitucionalidade apreciado e julgado pelo Supremo Tribunal Federal, o famoso caso “Júpiter”:

HABEAS-CORPUS Nº 406

1º ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Vista, exposta e discutida a matéria da petição junta de habeas corpus, impetrada pelo cidadão Ruy Barbosa, em favor dos presos David Ben Obill, Francisco da Silva, Américo Amaro da Silva e outros, em número de 48, em sua generalidade cidadãos brasileiros, além de quaisquer outros,





O governo provisório, criado a partir do golpe de 1930, modificou este cenário, mantendo, no entanto, o sistema difuso de controle, com a entrada no corpo constitucional do recurso extraordinário¹⁵. O Decreto 19711, de 18 de fevereiro de 1931 aposentou compulsoriamente seis Ministros, sendo que Decreto

nas mesmas condições, todos recolhidos às fortalezas de Santa Cruz e Lage, por ordem do Presidente da República, tendo sido apresentada pelo juiz relator a preliminar da incompetência do Tribunal para tomar conhecimento dela, por ser originária, não passou por maioria de votos; em seguida apresentada pelo mesmo relator nova preliminar, por não estar a petição nos termos do art. 341 § 2º do Código do Processo, a qual igualmente não passou por maioria de votos; e finalmente sendo discutida de meritis a matéria da petição, foi concedida a ordem impetrada em prol dos sobreditos pacientes e designada a sessão do dia 9 do corrente mês às 10 horas da manhã para o comparecimento de todos os pacientes, e bem assim a apresentação das informações que o Governo entender dar, por intermédio do Ministério dos Negócios da Guerra, acerca dos motivos legais que autorizaram e obrigam a conservação deles nas prisões em que se acham. Pagas afinal as custas.

Supremo Tribunal Federal, 2 de agosto de 1893. – Freitas Henriques, Presidente. – Barros Pimentel: Vencido nas preliminares. – Aquino e Castro. – Ovidio de Loureiro, vencido. – Pereira Franco. – Faria Lemos: vencido na 2ª preliminar. Votei para que não se conhecesse da petição por não estar instruída na forma da lei. – José Hygino. – Bento Lisboa, vencido na 2ª preliminar. – Ferreira de Rezende. – Barradas, vencido quanto à 1ª preliminar. Continuo a entender que o Supremo Tribunal Federal não pode conceder habeas corpus originariamente, senão nos restritos casos, em que lhe compete julgar em única instância. Nos outros casos somente pode conhecer em grau de recurso. – Andrade Pinto: vencido na preliminar sobre o conhecimento originário do habeas corpus, por entender que a competência originária e também privativa do Supremo Tribunal Federal restringe-se aos casos enumerados no art. 59, nº 1 da Constituição da República.

Fui presente. – Sobral.

HABEAS-CORPUS Nº 406

2º ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Vistos, expostos e discutidos os presentes autos de habeas corpus, em que são pacientes David Ben Obill e outros, resolve o Supremo Tribunal Federal conceder a referida ordem de soltura em favor dos detidos, visto ser ilegal a conservação da prisão em que se acham, desde que se verifica pelos autos e pelas informações prestadas, que os fatos que lhes são imputados, não constituem crimes que os sujeitem ao foro militar.

Supremo Tribunal Federal, 9 de agosto de 1893. – Freitas Henriques, Presidente. – Barros Pimentel. – Andrade Pinto. – Aquino e Castro. – Ovidio de Loureiro. – Barradas. – Piza e Almeida. – Macedo Soares. – Faria Lemos, vencido. Votei pela continuação dos pacientes na prisão, que foi realizada por autoridade competente, por crime inafiançável e em flagrante delito, devendo, porém, ser os mesmos pacientes remetidos para o juízo competente, afim de ser-lhes ali instaurado o respectivo processo, visto não ser militar o delito cometido. – Bento Lisboa. – José Hygino. – Ferreira de Rezende. Fui presente e requisitei que, entendendo o Tribunal não estarem em vigor os dois códigos penais da marinha promulgados em novembro de 1890 e março de 1891, fossem os prisioneiros paisanos remetidos ao juiz seccional competente, visto não desconhecer o mesmo Tribunal a legalidade da prisão efetuada em flagrante delito, e atentas as disposições do art. 1º, §§ 2º e 5º, da lei nº 631 de 18 de setembro de 1851, e art. 60, letra I, da Constituição. Sobral.

