

# **V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

## **CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II**

**JOSE EVERTON DA SILVA**

**PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS**

**SINARA LACERDA ANDRADE CALOCHE**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

**Representante Discente:** Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

**Secretarias**

**Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

**Comunicação:**

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

**Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

**Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Jose Everton da Silva; Paulo Roberto Barbosa Ramos; Sinara Lacerda Andrade Caloche – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-504-1

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Teoria Constitucional. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



# V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

## CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

---

### **Apresentação**

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II:

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição, Teoria Constitucional e Democracia II durante o V Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado nos dias 14 a 18 de junho de 2022, sob o tema geral “Inovação, Direito e Sustentabilidade”. O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito com o apoio da Universidade Presbiteriana Mackenzie e da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Trata-se da quinta experiência de encontro virtual do CONPEDI em mais de três décadas de existência.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central do grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional e dos reflexos do constitucionalismo na atuação dos Poderes da República no país.

Os temas abordados vão desde, democracia e direitos da personalidade; segurança jurídica dos servidores públicos; ideologias de Carl Schmitt e Hans Kelsen; mandatos coletivos; ativismo judicial; protagonismo judicial; inconstitucionalidade via embargos de declaração; princípio do concurso público; Supremo Tribunal Federal como corte recursal; limites à liberdade de expressão, direito à informação, fake news e democracia; neoliberalismo na ordem constitucional brasileira, estado democrático de direito; efeito backlash; notários, registradores e os direitos fundamentais; decisão judicial e neoliberalismo; legitimidade democrática do poder judiciário brasileiro; a criminalização da homotransfobia e diálogos constitucionais nos sistemas jurídicos ocidentais, também estiveram presentes. Em virtude do momento em que vivemos, os desafios atuais da temática do grupo relacionados à pandemia da COVID-19 foram também lembrados.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado

e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares double blind peer review. Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Prof. Dr. Jose Everton da Silva

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Sinara Lacerda Andrade Caloche

**DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS: A FORMAÇÃO E INFLUÊNCIA DA CORTE  
CONSTITUCIONAL E DA SUPREMA CORTE NOS SISTEMAS JURÍDICOS  
OCIDENTAIS.**

**CONSTITUTIONAL DIALOGUES: THE FORMATION AND INFLUENCE OF THE  
CONSTITUTIONAL COURT AND THE SUPREME COURT IN WESTERN LEGAL  
SYSTEMS.**

**Mauro Augusto Ferreira da Fonseca Junior**

**Resumo**

Este trabalho tem como escopo o a integração de sistemas constitucionais aparentemente distintos mais que guardam certa semelhança entre si, através da teoria do acoplamento estrutural de Lunhamm. Buscou-se elementos do Direito Constitucional comparado a fim de dar sustentação teórica. Estabelecendo marcos comparativos próprios, optou-se em analisar a estrutura constitucionais dos julgamentos no ordenamento jurídico alemão, representado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. A metodologia escolhida resume-se ao método qualitativo, com apresentação bibliográfica sobre o tema. Bem como, em especial, a utilização da comparação por semelhança entre o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.

**Palavras-chave:** Supremo tribunal federal, Tribunal constitucional federal da alemanha, Direito comparado, Teoria dos sistemas

**Abstract/Resumen/Résumé**

The scope of this work is the integration of apparently distinct constitutional systems, through Lunhamm's structural coupling theory. Elements of comparative Constitutional Law were sought in order to provide theoretical support. Establishing comparative, constitutional landmarks of judgments in the German legal system, represented by the Federal Constitutional Court of Germany. The chosen methodology boils down to the qualitative method, with a bibliographic presentation on the subject. As well as, in particular, the use of the comparison by similarity between the Federal Supreme Court and the Federal Constitutional Court of Germany.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Federal court of justice, Federal constitutional court of germany, Comparative law, Systems theory

## INTRODUÇÃO

Antes de fazer qualquer assertiva sobre a construção da jurisdição constitucional nos sistemas brasileiro e alemão, far-se-á necessário uma pequena regressão na sua formação em si. Isto porque para entender a concepção de jurisdição constitucional deve-se ter em mente a estrutura original pertencente a cada sistema.

Não distante a essa ideia, para fins metodológicos, cabe realizar um recorte temporal na história de formação jurídica desses dois sistemas, reservando o direito de analisar tão somente os períodos em que houve efetiva democratização em ambos os modelos de Estado, no qual se remete a 1988 no Brasil e 1949 na Alemanha<sup>1</sup>.

Esta análise se torna primordial visto que a formação do sistema é que dará base para a criação de toda e qualquer jurisdição constitucional, sob o risco de que um determinado sistema possa não dialogar com o modelo constitucional ora escolhido. Nesse sentido, há de se lembrar um conceito específico dentro da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann<sup>2</sup>, qual seja o acoplamento estrutural (conceito dissecado nos tópicos a seguir).

Optou-se por esse conceito exclusivo, e principalmente a adoção de Luhmann como primeiro marco teórico, por conta da premissa de que a Jurisdição Constitucional é depreendida de um sistema macro, no caso a Ordem Constitucional, sendo que nas referências sistêmicas que tal édito sobre constantemente, há de existir uma coesão de ideias vinda por meio do acoplamento estrutural a fim de harmonizá-lo. Daí a volta específica para este ponto da Teoria de Luhmann.

Falando especificamente da Teoria dos Sistemas, Luhmann criou uma nova perspectiva e observação do Direito, mas o que será relevante para este trabalho dentro da sua vasta teoria é o conceito de acoplamento estrutural, sendo sua conceituação aplicável a ideia de jurisdição constitucional, a fim de que possa alertar aos riscos de junção de uma jurisdição constitucional em um sistema jurídico que não dialogue.

---

<sup>1</sup> A **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha** em alemão traduzido é *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, de toda a maneira foi com a promulgação do referido texto que houve a efetiva reunificação das Alemanhas Ocidental e Oriental e o retorno de um regime democrático. (Martins, 2018).

<sup>2</sup> Foi um sociólogo alemão apontado como um dos principais autores das teorias sociais do século XX. Adepto de uma teoria particularmente própria do pensamento sistêmico, Luhmann investiga os sistemas sociais e se apropria de um conceito da Biologia desenvolvido pelo pesquisador Humberto Maturana, juntamente com Francisco Varela, a autopoiese, que consistia na “auto-reprodução de uma espécie. Essa ideia foi incorporada à sociedade devido ao princípio de fechamento operativo que existe dentro dos sistemas que a compõem. (Luhmann, Niklas 1995).

O que Luhmann chamou de acoplamento estrutural e os riscos de não haver ele completo, André Trindade assim colocou (2008, p. 89):

Para que o processo autopiético ocorra, é imprescindível que haja comunicação com outros sistemas. Essa técnica de troca comunicativa é denominada de acoplamento estrutural. O acoplamento estrutural serve para que outros sistemas - que possuam conteúdos pertencentes também ao sistema jurídico - realizem trocas comunicativas.<sup>244</sup> Nesse caso, pode-se afirmar que um mesmo fato do mundo da Vida pode ser incluído em mais de um sistema. Isso ocorre devido à possibilidade do conteúdo do fato ser aceito por mais de um código seletor. Como exemplo desse acoplamento estrutural pode-se citar a Constituição. Ela serve de elo entre o sistema jurídico e o político.

