V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

JOSE EVERTON DA SILVA

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

SINARA LACERDA ANDRADE CALOCHE

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais 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 Naspolini - 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 Gaigher 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 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

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

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.ª Dr.ª Sinara Lacerda Andrade Caloche

O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDRAL DA ALEMANHA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: INTERAÇÕES E INFLUÊNCIAS CONSTITUCIONAIS.

THE GERMANY FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT AND THE FEDERAL SUPREME COURT: INTERACTIONS AND CONSTITUTIONAL INFLUENCES.

Mauro Augusto Ferreira da Fonseca Junior

Resumo

Este trabalho tem como escopo entender em que medida as estruturas consolidadas pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e do Supremo Tribunal Federal, sendo este último chegando até uma Corte Constitucional. 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, qual seja o desejo institucional do Supremo Tribunal federal em alcançar características de uma Corte Constitucional

Palavras-chave: Supremo tribunal federal, Tribunal constitucional federal da alemanha, Direito comparado, Corte constitucional

Abstract/Resumen/Résumé

This work aims to understand to what extent the structures consolidated by the Federal Constitutional Court of Germany and the Federal Supreme Court, the latter reaching a Constitutional Court. 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, which is the institutional desire of the Federal Supreme Court to achieve characteristics of a Constitutional Court

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

INTRODUÇÃO

Entender Sistemas Constitucionais semelhantes ou que guardam qualquer funcionalidade objetiva entre si, é fundamental em cenário global visto a constante troca e diálogos constitucionais entre as Corte. No cenário brasileiro isso se torna mais relevante, visto a constante citações jurisprudências da Corte Constitucional Alemã nos julgados do Supremo Tribunal Federal, daí a imperiosa necessidade de compreender como funciona tal dialogo.

Por isso, se utilizando de uma metodologia própria, esse artigo busca contextualizar a forma com que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e o Supremo Tribunal Federal tiveram sua idealização originária e posteriormente no que se assemelham.

A estrutura se dividiu em duas partes bem definidas, qual seja descrever a idealização originaria tanto do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha quanto do Supremo Tribunal Federal. Em um segundo momento, concentrar-se-á nas alterações que permitiram o Supremo tribunal Federal se aproximar da conceituação de uma Corte Constitucional, tal qual o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.

Assim, que este artigo se propõe é revisitar as bases do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e do Supremo Tribunal Federal, e desta forma verificar como tais estruturas se aproximaram e o Supremo Tribunal Federal passou a julgar com tantas jurisprudências do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.

1. **O Tribunal Constitucional Federal Da Alemanha E O Supremo Tribunal Federal Do Brasil: Idealização Originaria.**

É interessante notar que, a comparação, ora aqui, entre os modelos alemão e brasileiro começa a se desenhar. É possível se questionar o por quê comparar sistemas jurídicos tão distintos um do outro, e distinções entre eles não faltam, seja pela origem histórica, formação política constitucional e até mesmo formação jurídica acadêmica. Todavia, o que não se pode negar e muito menos deixar de se analisar é a influência que o Tribunal Constitucional Federal Alemão vem exercendo nos trabalhos do Supremo Tribunal Federal.

Tal influência, pode ser atribuída e constatada das mais diversas formas, mas por interesse do objeto em estudo e da proposta do presente capítulo, há de apenas citar uma,

que por si já poderia merecer uma análise mais crítica, qual seja as citações das decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão no Supremo Tribunal Federal.

Virgílio Afonso da Silva definiu esse quadro em seu artigo "Integração e Diálogo na América do Sul": (2010, p.18):

> Por fim - e, de certa forma, como consequência das quatro razões anteriores - é possível afirmar que há uma utilização muito pouco significativa de idéias constitucionais e desenvolvidas em outros países da América do Sul ou da América Latina, bem como uma ínfima atenção às decisões da Corte Interamericana e de tribunais nacionais de outros países da América do Sul no discurso jurídico brasileiro, sobretudo no âmbito dos tribunais. Uma pesquisa no banco de dados do Supremo Tribunal Federal dá uma idéia do cenário atual. Foram procuradas decisões que fizessem menção à jurisprudência dos seguintes tribunais: Corte Interamericana de Direitos Humanos, Corte Suprema de Justiça da Argentina, é Tribunal Constitucional do Chile" e Corte Constitucional da Colômbia", Além desses tribunais, foram também pesquisadas referências à Suprema Corte dos Estados o Unidos e ao Tribunal Constitucional Federal da Alemanha", para se ter uma idéia da frequência com que se citam decisões de tribunais estrangeiros. Esse último passo é necessário porque um pequeno número de referências a decisões de tribunais de países da "América do Sul ou à própria Corte Interamericana de Direitos Humanos poderia significar apenas e tão-somente uma prática decisória refratária à consideração de decisões estrangeiras em geral, como ocorre em alguns países do mundo, especialmente nos Estados Unidos. O resultado, no entanto, parece mostrar que o cenário não é exatamente esse. À tabela a seguir resume a situação: tribunal quantidade de referências Corte Interamericana de Direitos Humanos: 0; Corte Suprema de Justiça da Argentina: 0, Tribunal Constitucional do Chile: 0, Corte Constitucional da Colômbia: 0, Suprema Corte dos Estados Unidos: 80, Tribunal Constitucional Federal da Alemanha: 28.