¹⁵ O recurso extraordinário foi inspirado no writ of error estadunidense, estabelecido no Judiciary Act de 1789, que possibilitava a revisão pela Corte Suprema de decisões de última instância das Cortes Estaduais, em hipóteses relacionadas com a constitucionalidade de leis e com a legitimidade de normas estaduais, bem como de títulos, direitos, privilégios e isenções à luz da Constituição, dos tratados e das leis da União. No Brasil, com o advento da República e do Decreto 510, já mencionado, previa-se, em seu art. 58, § 1º, as hipóteses de cabimento do recurso contra as decisões finais das Justiças Estaduais para o STF. Com a edição do Dec. 848/1890, que organizou a Justiça Federal, previu-se o mesmo recurso para o STF. A primeira Constituição republicana manteve o





anterior do mesmo mês, do dia 03, diminuiu o número de Ministros do Supremo Tribunal Federal de quinze para onze, dividindo a Corte em turmas formadas por cinco Ministros. A Constituição do Estado Social, de 1934, encampou tal número,¹⁶ modificando o nome do Tribunal para Corte Suprema.¹⁷

Entre as inovações constitucionais estão: 1) a representação interventiva, cujo alvo eram as Leis de Intervenção Federal que, eventualmente, violassem princípios federativos; 2) a possibilidade do Senado Federal conceder eficácia *erga omnes* às decisões definitivas declaratórias de inconstitucionalidade emanadas da Suprema Corte, através da suspensão da execução da lei;¹⁸ 3) Cláusula de reserva de plenário, determinando que a inconstitucionalidade poderia ser declarada somente através do voto da maioria absoluta dos membros do Tribunais.¹⁹

2 O embrião de um Tribunal Constitucional

Entre as rejeições significativas estão os anteprojotos que consagravam o reconhecimento de nulidade da lei após uma segunda decisão declaratória de inconstitucionalidade proferida pela Suprema Corte²⁰ e impossibilidade de arguição da inconstitucionalidade de lei federal aplicada sem reclamação por mais de cinco anos.²¹

recurso, recebendo o nome “recurso extraordinário” somente no primeiro Regimento do STF, incorporado ao texto constitucional a partir de 1934.

¹⁶ Art. 73 – A Corte Suprema, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de onze Ministros.

§ 1º – Sob proposta da Corte Suprema, pode o número de Ministros ser elevado por lei até dezesseis, e, em qualquer caso, é irredutível.

§ 2º – Também, sob proposta da Corte Suprema, poderá a lei dividi-la em Câmaras ou Turmas, e distribuir entre estas ou aquelas os julgamentos dos feitos, com recurso ou não para o Tribunal Pleno, respeitado o que dispõe o art. 179.

Art. 74 – Os Ministros da Corte Suprema serão nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, dentre brasileiros natos de notável saber jurídico e reputação ilibada alistados eleitores, não devendo ter, salvo os magistrados, menos de 35, nem mais de 65 anos de idade.

¹⁷ Art. 63 – São órgãos do Poder Judiciário:

- a) a Corte Suprema;
- b) os Juízes e Tribunais federais;
- c) os Juízes e Tribunais militares;
- d) os Juízes e Tribunais eleitorais

¹⁸ Art. 91 – Compete ao Senado Federal:

[...]

IV – suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário;

¹⁹ Art. 179 – Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 27.

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n.9868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 38.





Mas um inovador anteprojeto rejeitado dizia respeito a instituição de uma Corte Constitucional, nos moldes austríacos, da lavra do Deputado Nilo Alvarenga.²² Esta Corte teria a competência privativa de conhecer da arguição de inconstitucionalidade, federal ou estadual, de leis e atos normativos, alegada por qualquer parte interessada ou pelo Ministério Público, em qualquer processo judicial. Além disso, caberia pedido de declaração de inconstitucionalidade, diretamente suscitado perante a Corte, com desiderato de anular eventual ato normativo. Seria, como refere Gilmar Mendes, a criação de uma ação popular de inconstitucionalidade.²³

Referida Corte seria composta por nove ministros (com igual número de suplentes), dois dos quais indicados pelo Supremo Tribunal Federal – que, ao que tudo indica, seria mantido como última instância do controle difuso – dois pela Assembleia Nacional (*sic*), dois pelo Presidente da República e três pelo Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros. A proposta estabelecia também um mandato para os ministros da “Corte de Justiça Constitucional”, de três anos, com expressa permissão de suas reconduções, sem fixação do número máximo destas. Os constituintes, no entanto, resolveram manter o modelo difuso.