Dado essas consequências é possível visualizar o que acontece em uma jurisdição constitucional que não dialoga com o sistema jurídico em que ela se encontra, e novamente, por mais que exista uma variedade de sistemas jurídicos e possivelmente diversos modelos de jurisdição constitucionais, reserva-se ao fato de se prender a dois modelos objetos de pesquisa e da presente dissertação, quais sejam a de Cortes Constitucionais e de Supremas Cortes.

Antes de adentrar nas estruturas específicas de uma Corte Constitucional e de uma Suprema Corte cabe lembrar os sistemas para que cada um desses modelos veio a ser criados. Em primeiro lugar há de se conceituar o *common law*, René David assim colocou (1998, p.286):

A *comune ley* ou *common law* é, por oposição aos costumes locais, o direito comum a toda Inglaterra. Este direito, em 1066, não existe. A assembleia dos homens livres, chamada *County Court* ou *Hundred Court*, aplica o costume local, isto é, limita-se, de acordo com este costume, a decidir qual das partes deverá provar a verdade de suas declarações, submetendo-se a um meio de prova que não tem qualquer pretensão de ser racional. Continuando, em princípio, a ter competência depois da conquista, as *Hundred Courts* ou *County Courts* serão pouco a pouco substituídas por jurisdições senhoriais de um novo tipo (*Courts Baron*, *Courts Leet*, *Manorial Courts*); mas estas estatuirão igualmente com base na aplicação do direito costumeiro eminentemente local. As jurisdições eclesásticas instituídas depois da conquista aplicam o direito canônico comum a toda cristandade. A elaboração da *comune ley*, direito inglês comum a toda Inglaterra, será obra exclusiva dos Tribunais Reais de Justiça, vulgarmente designados pelo nome do lugar onde vão estabelecer-se a partir do século XIII, Tribunais de Westminster.

Observa-se que a estrutura jurídica criada pelo *common law* foi além da formação do Direito, ele veio a instituir Tribunais de julgamento com características e funções próprias baseado exclusivamente em costumes locais e ao Direito comum produzido na Inglaterra a época. Tais estruturas acabaram por formar conceitos ou originar princípios que puderam ser utilizados nos sistemas jurídicos futuros.

Como colocado por René David, o funcionamento desses Tribunais originais da *common law* era baseado na aplicação do costume local com a variação de decidir qual das partes tem razão, devendo elas provar a verdade da suas alegações. Essa assertiva, foi

o que deu início a uma regra básica do processual, por exemplo, qual seja de distribuição do ônus da prova<sup>3</sup>.

Ressalvados os inúmeros exemplos que se pode tirar da formação inicial da *common law*, o que realmente interessa é a premissa de jurisdição construída por esse modelo de Direito. Naquele momento histórico de formação inglês (qual seja especificamente o século XVII), a criação dos chamados Tribunais Reais dá base para o que viria ser uma jurisdição constitucional dentro do sistema de *common law*, René David afirmou (1998, p.286):

O Rei exerce apenas a “alta justiça”; só se sente autorizado e só toma conhecimento de um litígio em casos excepcionais; se a paz do reino for ameaçada, se as circunstâncias impossibilitarem que a justiça seja praticada pelos meios normais. A *Curtia regis*, onde ele preceitua, assistindo pelos seus servidores mais próximos e polos grandes do reino, é a corte das grandes personagens e das grandes causas; não é uma jurisdição vulgar, aberta a qualquer um. No interior da *Curia regis*, no século XVII, algumas organizações vão adquirir autonomia; é o caso do parlamento e também das diversas comissões com poderes jurisdicionais, que deixam de acompanhar o rei em suas viagens e fixam sua sede em Westminster. Esses Tribunais Reais de Justiça não adquirem entretanto uma competência universal. É necessário ter cuidado com as suscetibilidade dos senhores, que querem ser chefes nos seus domínios, e que não estão dispostos a submeter-se ao seu veredito. A intervenção da autoridade real nos assuntos da sua competência parecer-lhes, a eles e aos seus súditos, tão intolerável e contrária a ordem natural das coisas como aos proprietários de hoje parecerão certas medidas de intervenção do Estado ou de nacionalização, com desprezo pelo direito sagrado que é aos seus olhos, a propriedade. Os Tribunais Reais, de resto, não estão aptos para administrar a justiça, até mesmo em recurso, para litígios que surjam no reino.

O que vale a pena compreender é que por meio dessa construção de jurisdição houve, sim, uma ampliação de competência dos chamados Tribunais Reais, em outras palavras, a Coroa da Inglaterra ampliou o seu leque de interesses dentro da chamada jurisdição comum. Essa medida acaba por enfraquecer o Direito Privado e dar aos Tribunais Reais uma competência de interesse público vindo a reger todas as relações em que a Coroa entenda como relevante.

Um exemplo concreto desse início de demanda aos Tribunais Reais foram as criações dos *Writs*<sup>4</sup>. Neles foi possível verificar como tais jurisdições eram provocadas. Não distante desse método, o sistema da *common law* não se preocupou efetivamente com

---

<sup>3</sup> Tal afirmação sobre a diretriz de ônus da prova, aparece em vários momentos históricos na formação dos sistemas jurídicos contemporâneos. Todavia, o que se teve em mente nesse momento da *common law* é que se iniciou a ideia de um princípio que orienta o comportamento probatório de quem vinha a juízo em primeiro lugar. (Paolinelli, 2014).

<sup>4</sup> Nesse momento histórico os *Writs* correspondia a um dado processo que viria a determinar a sequencias de atos a se realizar, desde a recepção de provas a forma em que poderia se demandar certo tipos de questões. Ou seja, eles funcionavam como mecanismos de provocação das instâncias judiciais, em especial dos Tribunais Reais. (David, 1996).

a justiça ou uma forma de fazer justiça, mas especificamente com a necessidade de dar vazão as demandas que lhe são apresentadas. Daí o seu apego inerente ao formalismo processual e a necessidade de dar resolatividade a tais conflitos. (David, 1996).

De todo modo, esse apego a quadros formalista de processos, ou valorização do procedimento para resolução de demandas vai de encontro com um sistema já consagrado na Europa naquele momento histórico, qual seja o Direito Romano.

Em primeiro lugar deve-se ter em mente que o modelo de *common law* ganhou força na Inglaterra por dar mais poder as Tribunais Reais, ao passo que ao se libertar das jurisdições tradicionais e criar uma jurisdição própria, deu-se início a uma forma de jurisdição que conhece todos os litígios e pode dar resolução a eles, do qual libertado desses mecanismos de Direito Romano, modernizou-se o conceito de processo para o Direito. (David, 1996).

Em segundo lugar, René David coloca como era a estrutura jurisdicional nesse período na Inglaterra e a sua incongruência com o Direito Romano (1996, p. 294):

A obrigação de se submeter a quadros processuais rígidos foi a principal razão que, na Inglaterra, impediu uma recepção de conceitos do direito romano, na época dos Tribunais de Westminster, excedendo a sua competência originária, adquirem plenitude de jurisdição e tiveram de resolver a maior parte das vezes, litígios de puro direito privado. (...) A complexidade e tecnicidade dos seus processos eram tais que não podiam ser apreendidos senão pela prática.