À primeira vista há de se reconhecer a influência das decisões proferidas no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha no funcionamento do Supremo Tribunal Federal, logo é imperioso entender como eles foram idealizados, passando pela aproximação e finalmente chegar a problemática desta dissertação a publicidade dos julgamentos constitucionais entre tais Cortes.

Observa-se que este estudo de entender um Tribunal Constitucional e uma Suprema Corte se faz necessário na medida em que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha está modulado a um sistema (Tribunal Constitucional) e o Supremo Tribunal Federal (Suprema Corte) para outro. Contudo dado o evoluir tem-se o Supremo Tribunal Federal mitigado conceitos de uma Suprema Corte ao começar a se denominar um Tribunal Constitucional, o que se aproxima do modelo alemão.

De todo modo, esse tópico está reservado a entender as ideias originais de ambos os modelos, a fim de que se possa definir em que sistema cada Tribunal se encontra e o principal se com a evolução eles ainda mantém características de seus princípios originais.

Entender essas ideias originais é importante para se discutir a aproximação e influência das Cortes entre si, pois o influxo é grande em uma verdadeira troca de teorias

constitucionais e é necessário entender se tal troca é possível em modelos que aparentemente são distintos ou se houve uma aproximação de uma modelo com o outro, que viabilizasse essa permuta de teorias e decisões constitucionais.

1.2 Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.

Colocar o mecanismo de Ordem Constitucional instaurado por força da *Grundgesetz*[1] demanda uma possível verticalização do estudo (verticalização que será feita em capitulo a parte). Nesse tópico, o que se quer apresentar é a caracterização do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha como um verdadeiro Tribunal Constitucional.

Nos tópicos anteriores, pós-unificação, a Alemanha clamava por um modelo de Estado e Constituição diferente de tudo que se tinha até em tão, não só para passar a um regime democrático, mas que de fato ocorresse uma estabilização estatal a ser realizada por uma Constituição e ordem jurídica. Para tanto, se recorreu ao mecanismo austríaco de jurisdição Constitucional, da qual aprimorou a separação de poderes dando autonomia Constitucional ao Judiciário (representado pelo seu Tribunal Constitucional Federal) para decidir sobre questões de interpretação constitucional e harmonizar o sistema jurídico sempre a luz de uma ordem democrática.

Leonardo Martins explica esse raciocínio (2018, p.2):

> Em seu entendimento, já firmado em 1952, o TCF seria, "segundo teor e o sentido da *Grundgesetz* e da Lei Orgânica do TCF, também um órgão constitucional, municiado com a mais alta autoridade, chegando a um nível muito diferente de todos os demais tribunais e juízo". Apesar disso e do tom crítico ressoante na literatura jurídica especializada, segundo o qual o tribunal pretenderia realizar sua transmutação de "defensor" para "senhor" da Constituição, cuja interpretação constitucional teria força vinculante, o TCF continua um tribunal para o qual valem todos os princípios constitucionais processuais, tais como a da persuasão motivada, o da imparcialidade e o da inercia da atividade jurisdicional.

Em outras palavras, por mais que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha esteja à mercê dos princípios Constitucionais, ele detém a última palavra da interpretação jurídica, com a capacidade de ditar e criar Direitos a partir de uma determinada compressão jurídica. É bem verdade que essa é a característica mais marcante de um Tribunal Constitucional, ditar Direitos através da interpretação Constitucional. O que faz com que o Poder Judiciário tenda a atuar de forma mais pragmática e ativista.

[1] Denominação em alemão para a Lei Fundamental da Alemanha de 1949, o que representa em termos de constitucionalismo a Constituição Alemã.

É evidente que a primeira forma de um Tribunal Constitucional realizar essa tarefa hermenêutica constitucional, tendo em vista que o Tribunal em si estará limitado aos princípios processuais como a inercia, é pelo Controle de Constitucionalidade. No Tribunal Constitucional Federal da Alemanha não é diferente, tal controle é feito exclusivamente pelo mesmo Tribunal do qual tem um caráter objetivo, sem necessariamente um contraditório, sendo realizado por três formas distintas: o Controle Abstrato de Normas; o Controle Concreto de Normas e a Reclamação Constitucional. Por esses mecanismos o Tribunal atua tanto de maneira corretiva como repressiva no sistema jurídico constitucional. (Martins, 2018).