A Constituição alcunhada polaca, de 10 de novembro de 1937, fruto de um novo golpe às instituições, nasceu em conjunto com o Estado Novo, acarretando uma série de quebras de garantias e mecanismos democráticos. Apesar de o texto constitucional manter intacto o sistema difuso, implodiu com o tradicional método judicial de fiscalização, já que o Presidente da República poderia submeter decisões judiciais declaratórias da inconstitucionalidade de atos normativos à aprovação do Parlamento, que poderia derrubar tal decisão mediante o voto de dois terços de seus membros.²⁴ Como o Chefe

²² Projeto do Deputado Nilo Alvarenga, de 20-12-1993, in *Annaes da Assembleia Nacional Constituinte*, Rio de Janeiro, 1935, pp. 33-35. O parlamentar emitiu suas razões: “Nos Estados Unidos, onde esta atribuição é conferida à Justiça comum, o controle é falho, imperfeito e incompleto. Por isso que à Justiça comum só cabe decidir das questões entre as partes, os efeitos de suas decisões se restringem ao caso *sub judice*. A lei anulada para o litigante continua a vigorar em toda sua plenitude para a coletividade. Por isso é imprescindível criar a jurisdição constitucional cometendo-a a um tribunal especial, com a função de exercer este controle, anulando as leis e atos inconstitucionais, *erga omnes*.” Idem. *Ibidem*. p. 56.

²³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. pp. 27/28.

²⁴ Art. 96 – Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

Parágrafo único – No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.





do Executivo possuía a faculdade de editar Decretos-leis,²⁵ com força de lei, acabava este Poder, diretamente, validando as leis declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte.

A Corte máxima passou novamente a se chamar Supremo Tribunal Federal, composta de onze Ministros, sendo que poderia ser ampliado tal número através de lei infraconstitucional, nomeados aqueles por indicação do Presidente da República com aprovação do Conselho Federal.²⁶ É digno de nota que o Conselho Federal, órgão que “substituiu” o Senado na Carta de 1937, era formado por membros indicados diretamente pelo Executivo (dez) e o restante (vinte) pelas Casas Legislativas estaduais.²⁷

3 O surgimento da fiscalização abstrata

Na Constituição de 1946, retomada a democracia brasileira depois de longo hiato, a composição permaneceu com seus onze Ministros, indicados pelo Executivo com aprovação da Casa Legislativa dos Estados.²⁸ A manutenção do controle difuso não impediu o surgimento da fiscalização abstrata de

²⁵ Art. 180 – Enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União.

²⁶ Art. 97 – O Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de onze Ministros.

Parágrafo único – Sob proposta do Supremo Tribunal Federal, pode o número de Ministros ser elevado por lei até dezesseis, vedada, em qualquer caso, a sua redução.

Art. 98 – Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Conselho Federal, dentre brasileiros natos de notável saber jurídico e reputação ilibada, não devendo ter menos de trinta e cinco, nem mais de cinquenta e oito anos de idade.

²⁷ Art. 38 – O Poder Legislativo é exercido pelo Parlamento Nacional com a colaboração do Conselho da Economia Nacional e do Presidente da República, daquele mediante parecer nas matérias da sua competência consultiva e deste pela iniciativa e sanção dos projetos de lei e promulgação dos decretos-leis autorizados nesta Constituição.

§ 1º – O Parlamento nacional compõe-se de duas Câmaras: a Câmara dos Deputados e o Conselho Federal.

[...]

Art. 50 – O Conselho Federal compõe-se de representantes dos Estados e dez membros nomeados pelo Presidente da República. A duração do mandato é de seis anos.

Parágrafo único – Cada Estado, pela sua Assembleia Legislativa, elegerá um representante. O Governador do Estado terá o direito de vetar o nome escolhido pela Assembleia; em caso de veto, o nome vetado só se terá por escolhido definitivamente se confirmada a eleição por dois terços de votos da totalidade dos membros da Assembleia.

²⁸ Art. 98 – O Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compor-se-á de onze Ministros. Esse número, mediante proposta do próprio Tribunal, poderá ser elevado por lei.

Art. 99 – Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre brasileiros (art. 129, n^{os} I e II), maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.





constitucionalidade. Sob a vigência de uma Constituição açoitada pelos Atos Institucionais do governo militar, de números 01, de 09 de abril de 1964, e 02, de 27 de setembro de 1965, surge a Ação Direta de Constitucionalidade, através da Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, publicada no Diário Oficial da União em 06 de dezembro do mesmo ano.²⁹ Alterou o dispositivo que disciplinava a competência da Suprema Corte, modificando a alínea “k”, do inciso I, do artigo 101, nos seguintes termos: “a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-geral da República”, este, aliás, o único legitimado para sua propositura, o que muda radicalmente com a Constituição de 1988 que amplia o rol de agentes políticos aptos a ingressar com tal ação.