Ora a incongruência entre o sistema da *common law* com o Direito Romano é inerente, desde o seus objetivos e métodos escolhidos de jurisdição ou de instrumentalização de seus processos. Mas o que é o Direito Romano? O que cabe falar dele na formação da jurisdição Constitucional?.

O Direito Romano em si surge no século XIII (David, 1996), isso porque, do ponto de vista histórico era o momento do renascimento das ideias, incluído as jurídicas. Na área jurídica, o Direito passou a ser visto com uma função própria e com autonomia resgatando a noção de que a sociedade é regida pelo Direito.

Nesse ponto René David constatou: (1996, p. 31):

A sociedade civil, deve ser fundada sobre o Direito: o direito deve permitir a realização, na sociedade civil, da ordem e do progresso. Essas idéias tornam-se as idéias mestras na Europa Ocidental nos séculos XII e XIII; elas imperarão aí, de modo incontestado, até os nossos dias.

Por essa premissa fica fácil perceber que toda a estrutura jurídica posterior foi moldada, pois o Direito Romano vem no momento em que a Europa não era uma unidade política, com várias modificações e ramificações, de modo que o Direito Romano poderia funcionar em todo e qualquer modelo de Estado que fosse inserido, o que já não ocorre

no *common law* uma vez que ele se caracteriza pelo forte poder real materializados nos Tribunais centralizados (como discutidos acima).

Portanto, como conclusão lógica o sistema do Direito Romano surge independente de qualquer formação ou intenção política, podendo se desenvolver em modelos de Estados distintos entre si, na medida em que descentraliza seus órgãos jurisdicionais com o nítido intuito de assegurar medidas de justiça. Daí a aceção tão rápida e fácil por outros modelos de Estado, podendo inclusive citar a denominação de Família Romano Germânica. (David, 1996).

Do ponto de vista de jurisdição (Constitucional), pode-se dizer que essa descentralização dada pelo Direito Romano ocasiona a formação de diversas esferas de julgamento, ou em outras palavras diversos Tribunais para julgar. Em termos contemporâneos seriam as instancias de julgamento até se chegar na esfera máxima de julgamento, o qual em nível Constitucional seriam as chamadas Cortes Supremas.

Tal codificação deveria ser construída de forma soberana e não arbitrária, consagrando os chamados novos princípios: a justiça, liberdade e dignidade do indivíduo, sendo ainda atribuída a todo o Estado sem distinção ou separação de aplicação, visto que a busca por justiça e igualdade é um objetivo quase que inerente ao Direito Romano devendo, portanto, estar expresso na codificação de seu sistema.

Evidente que ambos os sistemas aqui discutidos têm seus méritos e falhas, não cabendo debate-los, apenas demonstrar como a jurisdição Constitucional se iniciou no momento da sua formação, a fim de entender como funcionam os Tribunais Constitucionais e Supremas Cortes. Tópicos que serão discutidos a seguir.

### **1. A formação de um tribunal constitucional.**

Inicialmente, a demanda (ou até mesmo interesse jurídico) em voltar um olhar crítico ao modelo de Tribunal Constitucional, pode ser atribuído ao final do século XX, quando passou a estudar a chamada expansão global do Poder Judiciário<sup>5</sup>. Ao passar a estudar o Constitucionalismo com essa abordagem, se tornou inerente entender o controle de constitucionalidade feito por tal poder, logo definiu-se o modelo de atuação que a jurisdição Constitucional passaria a ser.

É interessante notar que início da chamada legitimidade democrática nos Estados Europeus, prevalecia um entendimento de que a jurisdição constitucional era baseada

---

<sup>5</sup> Tal expressão foi utilizada com o estudo no periódico *The global expansion of judicial power*. Tate, C. Neal; TORBJORN, Vallinder. New York: New York University Press, 1995.

apenas em controlar a constitucionalidade das leis, dando preferência em um Direito Legalista, tudo isso por força e influência do Direito Francês, Rodrigo Brandão pondera (2017, p.5):

De fato, ao parlamento recém-dotado de legitimidade democrática – é de ressaltar, naturalmente, o voto censitário – era atribuída uma posição de primazia, pois lhe competia, em regime de exclusividade, a criação do Direito. Aos demais Poderes cabia a edição de atos de concretização do Direito (atos administrativos e decisões judiciais), de modo que a separação de poderes se limitava a uma separação orgânica-funcional em que o órgão responsável pela criação do Direito não poderia acumular a função de aplica-lo, sob pena de se tornar soberano.

Ora, como se bem percebe o modelo preferido naquele momento histórico passa longe do que veria a ser um Tribunal Constitucional. Então, como? O que é? E por quê nasceu um modelo diferente, qual seja o Tribunal Constitucional?

Pode-se responder essas perguntas das mais diversas formas, visto que não há uma resposta concreta e definitiva para a sua formação. Todavia, há um consenso de que para iniciar qualquer uma dessas respostas deve-se voltar ao seu conceito original e verificar os países (no caso em especial o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha) com os quais dialogam com esse modelo.

Por fim, antes de adentrar efetivamente na produção do Tribunal Constitucional, faz-se necessária uma última contextualização jurídica com objetivo de introduzir o conceito. Como colocado acima, o parâmetro legalista estabelecido pelo Direito Francês permeou o imaginário da jurisdição Constitucional, mas de maneira efetiva ou pragmática não existia um cânone de Controle de Constitucionalidade, uma vez que a relação entre o indivíduo e Estado (base do Estado de Direito) se dava exclusivamente por meio de leis infra constitucionais, José Gomes Canotilho assim colocou (2003, p. 96):

A limitação do poder pelo direito acabaria, em França, numa situação paradoxal. A *supremacia da constituição* foi neutralizada pela *primazia da lei*. Daí que um celebre jurista francês se tenha referido ao “Estado de Direito Francês” como um *Estado Legal ou Estado de Legalidade* relativamente eficaz no cumprimento do princípio da legalidade por parte da administração mas incapaz de compreender o sentido da supremacia da constituição, à imagem da *Paramount Law* americana, é insensível a força normativa do direitos e liberdades “declarados” logo na *Déclaration* de 1789. Dir-se-ia que a bondade do constitucionalismo francês quanto à ideia de sujeição do poder ao direito radica mais nas substância das suas ideias (constituição, direito) do que na capacidade de engendrar procedimentos e processos para lhes dar operatividade prática. Não sem razão, se fala do constitucionalismo francês como um “constitucionalismo sem Constituição”.

Em contrapartida ao que se via no modelo francês há de se lembrar que ao logo do século XX a Alemanha acabara de passar por um democratização e portanto clamava por um novo parâmetro de Direito, do qual era baseado em vinculação material do legislador à Constituição e não a lei pela lei, havendo ondas de expansão do Poder

Judiciário com a exigência de um maior controle de Constitucionalidade das Leis. (Brandão, 2017).