Um problema inerente, o qual se cogita em sistemas de Tribunais Constitucionais, é a possibilidade de uma hipertrofia do Poder Judiciário na medida em que ele passa assumir competências positivas ao não só criar Direito, mas como desconstituir atos do poder legislativo por meio do Controle de Constitucionalidade. De fato, pode ter ocorrido, nesses modelos a possibilidade de avocação, por parte do judiciário, a funções típicas do legislativo, mas é possível minimizar essas consequências e de um controle exacerbado, e o Tribunal Constitucional da Alemanha apresentou um instrumento da sua própria jurisprudência que responde a esse questionamento, Leonardo Martins afirma: (2018, p.11):

> O segundo elemento crucial a ser definido antes do início de cada exame é a fixação do parâmetro do controle (...), entendido como tal o dispositivo constitucional potencialmente violado pelo ato objeto do exame. Quando forem mais de um dos dispositivos potencialmente violados, haverá mais de um parâmetro de controle. (...) A literatura constitucional alemã enfatiza essa determinação do parâmetro não somente em face de sua óbvia necessidade para a aferição de uma inconstitucionalidade (o ato e inconstitucional em face de, ou fere, qual/quais norma/s constitucional/is?), mas também em face do fenômeno de concorrência normativa. (...). No mais, a fixação do parâmetro é relevante para o juízo de admissibilidade da Reclamação Constitucional, pois nele se perquire, preliminarmente, se uma violação a um dispositivo especifico é, em tese, possível.

Logo, o que se tem é uma evolução de atuação do Tribunal Constitucional, do qual com parâmetros é possível a limitação do Controle de Constitucionalidade sem tirar a característica principal deste modelo de Jurisdição, a interpretação da Constituição.

Em todo caso, a evolução é notória e natural desse sistema visto a adequação de seus conceitos a ordem constitucional, mas o que se quer demonstrar com tudo isso é que desenvolvimento sistemático do Tribunal Constitucional não necessita, obrigatoriamente, abandonar seus princípios e Direitos Fundamentais Constitucionais para funcionar adequadamente e garantir seus objetivos.

O exemplo de que uma possível avocação de funções de outros poderes pode ser dirimida, como o foram, por medidas jurisprudências do próprio Tribunal Constitucional, é nesse ponto que reside a problemática proposta e discutida em todo este ensaio.

Como se verificará de forma acurada – o princípio publicidade é um Direito Constitucional seja no modelo de Tribunal Constitucional ou de Suprema Corte, do qual deve ser adaptado para ambas as realidades e não ser suprimido como um todo. No modelo alemão, não há uma publicidade total e ininterrupta de todo o julgamento das ações em sede Controle de Constitucionalidade, com o qual não se questiona a mitigação ou não eficácia de tal princípio perante a jurisdição constitucional. Ele é garantido, mas não na mesma forma vinculativa como é o caso do Supremo Tribunal Federal no Brasil.

Com o exemplo a cima, destaca-se a possibilidade de rearranjo dos Princípios e Garantias Fundamentais sem que isso atrapalhe ou limite o funcionamento do ordenamento, caso semelhante o qual funciona com o princípio da publicidade, tendo o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha feito a publicidade de seus julgamentos não transmitida ao vivo, optado apenas pela publicidade normativa das decisões.

E este o objetivo do capitulo, em se tratando de sistemas de jurisdição distintos mas que compartilham dos mesmos Princípios e Garantias fundamentais, há formas diferentes de aplicação destes mesmos princípios, e talvez sendo imperioso o questionamento (comparando esses modelos) se é necessário a utilização da publicidade ao extremo de transmitir as discussões no âmbito das Cortes em sede de Controle de Constitucionalidade ou a publicidade normativa é suficiente, preservando a Corte em si.

De todo modo, é possível verificar que a ordem jurídica alemã é compatível com o modelo de um Tribunal Constitucional e não só o recepcionou como o evoluiu, resta agora saber como o moldou-se o Supremo Tribunal Federal.

1.3 O Supremo Tribunal Federal.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 em 5 de outubro de 1988, após 18 meses de intensos debates, que mobilizaram boa parte da população brasileira, na Assembleia Nacional Constituinte, o Brasil entregava a seus cidadãos a carta Constitucional mais democrática e com maior número de mecanismos judiciais de proteção aos direitos fundamentais, tanto em âmbito individual quanto coletivo que o país já tivesse vivenciado até então.