Tal Emenda inaugura no Brasil a fiscalização abstrata de constitucionalidade.

Esta novidade permaneceu estampada no novo texto constitucional, de 1967, a Carta apelidada de poluída, fruto de um Poder Constituinte Congressual e editada sob a égide da violência institucional e do autoritarismo. Ela mantém, em seu artigo 113, a composição de onze Ministros, “nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre brasileiros natos, maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.”, redação esta dada pelo Ato Institucional nº 6, de 1969. A competência para processar e julgar a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, restou reproduzida no artigo 114, inciso I, alínea “l”.

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, produziu poucas alterações nesse campo. A “Constituição da Junta Militar” manteve a composição e competência do Supremo Tribunal Federal. Posteriormente, algumas inovações importantes foram acrescentadas em seu artigo 119, inciso I, como a possibilidade de medida cautelar nas representações ofertadas pelo Procurador-geral da República e a criação da discricionária ação avocatória.³⁰

²⁹ Fonte: <http://www.camara.gov.br/internet/InfDoc/novoconteudo/legislacao/república/Leis1965vVIIp361/parte-4.pdf#page=5>, pesquisado em 24 de dezembro de 2009, às 09h30.

³⁰ l) a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 7, de 1977)

[...]

o) as causas processadas perante quaisquer juízos ou Tribunais, cuja avocação deferir a pedido do Procurador-Geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido; e (Incluída pela Emenda Constitucional nº 7, de 1977)

p) o pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 7, de 1977)





4 O modelo misto da Carta de 1988

Em 1988, após a edição da Carta Cidadã, as mudanças constitucionais relativas à objetivação do controle difuso não foram percebidas num primeiro momento, na década de noventa, em virtude, também, de uma composição conservadora³¹ do Supremo Tribunal Federal,³² e que não conseguiu traduzir e concretizar as grandes novidades constitucionais. Assim, em que pese o fortalecimento da fiscalização abstrata, encartado no texto constitucional, as repercussões sobre os horizontes traçados pelo Parlamentar Originário começaram a ser percebidas somente no século XXI, a partir: de composições mais sensíveis à este novo modelo, dispostas a transformar o Supremo em Corte Constitucional; reformas constitucionais que robusteceram o sistema concentrado; e, finalmente, e mais importante, um cenário democrático mais consistente, permitindo um avanço mais profundo do Tribunal na seara da jurisdição constitucional.

No entanto, nos encontramos no limiar do esgotamento e reinvenção de um modelo, de controle difuso, e ingressando na esfera quase que exclusiva de fiscalização abstrata, tendo em vista a jurisprudência que vem tomando corpo junto ao Supremo Tribunal Federal.

E esse debate chega à tona trazendo uma grande perplexidade: ao narrar o processo histórico de formação da Corte Suprema, nos damos conta de que sua composição, especialmente no que tange à indicação de membros, não foi substancialmente alterada, permanecendo fruto da articulação entre a Casa Legislativa dos Estados e o Chefe do Executivo.

Ora, se as funções do Supremo restaram modificadas radicalmente a partir de 1988 e foram, *pari passu*, sendo reconfiguradas através de Emendas Constitucionais, nada mais imprescindível do que se iniciar um debate sério e técnico sobre uma reformulação do *modus operandi* de suas indicações, de modo a tornar um Tribunal de feição Constitucional em uma Corte mais plural e democrática.

O exemplo histórico é precioso: durante a Constituinte de 1933/34 um projeto nesses moldes ingressou no Parlamento, apontando para uma reestruturação da formação do Tribunal Supremo, transformando-o em verdadeira Corte Constitucional.

³¹ “...logo após a promulgação da Constituição de 88, havia um profundo hiato entre o campo doutrinário, que cobrava a efetivação da Constituição pela via judicial, e a jurisprudência do STF, tímida e reticente diante dos valores e das inovações da nova Carta – v.g. orientação então adotada pela Corte em relação ao mando de injunção e ao controle judicial das medidas provisórias.” SARMENTO, Daniel. “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.” in *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

³² A composição pós-88 possuía o ministro Moreira Alves, indicado pelo ex-presidente Geisel em 1975, ministros Néri da Silveira e Sydney Sanches, ambos indicados em 1984 e Octávio Galotti em 1985, todos apontados pelo ex-presidente João Figueiredo.