É obvio que a expansão do Poder Judiciário é um fenômeno bem mais amplo e complexo do que citado neste momento, o que vale efetivamente ressaltar é que ele possibilitou a elaboração de um modelo de jurisdição Constitucional diferente do que se tinha até então, o que poderia ser visto como um resgate do sistema da *common law* em referência a preocupação e clamor com um ideal da Supremacia Constitucional. É nesse cenário, portanto que há uma consolidação do chamado Tribunal Constitucional.

### **1.1 Conceito de formação**

A fim de se pensar de maneira mais clara e didática, um conceito simples para uma Corte Constitucional é um órgão do judiciário ou diverso, cuja principal função é julgar a constitucionalidade de leis, emitindo pareceres sobre elas e decretos dos poderes Executivo e Legislativo, em consonância com correta aplicação da Constituição. Em outras palavras, é por ela que pode efetivamente ocorrer a relação entre os indivíduos e Estado em nível constitucional.

Para se chegar a esse conceito (de um ponto de vista até simples) é primordial que a jurisdição Constitucional e o Controle de Constitucional permitam-lhe a sua atuação. O conceito de jurisdição se encontra estritamente relacionado ao poder-dever do Estado de, mediante provocação, substituir a vontade das partes e fazer atuar a vontade concreta da Lei com o fim de realizar a paz social. (Grinover, 2011). Por jurisdição constitucional pode-se entender que é a vinculação da aplicação e defesa da Constituição. A jurisdição constitucional emergiu historicamente como um instrumento de defesa da Constituição, mas não na Constituição considerada como um puro nome, mas da Constituição tida como expressão de valores sociais e políticos. (Silva, 2005).

A jurisdição Constitucional tem como premissa a forma com que o Tribunal Constitucional poderá e deverá atuar na medida em que for provocado. A tarefa se torna mais clara na medida em que se entende a sua atuação como o órgão máximo que regula a relações entre indivíduo e o Estado, sempre a nível Constitucional. É por isso que a relação de tal modelo jurisdicional tende a ser tão complexa, visto que ao operar dentro dessa logicidade é estar inerte a fatores sociais e políticos. Em uma relação de proporcionalidade, quanto mais discursiva for a Constituição mais complexa tende a ser a sua jurisdição constitucional e por conseqüente mais demandado será o seu Tribunal

Constitucional. Pois, ele foi raciocinado para dar resposta a nível constitucional a relação indivíduo Estado. (Bercovici, 2004).

É nessa ótica que um Tribunal Constitucional tende a atuar, na medida em que ele passa a dar o sentido e detêm a interpretação constitucional, ele assume uma competência de criador de Direito a todo o ordenamento jurídico. Tal atuação só é possível por meio da Jurisdição Constitucional por ele adotada permitindo, por exemplo, a gênese de Direitos por meio de interpretações, aplicações de normas em todo o ordenamento e inclusive a interferências em outros Poderes do Estado. Logo, o poder dado a um Tribunal Constitucional é incontornável, uma vez que o mecanismo que lhe garante essa premissa é a própria Constituição, sendo materializado pela própria Jurisdição Constitucional e a suas implicações ao sistema Infraconstitucional.

Todavia, para a Jurisdição Constitucional se desenvolver a tal ponto e dar instituir um Tribunal Constitucional, o modelo de Estado deve estar condizente com este ideal, ou seja, se o modelo de Estado escolhido não permitir que a Jurisdição Constitucional do Tribunal Constitucional atue, ele é inócuo. Luís Roberto Barroso afirma que o modelo de Estado ideal, então, seria o Estado Constitucional: (2018, p. 442)

No Estado Constitucional de direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica. A partir daí, ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado. Nesse novo modelo, vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendia a primazia de um Tribunal Constitucional (...) na interpretação final e vinculante das normas constitucionais.

Assim, em um Estado Constitucional o modelo de Tribunal Constitucional tende a se desenvolver melhor atribuindo-se ao fato de que a jurisdição constitucional teria duas funções primordiais: a primeira consistiria em uma aplicação direta da Constituição nas situações em que ela mesma previsse; a segunda em uma aplicação mais indireta, de modo a contemplar a interpretação, por meio do controle de Constitucionalidade, de uma norma infraconstitucional a ordem Constitucional. (Barroso, 2018).

Luís Roberto Barroso assim conceituou a jurisdição Constitucional: (2018, p. 442):

A jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.

De toda forma o Tribunal Constitucional atua dentro da sistemática de uma jurisdição Constitucional, entretanto é pelo Controle de Constitucionalidade é que ele de fato vai exercer a suas funções de interpretação e criação de Direitos em nível Constitucional.

Por Controle de Constitucionalidade pode-se dizer que ele surge desse entendimento de supremacia Constitucional e sua força vinculante em relação aos Poderes Públicos, tornando inevitável a discussão sobre formas e modos de defesa da Constituição e sobre a necessidade de se fazer um controle dos atos do Poder Público, especialmente das leis e atos normativos. (Mendes, 2008).

Ao iniciar toda e qualquer afirmação sobre Controle de Constitucionalidade por meio de um Tribunal Constitucional seria simples discorrer apenas do chamado Controle de Constitucionalidade difuso, explicando, obviamente, suas características e de que forma ele dá concretude aos objetivos do Tribunal Constitucional. Todavia, esta proposta poderia deixar alguns questionamentos a cerca desse manifesto da Jurisdição Constitucional e, principalmente, como se chegou ao Controle de Constitucionalidade difuso. Para tanto, far-se-á um pequeno recorte de evolução histórica e assim já elencando os motivos para o próximo tópico.

Pois bem, já discutido até o presente momento, após a Segunda Guerra mundial, os países europeus clamavam por um novo modelo de Constituição e Estado, baseados não somente no caráter legalista, mas sim em princípios de justiça a serem utilizados indiscriminadamente por todo o ordenamento. Ingo Sarlet assim descreveu o momento: (2018, p. 1010):

As Constituições que seguiram a Segunda Guerra Mundial instituíram uma série de princípios materiais de justiça. Inicialmente, esses princípios foram atacados sob o argumento de que, ao expressarem aspirações éticas e políticas mediante fórmulas não precisas, constituíam normas incompatíveis com a certeza e a segurança do direito. Nessa mesma linha, houve ainda quem atribuisse aos princípios um significado meramente político, dizendo que eles somente poderiam se expressar como direito por meio das leis infraconstitucionais. Porém, atribuindo-se força normativa à Constituição, foi necessário dar ênfase ao controle de constitucionalidade das leis.

Em outras palavras, se buscava um método de Controle que fosse além do concentrado<sup>6</sup> e pudesse dar efetividade ao objetivo da Constituição que surgia, princípios que poderiam ser aplicados não somente por um Controle concentrado mais difuso que se pudesse confiar nas mais diversas instâncias judiciais, cabendo ao Tribunal Constitucional reger interpretações e criar direitos aos moldes da Constituição, e ainda, vincular seus entendimentos e mecanismos de interpretação por todo o sistema, tendo como nítido objetivo aproximar a Constituição com as relações individuais, seja entre particulares ou entre particulares e o Estado.

---

<sup>6</sup> Para Alexandre de Moraes, “controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a [Constituição](#), verificando seus requisitos formais e materiais.” (MORAES, 2005, p. 627).