É através da Constituição de 1988 é que o Poder Judiciário se consolida no cenário nacional como instituição/Poder que irá tutelar de forma efetiva os direitos assegurados nesta Constituição que por ventura viessem a ser violados.

O Judiciário brasileiro ganha com esta nova ordem jurídica papel de extrema relevância pois ele o guardião deste texto Constitucional, representado na figura do Supremo Tribunal Federal. Por mais que a época não se tinha exatamente a certeza de como a estrutura de competência deste Tribunal iria funcionar, a Constituição de 1988 tratou de dar um poder especifico a este órgão jurisdicional, qual seja de julgamento em última esfera recursal de possível decisão que viole o texto Constitucional, tendo por objetivo resguardar a ordem e segurança jurídica de todo o sistema.

Tal função é vista de forma expressa no artigo 102, inciso III, alínea "a" da Constituição de 1988:

> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...)III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição;

Neste artigo fica mais do que claro 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.

Esse movimento do constituinte não é estranho ao sistema infraconstitucional que se desenhava a época, isso porque o sistema jurídico brasileiro foi pautado em bases positivistas e legalistas, pelas quais o Direito estaria contido nos códigos sistematizados hierarquicamente por todo o ordenamento, não cabendo (ou deixando margem) para interpretações ou criações de Direitos pelo judiciário.

Nesse artigo a Constituição Federal do Brasil de 1988 fixa função de tribunal recursal ao Supremo Tribunal Federal. No controle difuso de constitucionalidade. Não que seja gravoso ou errôneo atribuir a função de órgão jurisdicional a essa função, o que se entendeu naquele momento foi a importância em reconhecer o sistema como positivo e a fim de garantir segurança jurídica ao texto constitucional (em última análise até eficácia) necessita-se de um estrutura baseada na Suprema Corte, uma vez que o sistema infraconstitucional era pautado em códigos.

O momento dessa atribuição em Suprema Corte é demonstrado quando conjugada com o supracitado artigo 102 da Constituição Federal de 1988. Neste artigo e possível visualizar as estruturas de uma Suprema Corte, nos moldes teorizados nos tópicos anteriores.

Por outro lado, há de se observar as características dessa nova Constituição (1988) e o que ela trazia em seu corpo positivado, Rodrigo Brandão assim colocou as condições políticas da Constituição de 1988 (2018, p.148):

> A Constituição Federal de 1988 foi o principal marco jurídico do processo de redemocratização do país, simbolizando a transição de um estado autoritário, que se guiava pela legalidade paralela dos atos institucionais e por reiteradas violações aos direitos fundamentais dos cidadãos, para um Estado Democrático de Direito, que vem avançando na consolidação da separação de poderes, da democracia e dos Direitos fundamentais. Ademias, houve significativa mobilização popular no processo constituinte, apesar de aspectos do seu processo decisório terem facilitado a inclusão de interesses particulares na Constituição. Assim, a positivação de um Estado Democrático de Direito e da ampla participação do povo na sua elaboração não parece exagerado considerá-la fruto da soberania popular, na medida em que resultante de um processo deliberativo qualitativamente superior ao ordinário.

Logo, o panorama inicial era de um sistema infraconstitucional positivado pautado em diversos instrumentos recursais nas mais diversas instâncias judiciais, o qual necessitava de segurança jurídica de seus códigos para ser efetiva. Para tanto, foi dado a missão de segurança ao Supremo Tribunal Federal na forma de um Suprema Corte.

Entretanto, nasceu um problema. Conforme a se avançava na tentativa de efetivar o logo e inchado texto da Constituição de 1988 os poderes Legislativo e Executivo não conseguiam dar vazão a exigência das Garantias Fundamentais que a própria dava aos indivíduos e então por total assunção de competência, a Constituição passou a sofrer emendas que passaram a alterar a jurisdição constitucional de uma Suprema Corte. Todavia, a mudança veio de forma abrupta e interferiu no Controle de Constitucionalidade, passando o Supremo Tribunal Federal a ter competências típicas de um Tribunal Constitucional em um sistema que não entendia muito bem como esse modelo funcionava.

Um exemplo claro dessas alterações, pode se dizer, que começou com a Emenda Constitucional número 3 de 1993, a qual criou a Ação declaratória de inconstitucionalidade, instrumento precioso em Tribunais Constitucionais, Rodrigo Brandão lembra: (2018, p. 156):

> Além disso, a criação da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade pela EC n. 03/1993 permitiu que se solicite ao STF a declaração de *constitucionalidade* da lei ou ato normativo federal com vistas a pacificar, de forma célere e definitiva, controvérsia judicial sobre a validade do respectivo ato.