Marcelo Beckhausen

E o direito comparado nos fornece abundantes subsídios para emprendermos essa reflexão. Alemanha e Espanha são países que adotam modelos de fiscalização abstrata.

A corte constitucional alemã julga questionamentos de constitucionalidade das leis federais e estaduais e reclamações de violação dos direitos fundamentais dos cidadãos, podendo recorrer ao tribunal apenas como última instância.

Os juízes do Tribunal Constitucional da Alemanha possuem mandatos de doze anos, sem direito a prorrogação. A corte é dividida em duas turmas (ou senados), com oito magistrados cada. A metade dos juízes é escolhida pelo *Bundestag* (câmara baixa do Parlamento) e a outra, pelo *Bundesrat* (câmara alta).

Já na Espanha, o Tribunal Constitucional é composto por doze membros nomeados pelo Rei, mediante Real Decreto, por indicação das Câmaras que integram as Cortes Gerais, quatro pelo Congresso e quatro pelo Senado, dois pelo Executivo e dois pelo Conselho Geral do Poder Judiciário, devendo recair tal indicação em juristas de reconhecida competência com mais de quinze anos de exercício profissional. Os mandatos dos Magistrados do Tribunal Constitucional duram nove anos.

Desta forma, tanto do ponto de vista histórico, quanto do ponto de vista da legislação estrangeira aplicável à espécie, os Tribunais Constitucionais são compostos de uma forma mais plural, ampliando o leque de Instituições participantes, possuindo, como todo agente político, um mandato definido constitucionalmente.

5 A abstrativização do controle difuso

A hipótese é a seguinte: o modelo de Tribunal Constitucional elaborado em 1933 poderia, com variações, retornar no novo texto constitucional, disciplinando uma “Corte de Justiça Constitucional”, com a participação dos outros Poderes na costura política de indicações e com estabelecimento de mandatos?

Antes de mais nada preciso referir que, para iniciar tal discussão, não é necessária a existência deste projeto. Mas é uma referência histórica importante.

Em primeiro lugar é importante reiterar que a Suprema Corte rumo para o que o Ministro Gilmar Ferreira Mendes chama de “objetivação ou abstrativização do controle difuso”, ou seja, a debilitação do controle difuso, na esfera da última instância, com a ampliação do controle abstrato. Alguns julgados podem ser trazidos à baila para demonstrar tal rumo de acontecimentos.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº388830 assim decidiu o referido Ministro: “A proposta aqui desenvolvida parece consultar a tendência de não-estrita subjetivação ou de maior objetivação do recurso extraordinário, que deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional



objetiva.”³³ Tal objetivação também vem corroborada pela extensão do instituto do *amicus curiae*³⁴ e da modulação de efeitos temporais³⁵ para o controle difuso, bem como pela ampliação dos efeitos da decisão em sede incidental.

Tal ampliação da eficácia está sendo objeto de discussão na Corte Suprema, em especial quanto ao papel destinado ao Senado Federal, face as inovações trazidas pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Tal Casa Legislativa teria a função singela de dar publicidade às decisões do STF, em autêntica mutação constitucional. Refere o Ministro Gilmar Mendes, no informativo nº 454,³⁶ que:

de acordo com a doutrina tradicional, a suspensão da execução pelo Senado do ato declarado inconstitucional pelo STF seria ato político que empresta eficácia erga omnes às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade proferidas em caso concreto. Asseverou, no entanto, que a amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de se suspender, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, no contexto da CF/88, concorreram para infirmar a crença na própria justificativa do instituto da suspensão da execução do ato pelo Senado, inspirado numa concepção de separação de poderes que hoje estaria ultrapassada. Ressaltou, ademais, que ao alargar, de forma significativa, o rol de entes e órgãos legitimados a provocar o STF, no processo de controle abstrato de normas, o constituinte restringiu a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. Rcl 4335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, 1º.2.2007.

E, mais adiante:

Considerou o relator que, em razão disso, bem como da multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral e do advento da Lei 9.882/99, alterou-se de forma radical a

³³ (RE 388830, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 14/02/2006, DJ 10-03-2006 PP-00055 EMENT VOL-02224-03 PP-00533 RDDT n. 128, 2006, p. 169-171 LEXSTF v. 28, n. 327, 2006, p. 267-272)

³⁴ RE 416827/SC

³⁵ RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. 1. O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c....; 2) 7. Inconstitucionalidade, incidenter tantum, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes. 8. *Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos ex tunc, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido.* (RE 197917, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2002, DJ 07-05-2004 PP-00008 EMENT VOL-02150-03 PP-00368) (grifo nosso).