Por tal motivo, o ideal de um Tribunal Constitucional se alinhou com o modelo austríaco de Controle de Constitucionalidade, seguidos, por exemplo pela Constituição da Alemanha de 1949. Nesses países, o Controle de Constitucionalidade foi proibido aos juízes ordinários, ficando reservado exclusivamente a uma Corte Constitucional, cuja decisão tem eficácia *erga omnes*. Ingo Sarlet resumiu assim esse momento: (2018, p. 1011):

Alega-se que a adoção do modelo concentrado é fruto de particularidade dos sistemas de civil law, não acostumados ao *stare decisis* ou à força obrigatória dos precedentes. Com um único Tribunal incumbido de controlar a constitucionalidade, elimina-se ou nem mesmo se coloca a possibilidade de um juízo inferior desrespeitar o precedente constitucional. Ao contrário do austríaco, que se fundou na concepção teórica kelseniana, os novos modelos de controle partiram da ideia de “constituição rígida”, a agrupar princípios e direitos fundamentais para o digno desenvolvimento do homem. A Corte Constitucional, neste sentido, foi incumbida de zelar pela supremacia da Constituição, impedindo a sobrevivência de leis que a desrespeitem.

Ambos os modelos, é bom que se diga isso, (concentrado e difuso) tem a possibilidade de o controle da constitucionalidade ser requerido de forma direta, por legitimados que não constituem órgãos do Poder Judiciário. Todavia, seguindo os moldes do sistema austríaco pós-1929, o sistema alemão, em especial, viabilizou o controle incidental aos casos concretos. Na verdade, no que toca a este último ponto, o sistema alemão confere aos juízes o poder e o dever de requererem à Corte Constitucional a análise de lei cuja constitucionalidade seja duvidosa em seu entender. O que contraria a ideia originário do austríaco, por exemplo, a qual dá poder apenas às Cortes Suprema e Administrativa, o sistema alemão não obriga qualquer juiz a aplicar lei reputada inconstitucional.

Daí a pode-se afirmar que nenhum juiz é obrigado a aplicar lei que entenda inconstitucional, mas também nenhum juiz comum pode realizar o controle de constitucionalidade. Assim, o controle ficaria sendo realizado de modo incidental, mas os juízes não exercem o poder jurisdicional em sua plenitude, ficando à espera ou na dependência do Tribunal Constitucional. (Sarlet, 2018).

Tem-se, então, a materialização do verdadeiro objetivo do Tribunal Constitucional, isto porque a conjugação da jurisdição Constitucional com esse novo modelo de Controle de Constitucionalidade permite ao Tribunal Constitucional dar as diretrizes e interpretações jurídicas ao ordenamento como um todo. Logo, é um padrão de Tribunal que ao criar Direitos padroniza o sistema jurídico e vincula as instâncias inferiores.

A evolução de tal cânone de Controle de Constitucionalidade foi além do padrão austríaco citado a cima, a Alemanha entendeu que os juízes também poderiam remeter a dúvida sobre a constitucionalidade ao Tribunal, não somente as partes interessadas. Esse procedimento só veio a fortalecer o entendimento do poder de Controle exercido pelo judiciário e a vinculação das demais esferas sobre a decisão do Tribunal Constitucional. Ingo Sarlet completa: (2018, p. 1039):

O mesmo sistema foi implantado em outros países da Europa, como Alemanha, Itália e Espanha. A Constituição italiana de 1948 e a Constituição alemã de 1949 instituíram modelos de controle de constitucionalidade similares ao austríaco, reservando-se o controle de constitucionalidade a uma Corte Constitucional. Assim como o sistema austríaco, os modelos alemão e italiano não apenas permitem que o controle da constitucionalidade seja requerido de forma direta, como também viabilizam o controle incidental aos casos concretos, permitindo que se peça à Corte Constitucional a análise de lei cuja constitucionalidade seja duvidosa. Porém, diversamente do austríaco, que dá este poder apenas às Cortes Suprema e Administrativa, os sistemas italiano e alemão dão a qualquer juiz o poder de invocar a Corte Constitucional. Ressalte-se que o juiz ordinário, obrigado a arguir a questão de legitimidade constitucional, não exerce controle de constitucionalidade, mas, ao menos, não é obrigado a aplicar lei reputada inconstitucional. A alusão a estes sistemas, e, sobretudo, a estas formas associadas (incidental e concentrada) de controle de constitucionalidade, deve-se ao interesse em ressaltar que o controle de constitucionalidade, ainda que reservado a um único órgão (a Corte Constitucional), pode ser incidental ao julgamento de um litígio, e, assim, ter natureza concreta. Note-se que, embora sejam separados dois juízos – um em que se faz apenas a análise da constitucionalidade e outro em que se aprecia o caso concreto a partir da definição acerca da questão constitucional –, o caso concreto, de onde brotou a arguição da questão, exerce influência sobre o juízo da Corte Constitucional, que definirá a legitimidade constitucional da norma.

O avanço feito pelo sistema constitucional alemão foi tão grande que surgiu subdivisões de controles, quais sejam o concreto e incidental. Todavia, essas subdivisões sempre tiveram o mesmo intuito preservar o Tribunal Constitucional e fortalecer sua jurisdição Constitucional (Sarlet, 2018).

Em termos práticos de funcionamento em sistemas de Tribunais Constitucionais havendo um litígio em que é arguida a inconstitucionalidade da lei que configura pressuposto à tutela jurisdicional do direito, o juiz estaria autorizado a tratar da questão constitucional como prejudicial, sendo a questão constitucional priorizada, introduzindo-se no processo e no raciocínio do julgador, mediante o modo incidental. O objeto do processo, nestes casos, é um litígio entre as partes, que não se confunde com a questão constitucional, uma vez que a própria constitucionalidade surgiu de um caso entre particulares, ou entre partes. Trata-se, portanto, de questão de natureza constitucional, o que demonstra a materialidade em trazer a Constituição para o centro de tais relações jurídicas.

Quando isso ocorre, fasear-se-á por parte do juiz constitucional o chamado controle incidental de constitucionalidade. Em contra peso há o controle principal na qual a questão constitucional não é suscitada incidentalmente nem constitui prejudicial ao julgamento do litígio. Nessa modalidade, o objeto do processo é a própria questão constitucional. O processo é instaurado em virtude e apenas em razão da própria alegação da questão de constitucionalidade, não existindo litígio dependente da solução desta questão para ser dirimido. (Marioni, 2018).

Por fim, o objetivo deste tópico foi não simplesmente conceituar Tribunal Constitucional mas estabelecer como ele funciona por meio da Jurisdição Constitucional e se materializa por meio do Controle de Constitucionalidade, em outras palavras, para o Tribunal Constitucional alcançar as suas finalidades de maneira satisfatória, há de ter a conjugação dos modelos de Jurisdição e Controle de Constitucionalidade aqui discutidos e mais importante a ordem Constitucional tem que estar preparada para assumir as características do Tribunal, sob o risco de seus objetivos não serem cumpridos.