A emenda em questão é um marco na transformação do Supremo Tribunal Federal pelo fato de houve uma ampliação considerável das hipóteses que o Tribunal poderia se pronunciar, originalmente, em atos dos Poder Público, em outras palavras houve um aumento do poder de Controle pelo Judiciário na forma de Controle de

Constitucionalidade, sendo a sua decisão passando a ter efeitos em todos os destinatários da norma Constitucional.

Este foi de fato o primeiro movimento de alteração do texto Constitucional em direção a uma nova visão do Supremo Tribunal Federal, as sucessivas mudanças a partir da Emenda Constitucional número 3 de 1993, só vieram a reforçar tal alteração de paradigma Constitucional Brasileiro. Essas mudanças, foram feitas de forma abruptas devido a necessidade de dar concretude a Constituição de 1988 pois a Administração Pública não o conseguia o dar, mas a ordem jurídica infraconstitucional não estava preparada para assumir características e instrumentos do um Tribunal Constitucional, daí o problema criado no sistema a falta de um acoplamento estrutural.

Pois como visto anteriormente, para que ocorra um perfeito acoplamento entre bases e estruturas constitucionais, tem-se na similitude de códigos jurídicos o seu principal requisito, uma vez que são pelos códigos que os sistemas jurídicos tende a conversar. Todavia, a falta de alicerces comuns traz o risco de não haver integração, pelo fato de não dialogarem. Este risco pode ser presenciado já por meio da alteração da Emenda Constitucional número 3 de 1998, tendo em vista a implementação de mecanismo típicos de um Tribunal Constitucional em meio a um sistema de Suprema Corte, ou seja, uma possível falha do acoplamento estrutural.

De todo modo, não foi possível parar ou frear tais alterações na jurisdição constitucional e no controle de constitucionalidade brasileiro, o que cominou na grande reforma do judiciário nacional, representado pela Emenda Constitucional número 45 de 2004, assunto debatido no tópico a seguir.

2. O Supremo Tribunal Federal como Tribunal Constitucional? Uma análise da reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional número 45 de 2004.

Como dito anteriormente, a concepção originaria na Constituição de 1988 foi de dar ao Supremo Tribunal Federal características principais de uma Suprema Corte, a qual fica reservada a julgamento em último grau de recurso, bem como a estabilização das demais esferas de decisão infraconstitucionais. É bem verdade que existe, desde a concepção da Constituição Federal de 1988, alguns instrumentos típicos de um modelo de Tribunal Constitucional (na forma de um controle de constitucionalidade concentrado), entretanto o Supremo Tribunal Federal se preocupava em ditar a legalidade das normas infraconstitucionais frente a Constituição, não sendo, ainda, tão incisivo na construção interpretativa de Direitos quanto com o advento da Emenda Constitucional número 45 de 2004.

Todavia, as crescentes demandas por efetivação de Direitos Fundamentais contidos neste mesmo texto não cumpridas pelas outras funções do Estado (representadas pelas Judicialização de demandas sociais: saúde, educação), iniciou sucessivas provocações ao Judiciário a fim de que ele pudesse dar resposta a esses Direitos.

A atuação esbarrou no fato de um sistema positivista e extremamente codificado não ter margem de atuação ao judiciário para resolver tais demandas, visto a sua estrutura originaria. Como solução, foi a Constituição passando por diversas alterações (representado na forma de Emendas Constitucionais) ais quais pouco a pouco foi modificando a estrutura originária do Supremo Tribunal Federal desde o seu modelo de Jurisdição Constitucional até o de Controle de Constitucionalidade. (Souza, 2008).

Pode-se dizer que essas alterações se iniciaram com a Emenda Constitucional número 3 de 1993, mas a que teve grande impacto e mudou de vez o paradigma do Supremo Tribunal Federal foi a Emenda Constitucional número 45 de 2004.

Esta Emenda Constitucional foi chamada nacionalmente (não por acaso) de reforma do Judiciário justamente pelas grandes alterações sofridas por esse Poder que o dispositivo consagrou. Dentre as mais diversas modificações que o Judiciário sofreu o que realmente interessa (para a presente dissertação) é o que aconteceu com o Controle de Constitucionalidade e se houve uma transformação de Suprema Corte para a estrutura de um Tribunal Constitucional.

Em resumo, há de se reconhecer um caminhar lento dos alicerces da jurisdição constitucional brasileira em abandonar o modelo de Suprema Corte ao ir na direção de um Tribunal Constitucional. Esse momento, iniciou-se com a reforma pontual da Emenda Constitucional número 3 de 1998 e cominando com a Emenda Constitucional número 45 de 2004, logo a sua importância pois nela há o fator de virada nas bases cognitivas de construção jurisdicional de um Tribunal Constitucional.

Para isso, o fechamento deste capítulo se preocupará em verificar a mutação do Controle de Constitucionalidade pela Emenda Constitucional número 45 de 2004 e o Supremo Tribunal Federal sendo visto como um Tribunal Constitucional, nos moldes do que fora discutido nos tópicos anteriores.