³⁶ <http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=4335&numero=454&pagina=6&base=INFO>, pesquisado em 20.01.2010 às 15h.



Marcelo Beckhausen

concepção que dominava sobre a divisão de poderes, tornando comum no sistema a decisão com eficácia geral, que era excepcional sob a EC 16/65 e a CF 67/69. Salientou serem inevitáveis, portanto, as reinterpretações dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, notadamente o da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e o da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal. Reputou ser legítimo entender que, atualmente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso. Concluiu, assim, que as decisões proferidas pelo juízo reclamado desrespeitaram a eficácia erga omnes que deve ser atribuída à decisão do STF no HC 82959/SP. Após, pediu vista o Min. Eros Grau. Rcl 4335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, 1º.2.2007.³⁷

O que interessa agora é empreender uma análise breve sobre a possibilidade de alteração do texto constitucional, de forma a refletir sobre a hipótese de criação de uma “Corte de Justiça Constitucional”, conforme a nomenclatura utilizada pelo Parlamentar Constituinte de 1934.

6 A reforma da composição – breves reflexões

O Constituinte Originário procurou estender às gerações futuras a possibilidade de transformação do texto constitucional. No entanto, pautou essa possibilidade estabelecendo restrições (limitações) ao poder reformador do Congresso Nacional. As limitações são, em regra, classificadas da seguinte forma: temporais, circunstanciais, formais e, o que nos interessa, materiais. Estas poderão ser explícitas ou expressas, onde “compreende-se facilmente que o Constituinte originário poderá, expressamente, excluir determinadas matérias ou conteúdos da incidência do poder de reforma.”,³⁸ ou, implícitas, inerentes ao

³⁷ <http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=4335&numero=454&pagina=7&base=INFO>, pesquisado em 20.01.2010 às 15h. O Ministro Eros Grau, por sua vez, “em voto-vista, julgou procedente a reclamação, acompanhando o voto do relator, no sentido de que, pelo art. 52, X, da CF, ao Senado Federal, no quadro de uma verdadeira mutação constitucional, está atribuída competência apenas para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, haja vista que essa decisão contém força normativa bastante para suspender a execução da lei. Rcl 4335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, 19.4.2007.”, conforme consta do informativo nº 463, <http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=4335&numero=463&pagina=1&base=INFO>, pesquisado em 20.01.2010, às 18h30. Importante salientar que o Ministro Sepúlveda Pertence divergiu desse entendimento chamando-o de “projeto de decreto de mutação constitucional”, sendo acompanhado pelo Ministro Joaquim Barbosa, que arrolou mais argumentos dentre os quais o impedimento pela literalidade do art. 52, X, da CF, indo na contramão das conhecidas regras de auto-restrição.

³⁸ BONAVIDES, Paulo. *Poder Constituinte e Poder Popular. Estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 244.





sistema constitucional,³⁹ que seriam: a) impossibilidade de alterar o titular do poder que cria o próprio poder reformador; b) impossibilidade de alterar o titular do próprio poder reformador; c) impossibilidade de se alterar a forma de criação de emendas.⁴⁰

Nossa discussão gira em torno, portanto, de uma limitação expressa, qual seja, a que proíbe “emenda tendente a abolir a separação dos poderes”, encartada no inciso III, do parágrafo 4º artigo 60 da Constituição brasileira. Refiro tal dispositivo porque, ao que tudo indica, seria o obstáculo mais próximo a uma pretendida reforma da composição do Supremo Tribunal Federal. Através de uma interpretação ampliada também poderíamos suscitar que a reforma da composição da Suprema Corte poderia acarretar prejuízos ao modelo constitucional dos direitos fundamentais, já que compete a esta a defesa dos dispositivos constitucionais contra qualquer violação não autorizada pelo Constituinte Originário.