## **2. Sistemas que dialogam com o cânone de Tribunal Constitucional**

No tópico anterior, foi apresentado o que vem a ser um Tribunal Constitucional, ao dar prosseguimento sobre esse entendimento cumpre elencar que o Sistema Jurídico Alemão bem conviveu com a implementação da jurisdição Constitucional e de Controle de Constitucionalidade, mas ele se preparou para dialogar com essa proposta.

A fim de elucidar e demonstrar como o sistema alemão implementou o Tribunal Constitucional, este tópico apresenta tais motivos por meio da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann<sup>7</sup>, demonstrando de maneira singular como a ordem Constitucional da Constituição alemão de 1949 se preparou para receber o conceito do Tribunal Constitucional e seguir esse modelo até hoje.

Os conceitos de Luhmann que interessam neste momento são de sistemas autopoieticos abertos e fechados e acoplamentos estruturais. Para iniciar a discussão acerca deste conceito traz-se as palavras de Armin Mathis (2018, p. 7):

A interpretação de sistemas sociais como sistema constituído por sentido e como algo que ao mesmo tempo constitui, expressa mudança de paradigmática na teoria geral dos sistemas, onde a distinção parte/todo foi substituído pela diferença sistema/meio, e a distinção sistema aberto/sistema fechado cedeu lugar ao modelo da *autopoiesis*. Isso fica claro quando nos enfocamos a

---

<sup>7</sup> Niklas Luhmann foi sociólogo e viveu nos entre os anos de 1927-1998 na Alemanha, do qual passou grande parte do tempo criando a sua Teoria dos Sistemas Sociais. Seu paralelo da sociedade com a funcionamento biológico e os conceitos por ele desenvolvidos se mostraram de grande relevância para o funcionalismo jurídico de modo a encontrar repercussões até hoje na juridicidade atual.

operação que usam e produzem sentido. São aquelas que permitem distinguir o sistema do meio ou distinguir entre Auto-referência e Hetero-referência. A diferença sistema/meio aparece duplamente; primeiro como diferença produzida pelo sistema, e segundo como diferença observada dentro do sistema.

Observa-se que nas colocações de Armin Mathis é possível identificar já a transformação da teoria sistêmica clássica e a adoção para o chamado sistema Autopoiético. Em tal conceito sistêmico Lunhmann entendeu que os sistemas tendem a ser fechados e se comunicam por meio de códigos próprios que apenas tais sistemas tem a capacidade de entender e dialogar, daí autopoiético pois eles mesmos tendem a ser auto suficientes em encontrar soluções a problemas sistêmicos.

Nesse sentido, há de se fazer uma diferenciação dentro do imaginário do sistema autopoiético. Em suma ele se divide em um sistema aberto e fechado, do qual na modalidade aberta irá buscar referências fora das suas estruturas básicas e enquanto o sistema fechado tende a se reproduzir dentro do seu próprio contexto, utilizando dos próprios códigos. Tal busca nos seus próprios códigos, Lunhmann chamou de sistemas *Alopoieticos*, com o qual constitui-se da confusão de códigos jurídicos construídos e aplicados difusamente, no ponto de vista jurídico um emaranhado de normas jurídicas e sociais, misturando-se de tal forma que o processo de construção da identidade e reprodução do sistema legal em si.

As complexidades sistêmicas são para Lunhmann as várias escolhas para a resolução de conflitos que o sistema pode dar, de modo que a contingência deve dar apenas um caminho para que se possa reduzir essas complexidades.

Leonel Rocha assim coloca: (2005, p. 69):

A ideia da complexidade traz consigo o ensejo de que o campo ilimitado do mundo do possível (paradoxo) não é um mundo real. Com isso, serão as equivalências funcionais as responsáveis pela possibilidade fática do desvelamento dado pela observação. A complexidade é, então, reconstruída a partir de outro prisma: a de sua redução. É sua redução que, paradoxalmente, permite a evolução social, e mais: é o que permite toda a origem da interação social. No entanto, o problema da interação social não pode ser embasado na hipótese de que a complexidade se dá quando dois indivíduos se comunicam. Deve-se entender o problema da contingência não somente como um problema a ser enfrentado, mas como uma questão que gera maiores possibilidades para sua própria resolução.

A sociedade sistêmica em si apresenta diversas possibilidades do que o senso humano pode perceber. Ela é complexa demais para sua capacidade sensitiva. A contingência reside no fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas. Disso se deduz que a contingência possui, intrínseca, a possibilidade de desapontamento.

Leonel Rocha exemplificou dessa forma: (2005, p. 70):

Exemplificando: duas pessoas estão prestes a se conhecer. Cada um determina suas condutas mediante observações recíprocas. A observa B e resolve comportar-se X. E observa e resolve comportar-se X (mas poderia se comportar Y). Por uma simples suposição, geram certeza de realidade (assim como poderiam ter gerando incerteza). Estabelecem seus limites a partir de si mesmos. É mediante as ações de um e de outro, podem estabelecer ações outras que levarão a ação de ambos (o casamento). A dupla contingência, é, portanto, estabelecimento dos próprios limites em relação ao objeto a partir do próprio objeto, conseguindo-se expectativas razoavelmente seguras de um futuro em aberto.

Por um outro lado, Luhmann também reconhece que um sistema tende a ter limites operacionais, entendendo assim que não há como ter um sistema totalmente fechado. Leonel Rocha também assim acentua: (2005, p. 72)

Como já referido, os sistemas sociais possuem limites, no que se diferenciam radicalmente das estruturas limites de sentido. O sentido pode ser visto como uma pré-categoria lingüística que vai dar vazão à linguagem. Não se pode responder à questão do que vem a ser o sentido, uma vez que é necessário usar do sentido para se obter a resposta. Mas se pode dizer que o sentido é o processo originário de comunicação (socialização). É o seu momento fundamental. O sentido é o mundo da operação humana (e não a comunicação) e possui intrínseca a negação, a dicotomia sim/não. Os sistemas vão, resumidamente, dar as ações humanas sentido.

O que se extrai dessa limitação é o reconhecimento de que deve haver a chamada abertura operacional, no qual os sistemas fechados teriam uma abertura, quase que como uma válvula de escape, para operar, de modo que ela seria o nexo de casualidade entre o exterior e o interior, ocorrendo assim uma transição maior entre elementos dentro e fora do sistema, os códigos.

Daí a formação de um sistema ideal de autopoíese, como bem definiu Leonel Rocha: (2005, p. 38)

O sistema autopoietico é aquele que é simultaneamente fechado e aberto, ou seja, é um sistema que tem repetição e diferença, tendo que equacionar no seu interior esse paradoxo, que os operadores do Direito vão usar como critérios para tomar decisões. Assim, a ideia de autopoíese surge como necessidade de se pensar aquilo que não poderia ser pensado. É um sistema que não é nem fechado nem aberto. Por quê? Porque um sistema fechado é impossível não pode haver um sistema que se auto-reproduza somente nele mesmo. E um sistema aberto seria só para manter a ideia de sistema. Se falarmos em sistema aberto, já nem falamos mais em sistema, podemos falar de outra coisa. Então, o sistema fechado não é possível, sistema aberto é inútil.