2.1 A Emenda Constitucional número 45 de 2004.

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.

O tema do Controle de Constitucionalidade é diretamente ligado à concepção depreendida do Direito Constitucional sobre a existência Supremacia Constitucional (há de se fazer um recorte dogmático do termo, sendo relevante apenas para este trabalho a prevalência da Constituição sobre a estruturação do sistema jurídico em si), a qual determina toda a estrutura jurisdicional de todo um ordenamento. Nesse sentido, a Constituição é tida como a norma suprema do ordenamento jurídico e é necessário que se faça tudo para manter sua força normativa[2].

Em suma, o Controle de Constitucionalidade visa a extrair todos os atos normativos incompatíveis com a Norma Suprema ou, pelo menos, estabelecer a interpretação que melhor se adeque à vontade constitucional seja por mecanismo de interpretação ou de julgados advindo do Poder Judiciário.

Este controle evidencia, portanto, a superioridade da norma constitucional sobre todos os atos estatais. Ele exprime a forma pela qual se mantém todas as demais normas dentro dos limites, materiais e formais, estabelecidos pela Carta Magna.

As alterações proporcionaram um modelo de Controle de Constitucionalidade abstrato, ao qual passou a entender que o efeito *erga ommes* as decisões em sede de Controle exercido pelo Supremo Tribunal Federal, não só positivar a jurisdição em todo território nacional (na forma do artigo 92, § 2º da Constituição Federal de 1988), bem como consagrar tal efeito por força do artigo 102, § 2º da Constituição Federal.

De todo modo, cumpre lembrar que anterior a 2004, a Constituição previa o controle da seguinte forma: a ofensa ao texto constitucional teria que ser direta sem o reconhecimento, do que José Gomes Canotilho chamou de normas interpostas[3]. Daí a afirmação de que se existia um controle concreto, concentrado e com efeito limitado as partes que arguiam a inconstitucionalidade normativa. Em outras palavras, a ideia era de que o controle só poderia ser exercido em relação ao texto constitucional, do qual exigia uma ofensa direta a normatividade constitucional, é o que lembra Valeschka e Silva Braga (2005, p.6):

---

[2] Cf. HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991; HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição (contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição). Porto Alegre: Sérgio António Fabris, 1997, passim; e BRAGA, Valeschka e Silva. Apontamentos sobre o (des)respeito à essência e à força normativa da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Revista Opinião Jurídica, Fortaleza, a. II, n. 3, p. 112-130, 2004.1.

[3] Para Canotilho, normas interpostas são aquelas que carecendo de forma constitucional, são reclamadas ou pressupostas pela Constituição como especificas condições de validade de outros atos normativos, inclusive de atos normativos com valor legislativo. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2002, p. 912

> Com efeito, até a EC n. 45/2004, o controle podia ser exercido apenas em relação ao texto constitucional, mediante entendimento expressamente adotado pelo STF: "E que, tratando-se de controle normativo abstrato, a inconstitucionalidade há de transparecer de modo imediato, derivando, o seu reconhecimento, do confronto direto que se faça entre o ato estatal impugnado e o texto da própria Constituição da República. Por outro lado, também no controle concreto ou por via de exceção, O Supremo tem exigido ofensa direta contra o texto constitucional, sob pena de irrecevebilidade do recurso extraordinário. A título exemplificativo, transcreve-se trecho da decisão proferida no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 363.947-9, denegado pela 2º Turma, em 1º/2/2005 (nos termos do voto do Min. Celso de Mello) porque: "Não se tratando de conflito direto e frontal com o texto da Constituição, como exigido pela jurisprudência da Corte RTJ 120/9112, Rel. Min. SYDNEY SANCHES - RTJ 132/455, Rel. Min. CELSO DE MELLO), torna-se inviável o trânsito do recurso extraordinário, cujo processamento foi corretamente denegado na origem.

Tal perspectiva foi aos poucos sendo alterada, seja com a Ação Direita de Inconstitucionalidade (que instituiu um controle difuso) até a Emenda Constitucional 45 que ampliou o leque de atuação do Supremo Tribunal Federal ao ponto de conseguir criar e ditar Direitos por meio da interpretação constitucional.

É por obvio que a modificação de um órgão jurisdicional, o qual foi ponderado para ser uma Suprem Corte, em um Tribunal Constitucional há de enfrentar problemas na sua mecânica de funcionamento, pois na medida que se tem um instrumento capaz de discutir a constitucionalidade de toda e qualquer norma infra em sede de controle difuso, podendo, ainda, questioná-la em qualquer momento por esse mesmo instrumento, tal órgão não estaria preparado para a quantidade de demandas que viriam nesse sentido.