Seguindo a linha dos Tribunais alemão e espanhol, se ampliássemos o número de Ministros do STF estaríamos possibilitando que um número maior de Julgadores atuasse na Corte, apreciando e julgando os processos a eles submetidos com maior celeridade, o que teria guarida na eficácia da duração razoável do processo, exposta no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Carta Maior. E se essa ampliação viesse acompanhada de uma extensão do número de Poderes participantes da seleção e indicação dos Ministros (também espelhado nos modelos europeus e no projeto da Constituinte de 1934), como membros de carreira do Judiciário, indicados em lista pelos integrantes da Magistratura, ou indicações da Câmara dos Deputados, nomeados pelo Chefe do Executivo, não haveria ressalva a ser feita. Ao contrário, o princípio dos freios e contrapesos adquiriria maior densidade. Até porque não estamos mais falando de modelo difuso e sim de modelo concentrado em sua modalidade abstrata. A incidência das decisões cujo objeto é a própria norma, através de um processo político, alcunhado processo objetivo, está a estimular esse debate.

No entanto, em nome da fiscalização recíproca que deve existir entre os Poderes, não é possível permitir que um Poder indique diretamente os Ministros desta Corte Constitucional, sem a chancela dos outros Poderes de Estado, já que o princípio da divisão de poderes deve ser entendido “como uma ordenação controlante-cooperante de funções”.⁴¹ Isso iria contra princípios seculares da separação dos poderes e implicaria na violação da limitação material supracitada.

³⁹ “Cabe ressaltar que tais limitações são as que se impõem ante o silêncio da Constituição, mas que são consideradas vedadas, implicitamente, pra não lhe destruir o espírito, o cerne.” VERONESE, Osmar. *Constituição: reformar para que(m)?*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 54.

⁴⁰ SOUZA SAMPAIO, Nelson de. *O Poder de Reforma Constitucional*. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1995. pp. 95 e seguintes.

⁴¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1996. 6ª edição revista. p.366.





Marcelo Beckhausen

Canotilho refere, com propriedade, que o núcleo essencial dos limites de competências, estabelecido pela Constituição, não pode ser violado, dando como exemplo a “deslocação da protecção jurídica dos tribunais para outro órgão”,⁴² vinculados aos outros Poderes de Estado. No caso da criação de uma Corte Constitucional ou da transformação do Supremo Tribunal Federal em uma Corte neste formato, não aconteceria tal deslocamento, mantendo a defesa jurídica nas mãos do Judiciário.

De outra banda, o estabelecimento de mandato contribuiria para a alternância no Poder, regra sempre salutar, a acometer todos integrantes de cargos políticos. Provavelmente, fosse necessário ser criada uma regra de transição, para acomodar as atuais composições às futuras. Talvez, até em razão de toda a experiência acumulada, o Supremo Tribunal Federal seja “transformado” nesta Corte Constitucional, sem maiores rupturas do sistema de controle. São conjecturas políticas superficiais e cuja pretensão se restringe a propiciar uma reflexão.

Por fim, destaco alguns motivos, não de forma exaustiva, obviamente, que nos conduziriam a uma reforma do modelo de controle de constitucionalidade, no que diz respeito a sua composição e mandato. Para Bonavides, seguindo a lição de Pedro de Vega, três seriam os aspectos que operam quando das reformas constitucionais: 1) ferramenta de adequação entre a realidade jurídica e a realidade política; 2) instrumento de mediação da continuidade jurídica do Estado; e 3) instituição básica de garantia.⁴³ Ora, a nova linha adotada pelo Supremo em seu repertório jurisprudencial implica em uma reformulação das funções da Corte, como já vem ocorrendo, mas também, em um debate público sobre os mecanismos de controle democrático sobre esta “nova” Corte. Deve-se observar, como alerta o ilustre constitucionalista, os limites impostos juridicamente pelo parlamentar originário, sendo todos esses componentes amalgamados pelo próprio controle judicial de constitucionalidade.

Como refere Müller: “O poder constituinte realiza-se ‘historicamente’ pela fundamentação dos poderes do Estado e depois ‘historicamente’ na sua atualização. Tais ‘poderes do Estado’ assentam materialmente na normatividade do ‘poder constituinte’. Organizam o convívio de uma coletividade estatal democrática que depois não pode mais ser revolucionada legitimamente na direção de *menos democracia* (quer dizer: então não pode mais ser um exercício do poder constituinte ‘do povo’).”⁴⁴

Ora, historicamente, o Constituinte, desde o advento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, em 1965, vem rompendo, paulatinamente, com o modelo

⁴² Idem. Ibidem. pp. 366/367.

⁴³ BONAVIDES, Paulo. *Poder Constituinte e Poder Popular. (Estudos sobre a Constituição)*. São Paulo: Malheiros, 2000. pp. 246/247.