Logo, para Luhmann, o sistema ideal não é um totalmente fechado, mas aquele que possibilite uma margem de abertura a fim de dialogar com códigos que lhe não seriam totalmente comuns ou conhecidos. O único ponto é que tal abertura só poderia acontecer é em uma pequena brecha na estrutura do sistema, pois uma abertura total ocasionaria a inclusão de vários elementos estranhos aos seus códigos de comunicação, gerando interferências na estrutura como um todo.

Já na ideia de acoplamento estrutural de Luhmann, mas deve haver um contato no mínimo com sistemas abertos que tenham o mesmo entendimento ou pontos em comum sob o risco de não conseguir efetivamente chegar a um diálogo entre os sistemas, o principal objetivo de sistemas abertos não será concretizado. De todo modo, a abertura do sistema, seja no modelo ideal de Luhmann ou não, causará repercussão nos sistemas que fazem tal abertura, as chamadas interferências sistêmicas.

Em termos gerais, o que se quis demonstrar com os conceitos de Luhmann é que na formação de sistemas jurídicos se faz necessário ter o mínimo de similitudes ou concepções similares a fim de que os conceitos jurídicos possam se desenvolver e dialogar. Em outras palavras, se na formação ou construção de um sistema jurídico advir conceitos ou concepções com as quais não apresentem objetivos comuns, esse sistema em si não irá conseguir operar e a conclusão será sucessivos travamentos em seu funcionamento e, ainda, a impossibilidade jurídica de dar vazão as demandas que lhe serão apresentadas.

Quando observa-se a concepção da Constituição Alemã de 1949, tem-se nitidamente uma estrutura voltada para a criação de um Tribunal Constitucional. No momento que se apropria do modelo austríaco e o aprimora, revela o entendimento de que para o Tribunal Constitucional (alemão) funcionar a Constituição teria que estatuir abertura operacional, sem a qual a concepção de criar Direitos ou vincular o Controle de Constitucionalidade pela jurisdição não funcionaria.

Com efeito pode se afirmar que na elaboração da Constituição da Alemanha de 1949 houve o acoplamento da estrutura austríaca de Tribunal Constitucional com o sistema de *common law* e ainda com uma Constituição aberta mas com força de norma suprema. Logo, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha é um órgão Constitucional exclusivamente competente para o controle vinculante de normas jurídicas em face do parâmetro normativo supremo que é a Lei Fundamental da Alemanha, isto é, a Constituição Alemã.

Um exemplo claro dessa opção em pautar todo o sistema é o artigo 2 I GG <sup>8</sup>:

(3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário. Artigo 2 [Direitos de liberdade] (1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral.

---

<sup>8</sup> Este modelo de citação corresponde aos dispositivos da *Grundgesetz* (a “lei Fundamental”, que representa a Constituição Alemã, sendo esse modelo de citação usado pela Doutrina alemã ao se referir aos artigos da Constituição.

Assim, o sistema alemão é um exemplo em que o acoplamento estrutural teorizado por Lunham deu certo, na medida em que ao agregar o modelo de jurisdição constitucional austríaco e transformá-lo na realidade alemã do *common law* trouxe os conceitos de Controle pelo Tribunal Constitucional e moldado toda a ordem jurídica consequente. Todavia, é bom que se ressalte que tal sucesso só pode ser atribuído ao fato de que a Constituição estabelece essa estrutura e, ainda, se preparou para recebê-la, ao contrário se não houvesse adequação de conceitos ou estruturas jurídicas, o Tribunal Constitucional estaria fadado a insucessos e dúvidas na sua efetividade. Em resumo, para essa estrutura funcionar deve haver uma recepção Constitucional incondicional a fim de dar a liberdade ao Tribunal Constitucional de dizer e interpretar Direitos por meio do Controle de Constitucionalidade.

### **2.1 O modelo da Suprema Corte**

Finalizado a abordagem do Tribunal Constitucional e como ele veio a se desenvolver, cabe se voltar a um modelo oposto de concretização da jurisdição Constitucional e de Controle de Constitucionalidade, qual seja a Suprema Corte. Em termos históricos, esse modelo até se concretizou antes ao Tribunal Constitucional por advir de um sistema mais antigo ao *common law*, qual seja a família<sup>9</sup> Romano-Germânica. Sua dispersão se deu por uma característica muito própria, ela se baseia em uma técnica de codificação, do qual visa o Direito em codificá-lo, em outras palavras em transformar o Direito em leis, por isso há uma tendência de provocar confusão entre o Direito e a Lei em si, na medida em que tal família tenta dar unidade a todos os direitos que surgem no meio social.

Esta família se desenvolveu em ordenamentos jurídicos que tinham por base o Direito Romano. As regras de direito são concebidas nestes países como sendo regras de conduta, estreitamente ligadas a preocupações de justiça e de moral. Determinar quais devem ser estas regras é a tarefa essencial da ciência do direito. Absorvida por esta tarefa, a dogmática pouco se interessa pela aplicação do Direito que é assunto para os práticos da administração.

É interessante destacar que a família romano-germânica está dispersa por todo o mundo contemporâneo. Ela, por si só, ultrapassou as fronteiras do Império romano tendo grande aceção na América Latina. É notável que grande parte dessa recepção se deu por

---

<sup>9</sup> Termo utilizado durante toda a construção doutrinária de René David, construção essa servindo de base para a presente dissertação.

conta da colonização europeia feita a esses países, mas em larga escala a facilidade de operacionalização que a codificação oferece a sistemas em formação (David, 1996).

De todo modo o Direito Romano-Germânico surge no século XIII, René David assim comentou (1996, p.27):

O sistema romano-germânico formou-se na Europa Continental e é aí que ainda hoje conserva o seu principal centro, ainda que, devido aos fenômenos de expansão ou recepção numerosos países extra-europeus tenham aderido a este sistema ou extraído dele alguns dos seus elementos. A época em que surge, do ponto de vista científico, o sistema de direito romano-germânico é o século XIII. Até esta época existem, sem dúvida alguma, elementos com a ajuda dos quais o sistema será constituído; mas parece prematuro falar de sistema, e talvez mesmo de direito. Um primeiro período começa, no século XIII, com o renascimento dos estudos de direito romano nas universidades: fenômeno essencial do qual mostraremos a significação e o alcance. Durante cinco séculos o sistema vai ser dominado pela doutrina, sob a influência principal da qual a própria prática do direito evoluirá nos diferentes Estados. A doutrina preparará, com a Escola do Direito Natural, o despertar do período seguinte, aquele em que ainda atualmente nos encontramos - período no qual o sistema será dominado pela legislação.

Assim o que se observa é um sistema mais antigo e que tem repercussões em modelos constitucionais até hoje, o que enseja entender as suas características e como elas influenciaram e determinaram a criação das Cortes Supremas. Logo os tópicos abaixo terão a responsabilidade de dirimir o conceito de uma Suprema Corte a partir da tradição Romano Germânica e como ela se adequa na jurisdição constitucional.

#### 2.1.1 Conceito e Objetivo de Formação.

Conceituar uma Suprema Corte não é uma tarefa das mais complexas, visto que a sua estrutura não aspira maiores dificuldades, desde a sua formação até seu objetivo. Seu conceito é claro ser uma Corte pela qual é responsável pelos julgamentos em última instância ou em grau recursal, em outras palavras é um órgão judicial cujas as decisões não ensejam a possibilidade de recursos.