Pensando nisso, o próprio Supremo Tribunal Federal (já atuando com características de um Tribunal Constitucional) instituiu a chamada repercussão geral que posteriormente foi inserida no § 3º artigo 102 da Constituição pela mesma emenda. Nela, a admissão do recurso, e por consequência do Controle, estará condicionada se houver prova de que a possível inconstitucionalidade não afete somente o *inter partes*, devendo ter influencias em todo o ordenamento.

Ora tal medida nada mais é do que uma individualidade de um Tribunal Constitucional, como o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha que exige a assunção de toda e qualquer questão inconstitucional desde que o faça repercussão em todo o sistema Constitucional. Novamente, Valeschka e Silva Braga ressalva a novas exigências do Controle de Constitucionalidade (2005, p.7):

> Assim, em se tratando do controle de constitucionalidade por via de exceção, não é necessário ao recorrente apenas demonstrar no recurso extraordinário que a decisão atacada: 1. contrariou dispositivo desta Constituição; 2. declarou a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; 3. julgou válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; ou 4. julgou válida lei local contestada em face de lei federal (nova hipótese introduzida no art. 102, III, pela EC n. 45/2004). E preciso, ainda, que o recorrente preencha o requisito

> "repercussão geral" do feito, sob pena de inadmissibilidade, por decisão de 2/3(dois terços) dos Ministros do STF. Com efeito, ressaltou-se acima a aparente preocupação do constituinte derivado. Isso porque, se por um lado a Emenda Constitucional n. 45/2004 estabeleceu um novo requisito de admissibilidade ao recurso extraordinário, por outro, criou uma nova modalidade recursal que não pode der tecnicamente inserida no controle de constitucionalidade e, sim, num novo controle de legalidade de competência do Supremo Tribunal Federal. Teria o nosso constituinte novamente emprestado instituto do constitucionalismo português??, o mecanismo de controle de legalidade feito pelo respectivo Tribunal Constitucional??! Se é assim, deve-se lembrar que Portugal é um Estado Unitário (art. 6º da Carta Portuguesa), ao contrário do Brasil, Estado Federado (nos termos do art. 1º e muitos outros ao longo da Constituição Federal de 1988) e isso, acarreta, sim, consequências e incompatibilidades em virtude das características deste. Parece estranho, aos olhos de quem ora escreve, que o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, tenha tido sua competência alargada pela EC n. 45/2004, passando a controlar a validade de uma lei local contestada em face de lei federal, apesar de estar assoberbado de feitos (argumento prático), e apesar da criação de uma nova hierarquia no nosso sistema jurídico – entre lei local e lei federal - até então desconhecidos da doutrina (argumento jurídico).

Ora há de se analisar que houve sim um aumento de competência pelo Supremo Tribunal Federal pela Emenda 45, o ponto em questão não é somente um aumento dos poderes e competência mas sim a transformação em modelo de Tribunal Constitucional, pelo qual passou a entender pelo Controle de Constitucionalidade mais abstrato, com repercussão em todo o ordenamento e o principal, passando a interpretar a Constituição e lhe dar sentido, ultrapassando a ideia anterior de não somente definir o que vem a ser constitucional ou inconstitucional para o sistema.

Por conclusão lógica, o processo de instauração de um Tribunal Constitucional no sistema jurídico brasileiro foi distinta do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. No segundo, o sistema constitucional e infraconstitucional se preparou para recepcionar seus conceitos, realizando um verdadeiro acoplamento estrutural entre os sistemas austríaco e alemão. Enquanto que no ordenamento brasileiro, o sistema infraconstitucional não se adequou totalmente a estrutura de um Tribunal Constitucional, visto que ele fora preparado para um estrutura de Suprema Corte, um exemplo disso pode se elencar do ponto de vista recursal e o grande embate na criação de mecanismos nos Tribunais superiores para travar e não conhecer de recursos especiais e extraordinários.

De todo modo (e com todos os problemas), o Supremo Tribunal Federal adquire contornos de um Tribunal Constitucional por força principal do seu novo Controle de Constitucionalidade, se assemelhando ao Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, mesmo em um sistema que não assimila muito bem as ideias de um Tribunal Constitucional.

A fim de fechar essa perspectiva e colocar alguns pontos comparativos entre, agora, os dois modelos de Tribunais Constitucionais, o próximo tópico apresenta o Supremo Tribunal Federal como um Tribunal Constitucional.