⁴⁴ MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 81.





constitucional projetado pelos primeiro republicanos, copiado dos Estados Unidos. Podemos chamar isso de “atualização”, mas eu nomearia “opção”. O constituinte originário, de 1988, optou claramente por uma guinada no sistema, construindo um modelo misto. Mas, especialmente a partir da reforma de 2004, Emenda Constitucional nº 45, rumou inexoravelmente para o modelo concentrado-abstrato. Foi uma “opção” do constituinte, que vinha ensaiando esta trajetória desde os anos sessenta. Só que os Poderes de Estado precisam acompanhar esta “opção”, de modo, aí sim, a “atualizar” o modelo de controle de constitucionalidade. A afirmação histórica da separação de poderes culminou com a escolha, acertada na minha opinião, de um controle judicial exercido, especialmente, no campo da constitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal. Para democratizarmos este Poder, que ampliou consideravelmente o seu rol de funções, é necessário uma profunda discussão sobre os Poderes de Estado de modo a “atualizar” estruturas que remontam ao século XIX, ano de “opção” política do constituinte pelo modelo consagrado pelos norte-americanos.

Talvez possamos ingressar numa esfera política onde a reforma constitucional deixa de ser contemplada somente nos seus limites e censuras, e migrássemos para um plano de imposições, de uma “obrigação” de reforma do texto constitucional, mesmo que isso vá mexer com estruturas seculares, no sentido de “atualizá-lo”, “modernizá-lo”, ou, “adequá-lo” ao conjunto de reformas ocorridas nas últimas duas décadas e a jurisprudência elaborada pela Corte Máxima, que vem remodelando, a “golpes de sentença”, diga-se de passagem, o nosso controle de constitucionalidade. A democratização de uma estrutura, já arcaica, poderá ocorrer com a participação de novos atores políticos, consagrados ou não pelas urnas (v.g. magistratura).

Nesse momento, a contribuição de Canotilho se impõe, ao operar com os conceitos de “desenvolvimento constitucional” e “identidade reflexiva da Constituição”. Segundo sua lição, a evolução, a dinamicidade, é “um elemento estabilizador da própria identidade”,⁴⁵ diria mais, é um elemento constitutivo da uma Constituição que, ao prever reformas, não fornece subsídios para estagnações ou imobilismos. Conforme o autor, o desenvolvimento constitucional seria o conjunto de formas de evolução do texto constitucional, a partir de aportes legislativos e judiciais, implicando nova compreensão a respeito da Constituição e expressando a identidade reflexiva da Constituição, dotando “a Constituição de capacidade de prestação em face da sociedade e dos cidadãos”,⁴⁶ sendo a reforma, a “atualização” desta capacidade.

⁴⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002. 5ª Edição. p. 1057.

⁴⁶ Idem. *Ibidem*. p. 1057.





Marcelo Beckhausen

Pela narrativa empreendida, podemos observar que rumamos para um monopólio do controle abstrato de constitucionalidade, a ser gerenciado pelo Supremo Tribunal Federal. Esse rumo não é incompatível com a atual estrutura (número de membros, forma de indicação, ausência de mandatos). Ou seja, é possível se manter intacto o capítulo destinado ao Poder Judiciário, no que concerne ao Supremo Tribunal Federal. Mas quando discutimos a atualização do modelo, não podemos deixar de considerar o elemento histórico, cujo alinhamento maior é com o sistema difuso, e o elemento comparado, onde Cortes com semelhantes funções ao Supremo Tribunal Federal, possuem estruturas diferentes da nossa Corte Maior. Creio que uma atualização, conduzida sobre o crivo democrático, ou seja, dimensionada pela participação cidadã da sociedade brasileira, poderá trazer impactos benéficos ao nosso controle de constitucionalidade.

Essas são algumas, e breves, reflexões, sobre o tema.

7 Bibliografia

BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BONAVIDES, Paulo. *Poder Constituinte e Poder Popular. Estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1996. 6ª edição revista.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002. 5ª Edição.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional. O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n.9868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NOGUEIRA, Octaviano. *Constituições Brasileiras: 1824*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

SARMENTO, Daniel. "O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades." in *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SCHWARTZ, Germano e DEZORZI, Diego. *A história da Corte Suprema no Brasil: da casa da suplicação até a criação do Supremo Tribunal Federal*. Revista da AJURIS, ano 26, n.75 (set.1999). Porto Alegre: AJURIS, 1999.

SOUZA SAMPAIO, Nelson de. *O Poder de Reforma Constitucional*. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1995.

VERONESE, Osmar. *Constituição: reformar para que(m)?*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