Observa-se que por mais simples que este conceito possa vir a ser, ele pertence a uma lógica própria do Sistema do Romano Germânico, citado no tópico anterior. Tem-se que com a entrada da codificação e a dominação do Direito (e da própria justiça) pela legislação pura, passou-se a exigir do sistema mecanismo que concretizassem tal aspiração, seja no aspecto processual ou estrutural. Para tanto, o sistema optou pela criação de instâncias julgadoras cujas competências surgem a partir dos recursos contra as decisões proferidas nas instâncias inferiores. Em outras palavras, o sistema Romano Germânico precisou de um organismo jurisdicional que pudesse dar representatividade e concretude ao domínio da legislação no Direito e assim, por meio do processo legislativo, criou diversas instancias julgadoras para dar essa concretude.

Nessa perspectiva, a Suprema Corte só seria provocada quando existisse uma lei que lhe permitisse o Direito, ou seja, em uma violação jurídica decorrente de lei e que não fosse sanada nas instâncias inferiores ensejaria a sua provocação. René David exemplificou seu funcionamento dentro do sistema Romano Germânico (1996, p. 90):

É certo que os tribunais e os juristas apenas se sentem à vontade, nos dias de hoje, nos países da família romano-germânica, quando lhes é possível invocar, em apoio da solução jurídica que eles preconizam e em justificação desta solução, um ou vários textos da lei. Torna-se mesmo necessário invocar a violação de uma lei se se pretender a intervenção dos tribunais ou usar a via do recurso para algum dos supremos tribunais. Esta atitude e estas disposições podem levar-nos a pensar que na família romano-germânica direito e leis são uma e a mesma coisa. Mas torna-se ainda necessário, para uma visão exata das coisas, considerar o modo como as leis são interpretadas e, por vezes, neutralizadas. A jurisprudência, no limiar da codificação napoleônica, jamais se limitou, na França, a aplicar os textos da lei. A sua contribuição para a evolução do direito permaneceu na sombra durante todo o século XIX; no fim deste século já não fora possível dissimulá-la, quando as novas condições da sociedade provocaram da sua parte iniciativas cada vez mais ousadas.

Logo, o modelo da Suprema Corte pode se adequar de maneira, quase que, perfeita a lógica Romano-germânica, de garantir a decisão final sobre a legalidade ou violação de direitos codificados, funcionando tão somente como um órgão julgador de instância superior, não podendo, ainda, ir além do que fora estipulado na sua competência originária, sendo um garantidor mor dos Códigos e Legislações quais permeia o sistema romano germânico.

Em última análise, o objetivo de uma Suprema Corte não foge dessa perspectiva, qual seja dar segurança as instâncias de julgamentos inferiores, no sentido de o que fora decidido seja respeitado não cabendo outra e qualquer discussão sobre a legalidade ou o conjunto de códigos que possam ter sido violados. Não se admite no sistema romano germânico violação a legislação e a Suprema Corte vem, como última julgadora, garantir que não haja violação e ainda reforçar tal caráter de força normativa da legislação.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Como se verificou, em termos de diálogos constitucionais, trabalhar os conceitos de Corte Constitucionais e Suprema Corte, são necessárias a fim de entender como suas estruturas coadunam com os Sistemas Jurídicos ocidentais. Ao trazer essas bases epistemológicas para o ordenamento jurídico brasileiro, observa-se a intenção do constituinte em dar ao Supremo Tribunal Federal características de uma Suprema Corte, pela qual fica reservado a função de garantir a segurança do texto constitucional mas sem dar ou criar mecanismos de interpretação a Constituição, atribuindo apenas a jurisdição

constitucional de revisor de decisões que possam contrariar o texto positivado na Constituição.

Todavia, a Emenda Constitucional número 45 de 2004 trouxe diversas mudanças ao ordenamento jurídico nacional, mas no escopo do presente trabalho, cinge-se a apreciação das repercussões sofridas dentro do Controle de Constitucionalidade.

Nesse ponto, o Supremo Tribunal Federal passa a ter características de um Tribunal Constitucional e age como tal. Desde a nova forma de exercer o Controle de Constitucionalidade (difuso e com efeito erga *omnes*) até a criação de Direitos por meio da interpretação constitucional. Daí pode-se começar a entender o porquê é possível ter marcos comparativos com o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.

A mais relevante sem dúvida alguma foi o Controle de Constitucionalidade. Discutido a cima, percebe-se que no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha o Controle é feito de forma difusa, da qual apenas este Tribunal tem competência para apreciar uma possível inconstitucionalidade, de modo que há uma suspensão em todas os processos que estejam sobre o manto do Controle, ressalvado o fato de que a ideia é de interpretar a Constituição e não somente de garanti-la, evoluindo, assim o modelo austríaco de onde o Alemanha buscou inspiração.

No Supremo Tribunal Federal o Controle passa a ser realizado da maneira bem parecida, tanto quanto aos efeitos da possível inconstitucionalidade quanto a maneira difusa. O problema é que não fora extirpada do texto constitucional o Controle Concentrado, o que cria no Supremo Tribunal Federal um Controle híbrido de peculiaridades de uma Suprema Corte e de um Tribunal Constitucional, visto que ainda é competência do Supremo Tribunal Federal julgar recursos extraordinários de decisões que violem a Constituição (Sarlet, 2018).

Essa mudança de paradigma no Supremo Tribunal Federal foi o que permitiu sua atuação mais ativista, dando liberdade para dar interpretações sobre os Princípios Fundamentais da Constituição e ainda os implementas conforme o seu entendimento, sendo este, portanto, a maior inflexão do dialogo constitucional feito entre os sistemas, sendo sentido até hoje na ordem jurídica brasileira.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

- BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. Lua Nova, São Paulo, nº 61, p. 5-24, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos Fundamentais e a Construção do novo modelo. 7. Ed. São Paulo. Saraiva. 2018.
- BRANDÃO, Rodrigo. Cortes Constitucionais e Supremas Cortes. Salvador. Jus Podivm. 2017.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo; Trad. Hermínio A. Carvalho. 3ª ed. São Paulo, Martins Fontes, 1996.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- LUHMANN, Niklas Social Systems. Stanford, California: Stanford University Press, 1995.
- MATHIS, Armin. A sociedade na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Belém. UFPA. 2018.
- PARLAMENTO FEDERAL ALEMÃO. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Trad. Assis Mendonça. Rio de Janeiro. 2011.
- PAOLINELLI, Camilla Mattos. O Ônus da Prova no Processo Democrático. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2014.
- ROCHA, Leonel Severo Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito/Leonel Severo Rocha, Germano Schwartz, Jean Clam. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.
- SILVA, Virgílio Afonso da; MENDES, Conrado Hubner. Entre a transparência e o populismo judicial. Folha de São Paulo, São Paulo, p. A3, 11 maio 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de direito constitucional. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. 7. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2018.
- TATE, C. Neal; TORBJORN, Vallinder The global expansion of judicial power.. New York: New York University Press, 1995
- TRINDADE, André. Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2008.