2.4 O Supremo Tribunal Federal como Tribunal Constitucional.

Pois bem, até aqui fora visto onde as ideias do Tribunal Constitucional e da Suprema Corte se desenvolveram, das quais se optou como marco comparativo o Tribunal Constitucional da Alemanha e o Supremo Tribunal Federal. Todavia, este último sofreu mudanças profundas nas suas bases e assumiu um papel de Tribunal Constitucional em um sistema que fora pensando e trabalhado em bases jurídicas codificadas não entendendo muito como funciona a estrutura do Tribunal Constitucional.

A luz do que fora discutido sobre o acoplamento estrutural de Niklas Luhmann, o sistema jurídico brasileiro não apresentava bases para recepcionar conceitos do Tribunal Constitucional. Isso fica latente quando observado, por exemplo, o organograma de instancias recursais e instrumentos processuais codificados, com os quais permitem a interposições de diversos recursos a fim de garantir a validade das leis federais ou mesmo do texto constitucional.

Por consequente, o sistema tende a sofrer com a recepção de uma estrutural constitucional que não conversa com o sistema infraconstitucional, seja por meio do Controle que o judiciário passará a intervir ou pelos mecanismos processuais de diferentes sistemas que passam a coabitar o mesmo ordenamento.

De todo modo, 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 *ommes)* 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.

Em primeiro lugar há de se falar que o objetivo ainda não elencar os motivos da comparação, mas demonstrar que é possível a comparação, uma vez que a visão pela Emenda Constitucional número 45 características de um Tribunal Constitucional foram dadas ao Supremo Tribunal Federal.

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 expiração.

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 hibrido 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.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No início, se buscou apresentar os sistemas jurídicos e constitucionais em que eles estariam inseridos. Essa conceituação se mostrou relevante, pois deu base a entender o lugar na Teoria Constitucional dos objetos de Estudo: Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e o Supremo Tribunal Federal. A priori, constatou-se diferenças na estrutura originais desses Tribunais. Enquanto que o sistema jurídico alemão se preparou, por força da Constituição alemã de 1949 para ter um verdadeiro Tribunal Constitucional, o ordenamento jurídico brasileiro fez o caminho inverso, apesar de a Constituição Federal de 1988 dar alguns lampejos de Tribunal Constitucional (principalmente com o Controle de Constitucionalidade) ao Supremo Tribunal Federal, a estrutura jurídica infraconstitucional foi tida para uma Suprema Corte. A transformação da Corte brasileira em Tribunal Constitucional se deu efetivamente pela Emenda Constitucional número 45 de 2004, uma vez que foi nela a alteração mais sensível a nível de Controle de Constitucionalidade e Jurisdição Constitucional, elementos essenciais dentro da construção de um Tribunal Constitucional.

Desse ponto, por meio do Direito Comparado, elementos entre os dois sistemas alemão e brasileiro. Enquanto o primeiro teve a sua aspiração em uma Teoria Constitucional que permitia o amplo desenvolvimento dos conceitos de um Tribunal Constitucional, o brasileiro fez a mudança posterior a promulgação da Constituição de

1988, em que o arcabouço infraconstitucional não estava adaptado totalmente para o Controle Constitucional e Jurisdição Constitucional que demanda um Tribunal Constitucional. A conclusão é o Supremo Tribunal Federal querendo implantar técnicas do Tribunal Constitucional em uma Jurisdição Constitucional que dialoga com a premissa de Suprema Corte.

De todo modo, o que se percebeu com a Emenda Constitucional número 45 de 2004 a possibilidade efetiva do Supremo Tribunal Federal ser um Tribunal Constitucional o que por si só já pode iniciar os chamados marcos comparativos entre os Tribunais alemão e brasileiro, haja vista que agora há uma igualdade de bases teóricas em jurisdição constitucional. Inicia-se em tão somente o Direito Comparado.

REFERÊNCIAS

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

BRANDÃO, Rodrigo. Cortes Constitucionais e Supremas Cortes. Salvador. Jus Podivm. 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

Cf. HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991; HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição (contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição). Porto Alegre: Sérgio António Fabris, 1997, passim; e BRAGA, Valeschka e Silva. Apontamentos sobre o (des)respeito à essência e à força normativa da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Revista Opinião Jurídica, Fortaleza, a. II, n. 3, p. 112-130, 2004.1.

LUHMANN, Niklas Social Systems. Stanford, California: Stanford University Press, 1995.

MARTINS. Leonardo. Direito Processual Constitucional Alemão. 2. Ed. Indaituba. São Paulo. Editora Foco, 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. INTEGRAÇÃO E DIÁLAGO CONSTITUCIONAL NA AMÉRICA DO SUL. in Armin von Bogdandy / Flávia Piovesan / Mariela Morales Antoniazzi (orgs.), Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul, Rio de janeiro: Lumen juris, 2010: 515-530.

SOUZA, Celina. Regras e Contexto: as reformas da Constituição de 1988. Dados, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 791-823, 2008.